

Eduardo Gamero Casado
Severiano Fernández Ramos



MANUAL BÁSICO
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO

DECIMOTERCERA EDICIÓN

ADAPTADO A LAS LEYES 39/2015, DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMÚN; Y 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO
DEL SECTOR PÚBLICO

tecno
s

UNA obra excelente para comprender el Derecho Administrativo de hoy, por sus cualidades didácticas: aquí se exponen los componentes esenciales del Derecho Administrativo haciendo un especial esfuerzo de claridad, sencillez y exhaustividad, prescindiendo de dogmatismos y centrándose en los elementos nucleares de cada institución jurídica, pero sin renunciar a la calidad y al rigor. El texto se encuentra enriquecido con numerosas figuras, cuadros y tablas, que facilitan la comprensión de cada tema y permiten al lector captar de mejor modo la estructura y articulación de los diferentes conceptos y materias; y se acude a los ejemplos y explicaciones prácticas como parte consustancial de la exposición, para asimilar fácilmente cada noción y visualizar su aplicación efectiva. Por todo ello, la obra resulta idónea para el autoaprendizaje, tanto en el sistema ECTS, como en la actualización continua de conocimientos.

Añadida a su utilidad docente, esta obra representa un adecuado material de consulta y referencia para el ejercicio profesional del Derecho, aportándose en cada materia la jurisprudencia más significativa. Por su claridad expositiva es apropiada para quienes preparan pruebas de acceso a los cuerpos de gestión de las Administraciones Públicas, y contribuye además a facilitar la formación continua de los profesionales que se relacionan frecuentemente con la Administración: graduados sociales, gestores administrativos, asesores de empresas, etc.

Esta nueva edición introduce grandes cambios, derivados de las Leyes 39 y 40/2015, que modifican numerosos aspectos de la legislación anterior, implantando además la administración electrónica como medio preferente de la actuación administrativa. Para la adecuada interpretación de estas Leyes se exige adquirir algunas nociones de las tecnologías de la información y de la comunicación, sin cuyo conocimiento resulta imposible entender el Derecho Administrativo contemporáneo; dado que los autores son especialistas en administración electrónica, en este manual se exponen esas nociones con plena solvencia, pero al mismo tiempo con el esfuerzo de síntesis y claridad característico de la obra, erigiéndose en un texto idóneo para comprender cabalmente la nueva legislación administrativa. Todo ello ha llevado a reestructurar la sistemática de esta obra, incluyendo un nuevo Tema 11 sobre elementos transversales de la gestión y la relación jurídico-administrativa, en el que se aborda el régimen general de la administración electrónica y se suministran los conocimientos técnicos necesarios para comprender la nueva legislación administrativa; analizándose las cuestiones específicas (validez de actos, notificaciones, etc.) a lo largo de los Temas correspondientes del manual.

Además, y como en cada nueva edición, se ha procedido a la actualización de todos los temas (bibliografía, jurisprudencia y legislación), con el característico equilibrio entre síntesis y exhaustividad que caracteriza a esta obra.

ISBN 978-84-309-6991-3



9 788430 969913

*tecno*s

1209953
www.tecnos.es

Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

1.^a edición, 2003
13.^a edición, 2016

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© EDUARDO GAMERO CASADO y SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, 2016
© EDITORIAL TECNÓS (GRUPO ANAYA, S. A.), 2016
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-6991-3
Depósito Legal: M-30.331-2016

Printed in Spain

ÍNDICE

PRÓLOGO A LA DECIMOTERCERA EDICIÓN	31
ABREVIATURAS	35
MATERIALES DE REFERENCIA	37

BLOQUE TEMÁTICO I

BASES ESTRUCTURALES DEL SISTEMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

TEMA 1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO: ORIGEN, CONCEPTO Y ESTRUCTURA	43
1. LAS REVOLUCIONES CONSTITUCIONALES: NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ..	43
2. LOS SISTEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO: <i>RÉGIME ADMINISTRATIF</i> Y <i>RULE OF LAW</i>	45
2.1. <i>El sistema continental europeo, o del régime administratif</i>	45
2.2. <i>El sistema anglosajón, o del rule of law</i>	46
2.3. <i>La progresiva aproximación entre sistemas</i>	48
2.4. <i>El sistema español y sus influencias</i>	48
2.5. <i>Derecho administrativo y globalización</i>	49
3. CONCEPTO, ESTRUCTURA Y CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	50
3.1. <i>Concepto de Derecho administrativo</i>	50
3.2. <i>Un Derecho no codificado. Estructura del Derecho administrativo</i>	50
3.3. <i>Caracteres del Derecho administrativo</i>	52
3.3.1. Derecho público	52
3.3.2. Derecho estatutario de las Administraciones públicas	53
3.3.3. Derecho común y normal de las Administraciones públicas	53
3.3.4. Derecho armonizador de privilegios y garantías	53
3.3.5. Derecho que regula la actividad relacional de todos los poderes públicos ..	54
3.3.6. Derecho que se aplica ocasionalmente a relaciones entre particulares	55
3.3.7. Derecho de extraordinaria amplitud, fugaz y cambiante	55
3.4. <i>Principales novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015</i>	56
3.4.1. La reordenación de las fuentes del Derecho administrativo	56
3.4.2. Simplificación administrativa y administración electrónica	58
3.4.3. Criterios de aplicación del Derecho administrativo: ejercicio de potestades administrativas y encuadre en el sector público. Los tres ámbitos del Derecho administrativo	59
4. LA REALIDAD ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	60
4.1. <i>La huida del Derecho administrativo</i>	60
4.2. <i>El desafío de la (des)regulación</i>	63
4.3. <i>La inutilidad del sistema de controles</i>	64
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	65
TEMA 2. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS BASES CONSTITUCIONALES	67
1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN	67
2. CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO	69
2.1. <i>Evolución histórica</i>	69
2.2. <i>Administración pública y sector público administrativo en las Leyes 39/2015 y 40/2015</i>	71

3.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: NUCLEARIDAD DEL CONCEPTO	74
3.1.	<i>Legalidad y juridicidad; vinculación positiva y negativa</i>	74
3.2.	<i>Las potestades administrativa como instrumento de articulación del principio de legalidad</i>	76
3.2.1.	La potestad administrativa: concepto y características	76
3.2.2.	Clasificación de las potestades administrativas	78
3.3.	<i>La discrecionalidad administrativa y su control</i>	78
3.3.1.	Descripción de la potestad discrecional	79
3.3.2.	Distinción con los conceptos jurídicos indeterminados	80
3.3.3.	Distinción entre discrecionalidad administrativa y lagunas del Derecho ...	81
3.3.4.	El control de la discrecionalidad administrativa	82
3.3.5.	La discrecionalidad técnica y su control	83
3.3.6.	Polémica relativa a la intensidad del control de la discrecionalidad	84
4.	EL INTERÉS GENERAL. LA ADMINISTRACIÓN COMO ENTIDAD VICARIA	85
4.1.	<i>¿Qué es el interés general?</i>	85
4.2.	<i>La desviación de poder</i>	86
5.	LA OBJETIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD	88
6.	LA PERSONALIDAD JURÍDICA	89
6.1.	<i>Cada Administración pública ostenta personalidad jurídica única</i>	89
6.2.	<i>Personalidad jurídica de Derecho público y de Derecho privado</i>	91
7.	ENUNCIADO DE OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO	93
7.1.	<i>Principios de funcionamiento: eficacia y buena administración</i>	93
7.2.	<i>Principios de organización: jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y lealtad institucional</i>	94
7.3.	<i>Principio de confianza legítima</i>	94
7.4.	<i>Principio de simplificación: buena regulación y procedimiento administrativo</i>	95
7.5.	<i>Principios de intervención mínima en el desarrollo de actividades por la ciudadanía</i>	96
7.6.	<i>Principios de la Ciencia Política y de la Administración</i>	97
7.6.1.	Servicio efectivo, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos	97
7.6.2.	Planificación, dirección por objetivos, control de gestión y evaluación de resultados de las políticas públicas	98
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	99
TEMA 3.	LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS	101
1.	EL CIUDADANO	101
1.1.	<i>Concepto</i>	101
1.2.	<i>Las situaciones jurídicas de los administrados</i>	101
1.2.1.	Situaciones jurídicas activas	102
1.2.2.	Situaciones jurídicas pasivas	103
1.3.	<i>Las relaciones de especial sujeción</i>	103
1.4.	<i>La capacidad de los administrados</i>	104
1.5.	<i>Especial referencia a la vecindad administrativa</i>	105
2.	DERECHOS GENERALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	107
2.1.	<i>Transparencia y acceso a la información pública</i>	107
2.1.1.	Configuración	107
2.1.2.	Publicidad activa	107
2.1.3.	Sujetos del derecho de acceso	108
2.1.4.	Objeto del derecho de acceso	109
2.1.5.	Límites del derecho de acceso	109
2.1.6.	Ejercicio del derecho de acceso	111
2.2.	<i>El derecho a participar en las funciones administrativas</i>	113
2.2.1.	Configuración y límites	113
2.2.2.	Las modalidades de participación funcional	114
2.2.3.	La participación orgánica	116

2.3.	<i>La colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas</i>	117
2.4.	<i>El derecho a los servicios públicos</i>	118
2.4.1.	El derecho a la creación y mantenimiento de los servicios públicos	119
2.4.2.	El derecho de acceso a los servicios y prestaciones públicas	119
2.4.3.	La posición del usuario de los servicios públicos: la calidad de los servicios públicos	120
2.4.4.	El derecho a formular quejas y sugerencias	121
2.5.	<i>El derecho a la protección de los datos personales</i>	122
2.5.1.	Presupuestos para la aplicación de la LOPD	122
2.5.2.	Clases de datos personales	123
2.5.3.	Régimen de los datos personales	123
2.6.	<i>El derecho a una buena administración</i>	124
2.7.	<i>El derecho de petición</i>	125
2.7.1.	Configuración	125
2.7.2.	Sujetos del derecho	125
2.7.3.	Objeto de las peticiones	126
2.7.4.	Ejercicio del derecho	126
2.7.5.	Tramitación y contestación de las peticiones	126
3.	EL DEFENSOR DEL PUEBLO	127
3.1.	<i>Origen y evolución</i>	127
3.2.	<i>Estatuto del Defensor del Pueblo</i>	128
3.3.	<i>Actuación del Defensor del Pueblo</i>	129
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	130
TEMA 4.	LA POTESTAD REGLAMENTARIA	132
1.	PRELIMINAR: LA FUERZA DE LEY Y LAS NORMAS DE ESTE RANGO	132
1.1.	<i>Las características de las Leyes y demás normas con rango de ley</i>	132
1.2.	<i>Las reservas de Ley</i>	133
2.	EL REGLAMENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y CLASES	134
2.1.	<i>Concepto de Reglamento</i>	134
2.2.	<i>Fundamentos de la potestad reglamentaria</i>	135
2.2.1.	Desde el punto de vista práctico	135
2.2.2.	Desde el punto de vista jurídico-positivo	135
2.3.	<i>Clases de Reglamentos</i>	136
3.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS	137
3.1.	Principios de buena regulación	137
3.2.	La titularidad de la potestad reglamentaria	139
3.2.1.	La titularidad de la potestad reglamentaria en el ámbito estatal	139
3.2.2.	La titularidad de la potestad reglamentaria en el ámbito autonómico	140
3.2.3.	La titularidad de la potestad reglamentaria en el ámbito local	141
3.3.	<i>El procedimiento de elaboración de los Reglamentos</i>	141
3.3.1.	Reglas generales	141
3.3.2.	El procedimiento de elaboración de los Reglamentos estatales	144
3.3.3.	El procedimiento de elaboración de los Reglamentos autonómicos	147
3.3.4.	El procedimiento de elaboración de los Reglamentos locales	147
3.4.	<i>Efectos de los Reglamentos</i>	148
3.4.1.	El principio de publicidad	148
3.4.2.	El principio de jerarquía	148
3.4.3.	El principio de irretroactividad	149
3.4.4.	El principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos	149
4.	LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO	150
4.1.	<i>Las relaciones entre la Ley y el Reglamento en materias reservadas a Ley</i>	150
4.2.	<i>Las relaciones entre la Ley y el Reglamento en materias no reservadas a Ley</i>	150
4.2.1.	Capacidad de la Ley	150
4.2.2.	Capacidad del Reglamento	151
5.	EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA	152
5.1.	<i>Control en vía administrativa</i>	152
5.2.	<i>Vía de excepción o inaplicación judicial</i>	153

5.3.	<i>Los recursos contencioso-administrativos</i>	154
5.3.1.	Recurso directo	154
5.3.2.	Recurso indirecto	155
5.3.3.	La cuestión de ilegalidad	157
5.4.	<i>Control por el Tribunal Constitucional</i>	158
6.	OTRAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO	159
6.1.	<i>La costumbre</i>	159
6.2.	<i>El precedente administrativo</i>	159
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	160

BLOQUE TEMÁTICO 2

LA ORGANIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

TEMA 5.	LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	161
1.	LA ESTRUCTURA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	161
1.1.	<i>Los órganos administrativos</i>	161
1.2.	<i>Criterios de estructuración de los órganos</i>	162
1.3.	<i>Los titulares de los órganos administrativos</i>	163
1.3.1.	El procedimiento de investidura	163
1.3.2.	La suplencia	164
1.3.3.	El cese	164
1.4.	<i>Las clases de órganos: especial referencia a los órganos colegiados</i>	165
1.4.1.	Clases de órganos administrativos	165
1.4.2.	Los órganos colegiados	165
1.5.	<i>Las unidades administrativas</i>	171
2.	LOS PRINCIPIOS ORGANIZATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	172
2.1.	<i>El principio de descentralización</i>	172
2.2.	<i>El principio de desconcentración</i>	174
2.3.	<i>El principio de jerarquía</i>	175
2.3.1.	Concepto y ámbito	175
2.3.2.	Las técnicas de mando o dirección	176
2.3.3.	Las técnicas de control	178
2.4.	<i>El principio de coordinación</i>	178
3.	LA POTESTAD ORGANIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	180
3.1.	<i>Noción</i>	180
3.2.	<i>La potestad organizativa estructural</i>	180
3.2.1.	Creación y supresión de Administraciones especializadas	181
3.2.2.	Creación, modificación y supresión de órganos administrativos	181
3.2.3.	Creación, modificación y supresión de unidades administrativas	182
3.3.	<i>La potestad organizativa funcional</i>	182
4.	LAS TRASLACIONES COMPETENCIALES INTERORGÁNICAS	184
4.1.	<i>El principio de la indisponibilidad de la competencia</i>	184
4.2.	<i>La delegación de competencias</i>	184
4.3.	<i>La avocación de competencias</i>	186
4.4.	<i>La encomienda de gestión</i>	187
4.5.	<i>La delegación de firma</i>	188
4.6.	<i>Los conflictos de competencias interorgánicos</i>	188
5.	LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS	189
5.1.	<i>Las relaciones interadministrativas en general</i>	189
5.1.1.	El deber general de colaboración	189
5.1.2.	El deber de lealtad institucional	190
5.1.3.	El deber de mutuo auxilio	190
5.2.	<i>Las relaciones de cooperación</i>	191
5.2.1.	Configuración general	191
5.2.2.	Objeto de las relaciones de cooperación	192

5.2.3.	La cooperación como competencia	194
5.3.	<i>Las relaciones interadministrativas de coordinación</i>	194
5.3.1.	Configuración general	198
5.3.2.	Límites de la coordinación	198
5.3.3.	Especial referencia a la planificación sectorial	199
5.4.	<i>Las relaciones interadministrativas de control</i>	200
5.4.1.	Consideraciones generales	200
5.4.2.	Controles ordinarios	200
5.4.3.	Controles extraordinarios	202
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	202
TEMA 6.	EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	204
1.	EL GOBIERNO	204
1.1.	<i>El Gobierno</i>	204
1.1.1.	Configuración	204
1.1.2.	Ordenación legal	204
1.1.3.	Composición	205
1.1.4.	Competencias	206
1.1.5.	Funcionamiento	207
1.1.6.	El cese del Gobierno: el Gobierno en funciones	207
1.2.	<i>El Presidente del Gobierno</i>	208
1.2.1.	Configuración	208
1.2.2.	Elección	208
1.2.3.	Competencias	209
1.2.4.	Cese	209
1.3.	<i>El Vicepresidente del Gobierno</i>	210
1.4.	<i>Los Ministros</i>	210
1.4.1.	Configuración	210
1.4.2.	Creación, modificación y supresión	210
1.4.3.	Competencias	211
1.5.	<i>Las Comisiones Delegadas del Gobierno</i>	211
2.	LA ORGANIZACIÓN CENTRAL DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO	212
2.1.	<i>La estructura de los Departamentos Ministeriales</i>	212
2.2.	<i>Los órganos departamentales</i>	213
2.2.1.	Los Directores Generales	213
2.2.2.	Los Subsecretarios	214
2.2.3.	Los Secretarios Generales Técnicos	214
2.2.4.	Los Secretarios Generales	215
2.2.5.	Los Secretarios de Estado	215
2.2.6.	Los Directores de Gabinetes	216
2.3.	<i>Régimen general de los órganos</i>	217
2.3.1.	Creación, modificación y supresión de los órganos	217
2.3.2.	Designación y cese de los titulares	218
2.3.3.	Estatuto de los altos cargos de la Administración General del Estado	219
2.3.4.	La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y otros órganos	219
3.	LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	220
3.1.	<i>Evolución legal</i>	220
3.2.	<i>El Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma</i>	221
3.2.1.	Configuración	221
3.2.2.	Competencias	222
3.3.	<i>El Subdelegado del Gobierno</i>	223
4.	EL CONSEJO DE ESTADO	224
4.1.	<i>Configuración</i>	224
4.2.	<i>Composición</i>	225
4.3.	<i>Funciones</i>	226
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	226

TEMA 7. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	228
1. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	228
1.1. <i>El marco constitucional</i>	228
1.2. <i>La potestad autonómica de autoorganización</i>	228
2. EL GOBIERNO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	229
2.1. <i>El Presidente de la Comunidad Autónoma</i>	229
2.1.1. Elección	229
2.1.2. Competencias	230
2.1.3. Cese	231
2.2. <i>El Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas</i>	231
2.2.1. Composición	231
2.2.2. Competencias	232
2.2.3. Funcionamiento	233
2.3. <i>Los Consejeros</i>	233
3. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	234
3.1. <i>La organización central de la Administración autonómica</i>	234
3.2. <i>La organización territorial de la Administración autonómica</i>	235
3.3. <i>Los órganos consultivos superiores autonómicos</i>	236
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	239
ANEXO	239
TEMA 8. LAS ENTIDADES LOCALES	241
1. MARCO CONSTITUCIONAL Y FUENTES	241
1.1. <i>La autonomía local</i>	241
1.2. <i>La distribución de competencias sobre el régimen local</i>	242
1.2.1. Las competencias estatales	242
1.2.2. Las competencias autonómicas	243
1.2.3. Esquema de fuentes del régimen local	244
2. EL MUNICIPIO	245
2.1. <i>El municipio: concepto</i>	245
2.2. <i>Las competencias municipales propias</i>	246
2.2.1. Concepto	246
2.2.2. La atribución de competencias propias	247
2.2.3. Las competencias municipales mínimas	248
2.2.4. El régimen jurídico de las competencias propias	249
2.3. <i>Las competencias municipales delegadas</i>	249
2.4. <i>Las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación</i>	251
3. EL AYUNTAMIENTO	253
3.1. <i>El Ayuntamiento como Administración Pública</i>	253
3.2. <i>La organización del Ayuntamiento</i>	254
3.2.1. Los Ayuntamientos de régimen común	254
3.2.2. Los Ayuntamientos de los Municipios de gran población	255
4. EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO	256
4.1. <i>Composición del Pleno</i>	257
4.1.1. La condición de cargos electivos	257
4.1.2. El proceso de elección de los concejales	257
4.1.3. La pérdida de la condición de concejal	259
4.2. <i>Las competencias del Pleno</i>	260
4.3. <i>El funcionamiento del Pleno</i>	261
5. EL ALCALDE	262
5.1. <i>Elección</i>	262
5.2. <i>Competencias</i>	263
5.2.1. Municipios de régimen común	263
5.2.2. Municipios de gran población	263
5.3. <i>El cese del Alcalde</i>	264
5.3.1. Moción de censura	264
5.3.2. Cuestión de confianza	265

6.	OTROS ÓRGANOS MUNICIPALES	265
6.1.	<i>Los Tenientes de Alcalde</i>	265
6.2.	<i>La Junta de Gobierno Local</i>	266
6.2.1.	Composición	266
6.2.2.	Competencias	267
6.2.3.	Funcionamiento	267
6.3.	<i>Las Comisiones Informativas y de Control</i>	268
6.3.1.	Configuración	268
6.3.2.	Composición	268
6.3.3.	Competencias	268
6.4.	<i>Otros órganos municipales</i>	269
6.4.1.	Órganos de participación	269
6.4.2.	Órganos territoriales de gestión desconcentrada	270
6.4.3.	Órganos ejecutivos	270
6.4.4.	Órganos de garantía de derechos de los ciudadanos	271
7.	LA PROVINCIA	272
7.1.	<i>La Provincia como Entidad Local</i>	272
7.2.	<i>Las competencias provinciales propias</i>	273
7.2.1.	La autonomía provincial	273
7.2.2.	Función de cooperación a los Municipios	274
7.2.3.	Función de coordinación y sustitución de los Municipios	275
7.2.4.	Sustitución de los municipios	276
7.2.5.	Función de prestación de servicios supramunicipales	276
7.3.	<i>Las competencias provinciales delegadas</i>	277
7.4.	<i>La organización provincial: las Diputaciones Provinciales</i>	277
7.5.	<i>La elección de los diputados provinciales</i>	278
7.6.	<i>Los órganos de la Diputación Provincial</i>	280
8.	OTRAS ENTIDADES LOCALES	281
8.1.	<i>Las Mancomunidades</i>	281
8.2.	<i>Las Comarcas</i>	282
8.3.	<i>Las Áreas Metropolitanas</i>	283
8.4.	<i>Las entidades locales menores</i>	284
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	285

TEMA 9. EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL Y OTRAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

	287	
1.	EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL	287
1.1.	<i>Composición del sector público</i>	287
1.2.	<i>Régimen jurídico</i>	288
1.2.1.	Fuentes del sector público institucional	288
1.2.2.	Inventario de Entidades del Sector Público	289
1.2.3.	Aspectos comunes	289
2.	LAS ADMINISTRACIONES ESPECIALIZADAS	290
2.1.	<i>Aspectos generales</i>	290
2.1.1.	Evolución legal	290
2.1.2.	Noción	291
2.1.3.	Clases de Administraciones especializadas	292
2.2.	<i>Los organismos públicos</i>	293
2.2.1.	Régimen general	293
2.2.2.	Clases de organismos públicos	296
2.3.	<i>Las Administraciones independientes</i>	297
2.3.1.	Justificación y clases	297
2.3.2.	Régimen jurídico de las Administraciones independientes	298
2.4.	<i>Los Consorcios</i>	299
2.4.1.	Evolución y definición	299
2.4.2.	Régimen jurídico de los consorcios	300
3.	LAS ENTIDADES JURÍDICO-PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO	301

3.1.	<i>Evolución y clases</i>	301
3.1.1.	<i>Evolución</i>	301
3.1.2.	<i>Clases: sociedades mercantiles y fundaciones del sector público</i>	302
3.2.	<i>Régimen jurídico</i>	303
3.2.1.	<i>Creación</i>	303
3.2.2.	<i>Objeto</i>	303
3.2.3.	<i>Relaciones entre la Administración General y la entidad</i>	304
3.2.4.	<i>Actuación</i>	304
4.	LA LLAMADA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA	306
4.1.	<i>Las Corporaciones de Derecho Público: concepto y clases</i>	306
4.2.	<i>Los Colegios Profesionales</i>	307
4.2.1.	<i>Ordenación</i>	307
4.2.2.	<i>Funciones y actividades</i>	308
4.2.3.	<i>Creación</i>	308
4.2.4.	<i>Colegiación y ejercicio profesional</i>	309
4.2.5.	<i>Organización</i>	309
4.3.	<i>Las Cámaras de Comercio</i>	310
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	312
	TEMA 10. EL EMPLEO PÚBLICO	313
1.	LAS FUENTES DEL DERECHO DEL EMPLEO PÚBLICO	313
1.1.	<i>La reserva de Ley en materia de función pública</i>	313
1.2.	<i>La distribución de competencias en materia de función pública</i>	314
1.3.	<i>El Estatuto Básico del Empleado Público</i>	315
1.3.1.	<i>La situación legal previa al TREBEP</i>	315
1.3.2.	<i>El objeto del TREBEP: funcionarios y laborales</i>	315
1.3.3.	<i>El TREBEP como norma básica y las leyes de desarrollo del TREBEP</i> ...	316
1.3.4.	<i>Ámbito subjetivo de aplicación del TREBEP</i>	317
1.3.5.	<i>Personal con legislación específica propia</i>	317
2.	LAS CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS	319
2.1.	<i>Concepto y clases de empleados públicos</i>	319
2.2.	<i>Los funcionarios de carrera</i>	320
2.2.1.	<i>Concepto</i>	320
2.2.2.	<i>Funciones reservadas al estatuto funcional</i>	321
2.3.	<i>Los funcionarios interinos</i>	322
2.3.1.	<i>Concepto</i>	322
2.3.2.	<i>Selección y régimen</i>	323
2.4.	<i>El personal laboral</i>	324
2.4.1.	<i>Concepto y clases</i>	324
2.4.2.	<i>Régimen jurídico del personal laboral</i>	325
2.5.	<i>El personal eventual</i>	326
2.6.	<i>Personal directivo profesional</i>	327
3.	ESTRUCTURA Y PLANIFICACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO	328
3.1.	<i>Estructuración del empleo público</i>	328
3.1.1.	<i>La ordenación de los puestos de trabajo</i>	328
3.1.2.	<i>Los Cuerpos y Escalas</i>	329
3.1.3.	<i>Los Grupos de titulación académica</i>	329
3.2.	<i>Planificación del empleo público</i>	330
3.2.1.	<i>Los planes de recursos humanos</i>	330
3.2.2.	<i>Las Ofertas de Empleo Público</i>	331
4.	EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: LOS PROCESOS DE SELECCIÓN	332
4.1.	<i>El derecho de acceso al empleo público en igualdad de condiciones</i>	332
4.2.	<i>Los requisitos de capacidad para el acceso al empleo público</i>	333
4.2.1.	<i>Nacionalidad y extranjería en el acceso al empleo público</i>	333
4.2.2.	<i>Edad</i>	334
4.2.3.	<i>Capacidad funcional</i>	335
4.2.4.	<i>Titulación académica</i>	335
4.2.5.	<i>Probidad</i>	336

4.2.6.	Lengua cooficial	336
4.2.7.	Otros requisitos	337
4.3.	<i>Los sistemas de selección de los empleados públicos</i>	337
4.3.1.	La oposición	337
4.3.2.	El concurso	338
4.3.3.	El concurso-oposición	339
4.3.4.	La elección del sistema de selección	340
4.4.	<i>Los procedimientos de selección</i>	340
4.4.1.	Características	340
4.4.2.	La convocatoria y sus bases	341
4.4.3.	Los órganos de selección	341
4.4.4.	La resolución del procedimiento selectivo	342
4.4.5.	El control jurisdiccional de la actuación de los órganos de selección	342
4.5.	<i>Adquisición de la condición de funcionario</i>	343
5.	LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS	344
5.1.	<i>Los derechos retributivos</i>	344
5.1.1.	Aspectos generales	344
5.1.2.	Las retribuciones básicas	344
5.1.3.	Las retribuciones complementarias	345
5.2.	<i>La carrera profesional</i>	346
5.2.1.	Concepto de carrera	346
5.2.2.	Clases de carrera	347
5.2.3.	La carrera vertical: los procedimientos de provisión de puestos de trabajo ..	348
5.2.4.	La promoción interna	350
5.2.5.	La carrera horizontal: la evaluación del desempeño	350
5.3.	<i>Derechos relacionados con el tiempo de trabajo</i>	353
5.3.1.	La jornada de trabajo	353
5.3.2.	Permisos y licencias	353
5.3.3.	Vacaciones	353
6.	LA REPRESENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	354
6.1.	<i>Los órganos unitarios de representación</i>	354
6.2.	<i>La negociación colectiva</i>	355
6.2.1.	Planteamiento constitucional	355
6.2.2.	Ámbito subjetivo	356
6.2.3.	Legitimación para negociar	356
6.2.4.	Mesas de Negociación	356
6.2.5.	Materias objeto en la negociación	357
6.2.6.	Pactos y Acuerdos	358
7.	LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIO- NARIO	360
7.1.	<i>Las situaciones administrativas</i>	360
7.1.1.	Concepto	360
7.1.2.	El servicio activo	361
7.1.3.	Servicios especiales	361
7.1.4.	Servicio en otras Administraciones Públicas	362
7.1.5.	Las excedencias	362
7.1.6.	La suspensión de funciones	363
7.1.7.	Otras situaciones administrativas	364
7.1.8.	Reingreso al servicio activo	364
7.2.	<i>La pérdida de la condición de funcionario de carrera</i>	364
8.	EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO	366
8.1.	<i>Fuentes y principios</i>	366
8.2.	<i>Las faltas disciplinarias</i>	367
8.3.	<i>Las sanciones disciplinarias</i>	368
8.4.	<i>Otros aspectos de la responsabilidad disciplinaria</i>	369
8.4.1.	Graduación de las sanciones	369
8.4.2.	Personas responsables	369
8.4.3.	Extinción de la responsabilidad disciplinaria	370

8.5. <i>El procedimiento disciplinario</i>	370
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	372

BLOQUE TEMÁTICO 3

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
Y GESTIÓN DOCUMENTAL

TEMA 11. ELEMENTOS TRANSVERSALES E INSTRUMENTALES DE LA GESTIÓN Y DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA	373
1. LOS TÉRMINOS Y PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	373
1.1. <i>La obligatoriedad de los términos y plazos</i>	373
1.2. <i>Clases de plazos y cómputo</i>	374
1.2.1. Plazos fijados por días	374
1.2.2. Plazos fijados por meses y años	375
1.2.3. Plazos fijados por horas	376
1.3. <i>Cómputo de plazos en los registros electrónicos</i>	376
1.4. <i>Modificación de los plazos</i>	377
1.4.1. La ampliación de plazos	377
1.4.2. La tramitación de urgencia	377
2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: CUESTIONES GENERALES	378
2.1. <i>La transformación hacia la administración electrónica</i>	378
2.1.1. La Era de la Información y la Administración electrónica	378
2.1.2. Ventajas e inconvenientes de la Administración electrónica	380
2.2. <i>El marco normativo general de la Administración electrónica</i>	383
2.3. <i>El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos</i>	384
2.3.1. El deber de relacionarse por medios electrónicos	384
2.3.2. El derecho a relacionarse por medios electrónicos	388
2.4. <i>Régimen de la firma electrónica en las relaciones jurídico-administrativas</i>	390
2.4.1. Régimen general de la firma electrónica. Identificación y firma electrónica avanzada y reconocida o cualificada	390
2.4.2. La identificación y firma electrónica de las Administraciones públicas	392
2.4.3. La identificación y firma electrónica de los ciudadanos: reglas generales. El sistema CI@ve. La firma manuscrita digitalizada	395
2.5. <i>Comunicaciones electrónicas (excepto registros y notificaciones)</i>	398
2.5.1. Sede electrónica, punto general de acceso y portales de Internet	398
2.5.2. Los tabloneros edictales electrónicos, el Tablón Edictal Único del BOE y otros portales de Internet de las Administraciones públicas	402
2.5.3. Las carpetas ciudadanas	403
2.5.4. Los medios de pago electrónicos	404
2.6. <i>La actuación administrativa automatizada</i>	405
2.7. <i>La interoperabilidad</i>	406
3. LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS. LUGARES Y MEDIOS DE PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS	407
3.1. <i>Registros administrativos y lugares de presentación documentos en la Ley 30/1992</i>	407
3.1.1. Lugar de presentación de la solicitud	407
3.1.2. Modo de presentación de la solicitud o escrito	408
3.2. <i>Los registros electrónicos en la Ley 11/2007</i>	409
3.3. <i>Novedades derivadas de la Ley 39/2015</i>	410
4. LOS CONVENIOS	412
4.1. <i>Concepto y tipos de convenios</i>	412
4.1.1. Evolución legal	412
4.1.2. Definición de convenios	413
4.1.3. Tipos de convenios	414
4.2. <i>Régimen jurídico de los convenios</i>	414
5. GESTIÓN DOCUMENTAL	415
5.1. <i>El documento administrativo y sus copias</i>	415

5.1.1.	El documento administrativo. El principio de equivalencia de soportes	415
5.1.2.	Las copias de los documentos administrativos o privados	418
5.2.	<i>El expediente administrativo</i>	419
5.3.	<i>El archivo</i>	420
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	421
TEMA 12.	CUESTIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	423
1.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN	423
1.1.	<i>Concepto de procedimiento administrativo</i>	423
1.2.	<i>Los fines del procedimiento administrativo</i>	423
1.3.	<i>Las clases de procedimientos administrativos</i>	424
2.	LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN	425
2.1.	<i>La evolución de la ordenación legal del procedimiento administrativo</i>	425
2.2.	<i>La distribución de competencias sobre procedimiento administrativo</i>	425
2.3.	<i>La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas</i> .	427
3.	LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	429
3.1.	<i>Principio de oficialidad</i>	429
3.2.	<i>Principio de contradicción</i>	429
3.3.	<i>Principio de publicidad</i>	430
3.4.	<i>Principio de gratuidad</i>	430
3.5.	<i>Principio de simplificación: el procedimiento administrativo adecuado</i>	430
4.	LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCEDIMENTAL: LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE	431
4.1.	<i>El responsable del procedimiento</i>	431
4.2.	<i>La abstención y recusación de las autoridades y agentes de la Administración</i>	433
4.2.1.	Circunstancias de abstención y recusación	433
4.2.2.	El deber legal de abstenerse	433
4.2.3.	Planteamiento y tramitación de la abstención y recusación	434
4.2.4.	Los efectos del incumplimiento del deber de abstenerse	435
5.	LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCEDIMENTAL: LOS INTERESADOS	436
5.1.	<i>La legitimación para intervenir en el procedimiento: la noción de interesado</i>	436
5.1.1.	Concepto	436
5.1.2.	Legitimación específica	436
5.1.3.	Legitimación colectiva	437
5.1.4.	La acción popular	437
5.2.	<i>La representación y el apoderamiento en el procedimiento administrativo</i>	438
5.2.1.	Representación	438
5.2.2.	Registros electrónicos de apoderamientos	439
6.	LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO	441
6.1.	<i>Consideraciones generales</i>	441
6.2.	<i>Derechos a recibir información «general» y «particular»</i>	442
6.2.1.	El derecho a obtener información previa a la iniciación de un procedimiento	442
6.2.2.	El derecho a la identificación de las personas responsables del procedimiento	442
6.2.3.	El derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento y a obtener copias	443
6.3.	<i>Otros derechos relativos a la documentación administrativa</i>	444
6.3.1.	El derecho a no presentar datos y documentos	444
6.3.2.	El derecho a obtener copia sellada de los documentos y a su desglose	446
6.4.	<i>El derecho a la elección de la lengua del procedimiento</i>	447
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	447
TEMA 13.	LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	449
1.	EL DEBER LEGAL DE DICTAR RESOLUCIÓN EXPRESA	449
1.1.	<i>Aspectos generales del deber legal de resolver y notificar</i>	449

1.2.	<i>El plazo para resolver y notificar</i>	450
1.2.1.	El plazo específico para dictar la resolución	450
1.2.2.	Plazo máximo y plazo supletorio para resolver	450
1.2.3.	Ampliación del plazo para resolver	451
1.3.	<i>El cómputo del plazo para resolver y notificar</i>	451
1.3.1.	Fecha inicial	451
1.3.2.	Suspensión del plazo para resolver	452
1.3.3.	Fecha final	454
1.4.	<i>La caducidad por inactividad de la Administración o perención</i>	455
2.	EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: CONFIGURACIÓN	457
2.1.	<i>Concepto y ámbito de aplicación</i>	457
2.2.	<i>Clases de silencio administrativo</i>	458
2.2.1.	Silencio administrativo desestimatorio	458
2.2.2.	Silencio administrativo estimatorio	459
3.	SUPUESTOS DE SILENCIO ESTIMATORIO Y DESESTIMATORIO	459
3.1.	<i>Procedimientos iniciados a solicitud de interesado</i>	459
3.1.1.	Observaciones generales	459
3.1.2.	Supuestos de silencio administrativo desestimatorio	461
3.1.3.	Supuestos de silencio administrativo estimatorio	462
3.2.	<i>Procedimientos iniciados de oficio por la Administración</i>	462
3.3.	<i>La información sobre el sentido del silencio administrativo</i>	463
4.	PERFECCIONAMIENTO Y ACREDITACIÓN DEL SILENCIO	463
4.1.	<i>Perfeccionamiento del silencio administrativo</i>	463
4.2.	<i>La certificación del silencio administrativo estimatorio</i>	464
5.	LAS RESOLUCIONES TARDÍAS	465
5.1.	<i>Silencio administrativo desestimatorio</i>	465
5.2.	<i>Silencio administrativo estimatorio</i>	466
6.	SILENCIO ADMINISTRATIVO DESESTIMATORIO E IMPUGNACIÓN	467
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	468
TEMA 14.	LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	470
1.	LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	470
1.1.	<i>Clases de iniciación</i>	470
1.2.	<i>La iniciación de oficio por la propia Administración</i>	471
1.2.1.	Actuaciones de impulso	471
1.2.2.	Información y actuaciones previas	472
1.3.	<i>La iniciación a solicitud de persona interesada</i>	472
1.3.1.	Requisitos de la solicitud	473
1.3.2.	Medios de presentación de la solicitud	474
1.3.3.	Subsanación de defectos y mejora de la solicitud	475
1.3.4.	Efectos de la presentación de la solicitud	477
2.	LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	478
2.1.	<i>Los actos de ordenación: principios y reglas generales</i>	478
2.1.1.	El principio de celeridad	478
2.1.2.	El principio de igualdad	479
2.2.	<i>Las medidas provisionales</i>	479
2.2.1.	Concepto y límites	479
2.2.2.	Medidas provisionales previas al inicio del procedimiento	480
2.2.3.	Medidas provisionales posteriores o contemporáneas al inicio del procedimiento	481
2.3.	<i>Tramitación simplificada del procedimiento administrativo</i>	481
2.3.1.	El acuerdo de tramitación simplificada	481
2.3.2.	La tramitación simplificada	482
3.	LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN	482
3.1.	<i>Concepto</i>	482
3.2.	<i>Las alegaciones</i>	483
3.3.	<i>Los informes</i>	484

3.3.1.	Noción y clases	484
3.3.2.	Petición del informe	486
3.3.3.	Evacuación del informe	486
3.3.4.	Efectos de la falta de remisión del informe en plazo	487
3.4.	<i>Las pruebas</i>	487
3.4.1.	Medios de prueba y valoración	487
3.4.2.	Carga de la prueba	488
3.4.3.	Período y admisión de las pruebas	488
3.4.4.	Práctica de la prueba	489
3.5.	<i>La información pública</i>	490
3.5.1.	Noción y clases de información pública	490
3.5.2.	Apertura del trámite de información pública e intervención en el mismo ..	491
3.5.3.	Reapertura del trámite de información pública	492
3.6.	<i>El derecho a la audiencia</i>	493
3.6.1.	Noción	493
3.6.2.	Régimen legal	494
3.6.3.	Efectos de la omisión del trámite de audiencia	495
3.7.	<i>La propuesta de resolución</i>	496
4.	LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	497
4.1.	<i>Las clases de terminación del procedimiento</i>	497
4.2.	<i>La resolución</i>	498
4.2.1.	Actuaciones complementarias	498
4.2.2.	Supuestos de inadmisión	499
4.2.3.	Requisitos materiales de la resolución	499
4.2.4.	Requisitos formales de la resolución	500
4.3.	<i>La terminación convencional</i>	501
4.3.1.	Concepto y clases	501
4.3.2.	Ámbito de aplicación	501
4.3.3.	Requisitos	501
4.3.4.	Límites	502
4.4.	<i>El desistimiento y la renuncia</i>	502
4.4.1.	Nociones	502
4.4.2.	Requisitos y límites	502
4.4.3.	Efectos	503
4.4.4.	El desistimiento de la Administración	503
4.5.	<i>La caducidad</i>	504
4.5.1.	Noción	504
4.5.2.	La caducidad por inactividad del interesado.	504
4.5.3.	La imposibilidad material	505
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	506

BLOQUE TEMÁTICO 4

EL ACTO ADMINISTRATIVO

TEMA 15.	EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO, CLASES Y ELEMENTOS; VALIDEZ E INVALIDEZ	507
1.	CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO	507
2.	DELIMITACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO	508
3.	CLASIFICACIONES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	512
3.1.	<i>En función de la Administración que los dicta</i>	512
3.2.	<i>En función de su contenido: actos favorables y desfavorables</i>	512
3.3.	<i>En función de su modo de expresión: expresos, tácitos y presuntos</i>	514
3.4.	<i>En función de la posición que ocupa el acto en el procedimiento administrativo: definitivos y de trámite</i>	514
3.5.	<i>En función del carácter preceptivo de su impugnación en vía administrativa: que agotan o no agotan la vía administrativa</i>	515

3.6.	<i>En función de la posibilidad de impugnación del acto: firmes y no firmes</i>	519
3.7.	<i>En función del grado de vinculación de la Administración al momento de dictarlos</i>	520
3.8.	<i>En función del número de destinatarios: actos singulares, generales y plúrimos</i> ...	521
4.	LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	521
4.1.	<i>Elemento subjetivo</i>	521
4.2.	<i>Elemento objetivo</i>	522
4.3.	<i>Elemento teleológico o causal</i>	523
4.4.	<i>Elemento formal: las formalidades y la forma en sentido estricto</i>	525
4.5.	<i>Elemento formal: la motivación</i>	526
4.5.1.	Concepto	526
4.5.2.	Finalidad	527
4.5.3.	Actos que deben motivarse	527
4.5.4.	Alcance de la motivación y de su incumplimiento	528
5.	VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	529
5.1.	<i>La presunción de validez de los actos administrativos</i>	529
5.2.	<i>Los grados de invalidez de los actos administrativos</i>	530
5.3.	<i>Supuestos de nulidad de pleno derecho</i>	532
5.4.	<i>La anulabilidad de los actos administrativos: supuestos generales</i>	535
5.5.	<i>La indefensión en el procedimiento administrativo y los diferentes grados de invalidez que supone este vicio</i>	537
6.	LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES	539
7.	EL PRINCIPIO GENERAL DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS MANIFESTACIONES	542
7.1.	<i>La conservación en sentido estricto</i>	542
7.2.	<i>La invalidez parcial</i>	543
7.3.	<i>La conversión</i>	544
7.4.	<i>La convalidación</i>	544
	BIBLIOGRAFÍA GENERAL	545
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	545
TEMA 16.	LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU EJECUCIÓN FORZOSA	547
1.	EL PRINCIPIO GENERAL DE EJECUTIVIDAD: EFICACIA INMEDIATA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	547
2.	SUPUESTOS DE EFICACIA DEMORADA Y RETROACTIVA	549
2.1.	<i>Eficacia demorada</i>	549
2.2.	<i>Eficacia retroactiva</i>	550
3.	LA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	551
3.1.	<i>Concepto y naturaleza</i>	551
3.2.	<i>Actos que deben notificarse</i>	552
3.3.	<i>Contenido de la notificación</i>	552
3.4.	<i>La notificación defectuosa y su subsanación</i>	553
3.5.	<i>Medios de notificación</i>	554
3.5.1.	Variedad de medios	554
3.5.2.	Preferencia del medio electrónico y excepciones a su empleo	555
3.5.3.	Elección del medio por el ciudadano y deber de recepción por medios electrónicos	556
3.5.4.	Elección del medio por la Administración	557
3.5.5.	Fecha de eficacia de la notificación cuando se utilicen varios medios	557
3.6.	<i>El procedimiento de notificación y sus incidencias</i>	558
3.6.1.	Órgano responsable de la notificación	558
3.6.2.	Lugar de práctica de las notificaciones en papel	558
3.6.3.	Plazo de la notificación y personas receptoras	559
3.6.4.	Incidencias en la práctica de la notificación	561
3.7.	<i>Especialidades de las notificaciones electrónicas</i>	563
3.7.1.	Medios de notificación electrónica. Dirección electrónica habilitada única y Servicio de Notificaciones Electrónicas	564

3.7.2. Reglas para la realización del trámite	567
3.7.3. Aviso de notificaciones electrónicas	568
4. LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SUPUESTOS Y RÉGIMENES JURÍDICOS	569
4.1. <i>Clases de publicación</i>	569
4.2. <i>Medios de publicación</i>	571
4.3. <i>Contenido de la publicación</i>	571
5. LA SUSPENSIÓN DE EFICACIA DE LOS ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA	572
5.1. <i>Concepto y causas de suspensión</i>	572
5.2. <i>Procedimiento para instar la suspensión</i>	574
6. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD	575
6.1. <i>Concepto</i>	575
6.2. <i>Principios informadores y requisitos de la ejecución forzosa</i>	576
6.3. <i>La impugnación de los actos de ejecución</i>	579
7. LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA: SUPUESTOS Y LÍMITES LEGALES	579
7.1. <i>Apremio sobre el patrimonio</i>	580
7.1.1. <i>Concepto y ámbito de aplicación</i>	580
7.1.2. <i>Procedimiento de ejecución</i>	580
7.2. <i>Ejecución subsidiaria</i>	582
7.3. <i>Multa coercitiva</i>	583
7.4. <i>Compulsión sobre las personas</i>	585
8. LA DENOMINADA VÍA DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN	587
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	588

BLOQUE TEMÁTICO 5

REVISIÓN DE ACTOS, RECURSOS Y RECLAMACIONES
EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

TEMA 17. REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	591
1. CUADRO GENERAL DE LA REVISIÓN DE ACTOS POR LA ADMINISTRACIÓN	591
2. LA REVISIÓN EN SENTIDO ESTRICTO: CONCEPTO Y RÉGIMEN GENERAL	592
3. LA REVISIÓN DE OFICIO O DECLARACIÓN DE NULIDAD	594
4. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD	596
5. LA REVOCACIÓN DE OFICIO	598
5.1. <i>Modalidades de la revocación de oficio</i>	599
5.2. <i>Los errores materiales, de hecho y aritméticos</i>	600
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	600
TEMA 18. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS GENERALES	602
1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS	602
1.1. <i>Concepto y régimen general de los recursos administrativos</i>	602
1.1.1. <i>Concepto y clases</i>	602
1.1.2. <i>Naturaleza y función de los recursos administrativos</i>	603
1.1.3. <i>Actos impugnables mediante recursos administrativos</i>	604
1.1.4. <i>Requisitos para la interposición de los recursos</i>	605
1.1.5. <i>Fase de instrucción</i>	606
1.1.6. <i>Resolución. Prohibición de <i>reformatio in pejus</i></i>	607
1.2. <i>Supuestos y materias excluidos del régimen general de los recursos administrativos</i>	608
2. EL RECURSO DE ALZADA	609
3. EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN	612
4. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN SUSTITUTIVOS DE LOS RECURSOS DE ALZADA Y REPOSICIÓN	614
5. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	615
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	617
TABLA-RESUMEN DE CADA RECURSO ADMINISTRATIVO	619

TEMA 19. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	620
1. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN VIGENTE	620
1.1. <i>Los modelos de control judicial de la Administración y su evolución histórica</i>	620
1.2. <i>Características del modelo español de justicia administrativa</i>	622
2. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: EXTENSIÓN Y LÍMITES	624
2.1. <i>Ámbito subjetivo: instituciones cuya actuación es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa</i>	625
2.1.1. Concepto de Administración pública en la LJCA	625
2.1.2. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con actos de los órganos constitucionales distintos de la Administración pública	625
2.1.3. Competencia del orden contencioso-administrativo en relación con actos llevados a cabo por entes mixtos y por los particulares	626
2.2. <i>Ámbito material: alcance sustantivo de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa</i>	627
3. LA PLANTA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	631
3.1. <i>Significado de la planta judicial</i>	631
3.2. <i>Criterios de atribución de competencias</i>	632
3.3. <i>Competencias de los distintos órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa</i>	633
3.3.1. Competencias de los Juzgados (provinciales) de lo Contencioso-Administrativo (art. 8 LJCA)	634
3.3.2. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10 LJCA)	635
3.3.3. Competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (art. 9 LJCA)	636
3.3.4. Competencias de la Audiencia Nacional (art. 11 LJCA)	638
3.3.5. Competencias del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA)	639
3.4. <i>Determinación de la competencia territorial</i>	640
4. LAS PARTES EN EL PROCESO: CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN; REPRESENTACIÓN Y DEFENSA ...	640
4.1. <i>La capacidad para litigar en el orden contencioso-administrativo</i>	640
4.2. <i>La legitimación</i>	641
4.3. <i>Representación y defensa de las partes</i>	643
5. EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	645
5.1. <i>Actividad administrativa impugnabile</i>	645
5.1.1. <i>Regulación general</i>	645
5.1.2. La inactividad de la Administración cuando esté obligada a realizar una prestación concreta (art. 29.1 LJCA)	646
5.1.3. La inexecución de actos administrativos firmes (art. 29.2 LJCA)	648
5.1.4. Actividad administrativa insusceptible de impugnación (art. 28 LJCA)	649
5.2. <i>Las pretensiones de las partes</i>	649
5.2.1. Las pretensiones como objeto del recurso contencioso-administrativo	649
5.2.2. Principio de congruencia	651
5.2.3. El efecto preclusivo de la vía administrativa previa	652
5.3. <i>Acumulación de pretensiones</i>	653
5.4. <i>Cuantía del recurso</i>	654
BIBLIOGRAFÍA GENERAL EN MATERIA DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	654
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	656
TEMA 20. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	658
1. INTERPOSICIÓN Y ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	658
1.1. <i>El plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo</i>	658
1.1.1. Recurso contra reglamentos y actos administrativos expresos y presuntos ...	658
1.1.2. Recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho	659
1.1.3. Recurso de lesividad y recursos contenciosos interadministrativos	659
1.2. <i>Requisitos para la admisibilidad del recurso, y escrito de interposición</i>	661

1.3.	<i>Admisión del recurso contencioso-administrativo</i>	661
1.4.	<i>Acumulación</i>	662
1.5.	<i>Cómputo de plazos: diferencias con la vía administrativa</i>	663
2.	EMPLAZAMIENTO Y PERSONACIÓN DE LAS PARTES	663
2.1.	<i>Emplazamiento y personación de la Administración y reclamación del expediente administrativo</i>	664
2.2.	<i>Emplazamiento y personación de terceros interesados</i>	665
3.	LA TUTELA CAUTELAR	665
3.1.	<i>Concepto y justificación</i>	665
3.2.	<i>Medidas cautelares que pueden adoptarse</i>	666
3.2.1.	<i>Suspensión de eficacia del acto o disposición impugnado</i>	667
3.2.2.	<i>Medidas positivas</i>	668
3.3.	<i>Procedimiento para la adopción de medidas cautelares</i>	668
3.4.	<i>Requisitos sustantivos para la adopción de medidas cautelares</i>	669
4.	ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN. EL ESCRITO DE ALEGACIONES PREVIAS	672
4.1.	<i>Alegaciones previas</i>	672
4.2.	<i>Demanda y contestación</i>	672
5.	LA PRUEBA	674
6.	VISTA O ESCRITO DE CONCLUSIONES	675
7.	LA TERMINACIÓN DEL PROCESO	676
7.1.	<i>La sentencia</i>	676
7.2.	<i>Otros modos de terminación del proceso</i>	677
8.	EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO	678
9.	RECURSOS CONTRA PROVIDENCIAS Y AUTOS	679
9.1.	<i>Recurso de apelación</i>	680
9.2.	<i>Recurso de casación</i>	680
9.3.	<i>Recurso de queja</i>	681
9.4.	<i>Recurso de reposición contra providencias y autos</i>	681
9.5.	<i>Recursos de reposición y revisión contra decisiones del Letrado de la Administración de Justicia</i>	681
10.	RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS	682
10.1.	<i>Cuestiones generales</i>	682
10.2.	<i>Casos en que procede</i>	682
10.3.	<i>Procedimiento</i>	683
11.	RECURSO DE CASACIÓN	684
11.1.	<i>Naturaleza</i>	684
11.2.	<i>Casos en que procede</i>	684
11.2.1.	<i>Criterios generales</i>	684
11.2.2.	<i>Interés casacional objetivo</i>	685
11.3.	<i>Fases del procedimiento</i>	687
11.3.1.	<i>Preparación</i>	688
11.3.2.	<i>Interposición del recurso</i>	688
11.3.3.	<i>Admisión</i>	688
11.3.4.	<i>Resto del procedimiento</i>	689
12.	RECURSO DE REVISIÓN	689
13.	PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS ESPECIALES	689
13.1.	<i>Proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona</i>	690
13.2.	<i>Cuestión de ilegalidad contra reglamentos</i>	692
13.3.	<i>Procesos con suspensión administrativa previa de acuerdos</i>	693
13.4.	<i>Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado</i>	694
14.	LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	694
14.1.	<i>Régimen general de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas</i>	694
14.2.	<i>La extensión de efectos de las sentencias firmes</i>	697
15.	LAS COSTAS Y LAS TASAS PROCESALES	698
15.1.	<i>Las costas procesales</i>	698
15.2.	<i>Las tasas procesales</i>	699
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	700
	TABLAS-RESUMEN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS	703

BLOQUE TEMÁTICO 6

LA GARANTÍA PATRIMONIAL

TEMA 21. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN	705
1. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	705
2. REQUISITOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL ..	708
2.1. <i>Los requisitos del daño: efectivo, evaluable, individualizable y antijurídico</i>	708
2.2. <i>La relación de causalidad</i>	709
2.3. <i>Los criterios de imputación</i>	711
2.3.1. El criterio objetivo en sentido estricto	711
2.3.2. El criterio objetivo circunstancial	712
2.3.3. El criterio culposo de imputación	713
2.4. <i>La reparación del daño</i>	715
2.4.1. Clases de reparación	715
2.4.2. Valoración de los daños	715
2.4.3. Momento de fijación de la indemnización y demora en el abono	716
3. PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN	717
3.1. <i>Iniciación del procedimiento. La acción para exigir la responsabilidad</i>	717
3.2. <i>Los procedimientos de exigencia de responsabilidad directa a la Administración</i>	718
3.3. <i>El procedimiento de exigencia de responsabilidad al personal de la Administración</i>	720
4. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL	721
5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS Y POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	722
6. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	724
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	724

BLOQUE TEMÁTICO 7

ACTIVIDADES Y MEDIOS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

TEMA 22. MODALIDADES DE LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y SU MARCO REGULADORIO	727
1. INTRODUCCIÓN: MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	727
2. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN Y SU CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL	729
2.1. <i>Concepto de ordenación o regulación económica</i>	729
2.2. <i>El modelo económico constitucional: la economía (social) de mercado</i>	731
2.3. <i>Etapas en la evolución de la intervención pública en la ordenación económica</i>	733
2.4. <i>Principios generales de la regulación</i>	734
2.4.1. Elenco de principios	734
2.4.2. El principio de proporcionalidad	735
2.4.3. El principio de precaución. La gestión de riesgos	736
2.4.4. El principio de unidad de mercado	736
3. POTESTADES E INSTRUMENTOS DE CARÁCTER NORMATIVO	738
3.1. <i>La regulación o actividad administrativa de ordenación en sentido estricto</i>	738
3.1.1. Concepto y dimensión	738
3.1.2. Regulación y reserva de ley: distinción entre delimitación y privación de derechos	738
3.1.3. El derecho de propiedad	741
3.1.4. La libertad de empresa	743
3.1.5. Volatilidad normativa y deber de adaptación	745
3.1.6. La calidad de la regulación: simplificación administrativa y procedimiento administrativo adecuado	745

3.2. <i>La planificación</i>	746
3.3. <i>La regulación técnica o normalización</i>	748
3.3.1. Concepto y finalidades	748
3.3.2. Clases: reglamentación técnica y normalización en sentido estricto o estandarización	748
3.3.3. Infraestructura organizativa de la regulación técnica	750
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	751

TEMA 23. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN EN LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL MERCADO

753

1. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: SERVICIOS PÚBLICOS, MERCADOS REGULADOS E INFRAESTRUCTURAS EN RED	753
1.1. <i>Los servicios económicos de interés general</i>	753
1.1.1. Concepto y delimitación	753
1.1.2. Características y principios de los servicios económicos de interés general ...	755
1.2. <i>Mercados regulados e infraestructuras en red</i>	756
1.2.1. Elementos estructurales: reguladores, operadores e infraestructuras en red ..	756
1.2.2. Las obligaciones de servicio público y servicio universal y sus compensaciones	757
1.3. <i>El servicio público en sentido estricto: la reserva de actividades</i>	758
1.3.1. Concepto y características del servicio público en sentido estricto	758
1.3.2. Modos de prestación: directa e indirecta	759
1.3.3. Régimen jurídico de la gestión indirecta	760
2. POTESTADES E INSTRUMENTOS DE GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN	762
2.1. <i>Las garantías de cumplimiento de la regulación y la policía administrativa</i>	762
2.1.1. Policía administrativa y policía de seguridad	762
2.1.2. Clasificación de las potestades y medidas de garantía de cumplimiento	763
2.1.3. Externalización, autorregulación y ejercicio privado de funciones públicas en materia de control regulatorio	764
2.2. <i>Títulos habilitantes y cargas administrativas para el ejercicio de actividades privadas</i>	765
2.2.1. Nociones de título habilitante y carga administrativa	765
2.2.2. Autorización o licencia y concesión	766
2.2.3. Comunicación previa y declaración responsable	770
2.2.4. Inscripción en registros públicos	773
2.2.5. Homologación y certificación de productos. Acreditación y certificación de actividades	773
2.2.6. Auditorías y evaluaciones	774
2.2.7. Suministro de información y otros deberes documentales	775
2.3. <i>La potestad inspectora</i>	775
2.4. <i>El requerimiento de cumplimiento de la legalidad: la orden administrativa</i>	776
2.5. <i>La intervención de empresas</i>	778
2.5.1. Concepto y características	778
2.5.2. Clases de intervención de empresas	780
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	780

TEMA 24. LOS CONTRATOS PÚBLICOS

783

1. ASPECTOS GENERALES	783
1.1. <i>La contratación pública y su sujeción a Derecho Público</i>	783
1.1.1. La actividad contractual de las Administraciones públicas	783
1.1.2. La adjudicación del contrato: los contratos de las Administraciones	783
1.1.3. El régimen sustantivo del contrato: los contratos administrativos	785
1.2. <i>Naturaleza jurídica del contrato administrativo</i>	786
1.3. <i>La ordenación legal de la contratación pública</i>	787

2.	EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCSP	789
2.1.	<i>El ámbito de aplicación subjetivo</i>	789
2.2.	<i>El ámbito de aplicación objetivo</i>	792
2.2.1.	Relaciones jurídicas excluidas	792
2.2.2.	Especial referencia a las encomiendas o encargos de gestión por medios propios	794
3.	CLASES DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	796
3.1.	<i>Contratos administrativos y contratos privados</i>	796
3.1.1.	Contratos administrativos	796
3.1.2.	Contratos privados	797
3.2.	<i>Contratos administrativos típicos</i>	799
3.2.1.	Contrato de obras	799
3.2.2.	Contrato de concesión de obras públicas	799
3.2.3.	Contrato de gestión de servicios públicos	800
3.2.4.	Contrato de suministro	801
3.2.5.	Contrato de servicios	802
3.2.6.	Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	802
3.3.	<i>Contratos sujetos a una regulación armonizada</i>	803
4.	LAS PARTES DE LA CONTRATACIÓN	804
4.1.	<i>Organización administrativa de la contratación</i>	804
4.1.1.	Órganos de contratación	804
4.1.2.	Órganos de asistencia	806
4.1.3.	Órganos consultivos	807
4.1.4.	Registros Oficiales y otros instrumentos de difusión	807
4.2.	<i>El contratista</i>	808
4.2.1.	Capacidad y solvencia del empresario	808
4.2.2.	Garantías exigibles en la contratación pública	809
5.	LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN	810
5.1.	<i>Cuestiones generales de los procedimientos de contratación</i>	810
5.2.	<i>Preparación de los contratos y formas de tramitación de los procedimientos</i>	813
5.2.1.	El expediente de contratación	813
5.2.2.	Formas de tramitación del procedimiento: ordinaria y abreviada	814
5.3.	<i>La adjudicación de los contratos: procedimientos de selección del contratista</i>	814
5.3.1.	Tipos de procedimientos y reglas generales de publicidad	814
5.3.2.	Procedimiento abierto	816
5.3.3.	Procedimiento restringido	816
5.3.4.	Procedimiento negociado	817
5.3.5.	Diálogo competitivo	817
5.3.6.	Contratos menores	819
5.4.	<i>La adjudicación de los contratos: selección del adjudicatario (criterios de valoración)</i>	820
5.4.1.	Criterios generales	820
5.4.2.	La subasta electrónica	821
5.5.	<i>Formalización de los contratos</i>	822
5.6.	<i>Racionalización técnica de la contratación</i>	822
5.6.1.	Acuerdos marco	822
5.6.2.	Sistemas dinámicos	823
5.6.3.	Centrales de contratación	824
6.	LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	824
6.1.	<i>Prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos</i>	824
6.2.	<i>La ejecución de los contratos administrativos</i>	826
6.2.1.	Reglas generales de la ejecución. En particular, el equilibrio financiero	826
6.2.2.	Ejecución defectuosa y retraso en la ejecución	828
7.	LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS	828
7.1.	<i>El cumplimiento de los contratos. La factura electrónica</i>	829
7.2.	<i>La resolución de los contratos</i>	829
7.3.	<i>La nulidad de los contratos</i>	830
8.	LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE LOS CONTRATOS EN VÍA ADMINISTRATIVA	831

9.	PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES EXCLUIDOS	833
10.	LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU TRASPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO	833
10.1.	<i>Las nuevas Directivas de contratación</i>	833
10.2.	<i>Su trasposición al Derecho interno</i>	835
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	836
TEMA 25.	LOS BIENES PÚBLICOS. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA	839
1.	EL PATRIMONIO DE LA ADMINISTRACIÓN	839
1.1.	<i>Concepto y clases</i>	839
1.2.	<i>Ordenación</i>	840
1.2.1.	La reserva de ley	840
1.2.2.	La distribución de competencias sobre los bienes de dominio público	840
1.2.3.	Ordenación legal	841
1.3.	<i>Los bienes de dominio público</i>	842
1.3.1.	Concepto y naturaleza de los bienes de dominio público	842
1.3.2.	La inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público	843
1.3.3.	La declaración de los bienes de dominio público: límites y competencia ..	843
1.3.4.	Clases de bienes de dominio público: bienes de uso público y de servicio público	845
1.3.5.	La afectación de los bienes al dominio público	846
1.3.6.	Las mutaciones demaniales	847
1.3.7.	La desafectación	848
1.4.	<i>Los bienes patrimoniales</i>	849
1.4.1.	Concepto	849
1.4.2.	Adquisición de bienes patrimoniales	849
1.4.3.	La disposición de los bienes patrimoniales	851
1.5.	<i>Los bienes comunales</i>	852
1.6.	<i>El Patrimonio Nacional</i>	853
2.	LA UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES PÚBLICOS	853
2.1.	<i>La utilización de los bienes de dominio público</i>	853
2.1.1.	El uso común general	853
2.1.2.	El uso común especial	854
2.1.3.	El uso privativo de los bienes de dominio público	855
2.1.4.	Especial referencia a las concesiones demaniales	857
2.1.5.	Las reservas y adscripciones demaniales	858
2.2.	<i>Aprovechamiento de bienes comunales</i>	858
2.3.	<i>Aprovechamiento de bienes patrimoniales</i>	859
3.	EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS	859
3.1.	<i>La obligación de proteger y defender el patrimonio</i>	859
3.2.	<i>Técnicas de gestión y protección del patrimonio</i>	860
3.2.1.	El inventario patrimonial	860
3.2.2.	La catalogación y el Registro	861
3.3.	<i>Potestades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos</i>	862
3.3.1.	La potestad de investigación	862
3.3.2.	La potestad de deslinde	863
3.3.3.	La potestad de recuperación de oficio o reintegro posesorio	864
3.3.4.	La potestad de desahucio administrativo	865
3.3.5.	Control judicial	865
3.3.6.	La inembargabilidad de los bienes públicos	866
3.3.7.	Servidumbres y limitaciones de las propiedades colindantes	867
3.3.8.	La policía demanial	868
4.	LA EXPROPIACIÓN FORZOSA	869
4.1.	<i>Aspectos generales</i>	869
4.1.1.	Marco constitucional	869
4.1.2.	Concepto	869
4.1.3.	Ordenación legal	870

4.2.	<i>Elementos de la expropiación forzosa</i>	871
4.2.1.	Los sujetos	871
4.2.2.	La causa o fin de la expropiación	873
4.2.3.	El objeto de la potestad expropiatoria	875
4.3.	<i>El procedimiento expropiatorio</i>	876
4.3.1.	La declaración de necesidad de ocupación	876
4.3.2.	La determinación del justiprecio	878
4.3.3.	Los criterios de valoración	880
4.3.4.	Pago, toma de posesión e inscripción de los bienes	882
4.3.5.	La expropiación urgente	882
4.4.	<i>Las garantías del expropiado</i>	883
4.4.1.	Los intereses de demora	883
4.4.2.	La retasación	883
4.4.3.	El derecho de reversión	884
4.5.	<i>Las ocupaciones temporales</i>	886
	BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	887
TEMA 26.	LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ...	889
1.	EVOLUCIÓN LEGAL Y BASES CONSTITUCIONALES	889
1.1.	<i>Evolución legal de la potestad sancionadora de la Administración</i>	889
1.2.	<i>El fundamento de la potestad sancionadora de la Administración</i>	890
1.3.	<i>Los principios constitucionales del Derecho Administrativo sancionador</i>	891
2.	LA ORDENACIÓN LEGAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA	892
2.1.	<i>La distribución de competencias normativas en materia de la potestad sancionadora</i>	892
2.2.	<i>Las normas sancionadoras comunes y generales</i>	893
2.3.	<i>La reserva de Ley en materia sancionadora</i>	894
2.3.1.	La reserva de Ley y colaboración reglamentaria en materia sancionadora ...	894
2.3.2.	Especial referencia a la potestad normativa sancionadora local	896
2.3.3.	La reserva de Ley en el ámbito de las relaciones de sujeción especial	897
2.4.	<i>El principio de irretroactividad</i>	897
3.	LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS	898
3.1.	<i>Concepto y clases de infracciones</i>	898
3.2.	<i>El principio de tipicidad</i>	899
3.3.	<i>El principio de antijuridicidad</i>	901
3.4.	<i>El principio de culpabilidad</i>	901
3.5.	<i>La prescripción de las infracciones</i>	903
4.	LAS SANCIONES Y OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS	904
4.1.	<i>Concepto y clases</i>	904
4.1.1.	Concepto de sanción administrativa y delimitación de otras medidas	904
4.1.2.	Clases de sanciones	906
4.2.	<i>Criterios de graduación y aplicación</i>	907
4.3.	<i>La extinción de la responsabilidad administrativa</i>	908
4.4.	<i>El principio non bis in idem</i>	909
4.4.1.	Concurrencia de infracción penal y administrativa	909
4.4.2.	Concurrencia de infracciones administrativas	910
4.5.	<i>La responsabilidad civil dimanante de la infracción</i>	911
5.	LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES	912
5.1.	<i>La garantía del procedimiento</i>	912
5.2.	<i>Iniciación</i>	913
5.2.1.	Actuaciones precedentes	913
5.2.2.	El acuerdo de incoación	914
5.3.	<i>Tramitación</i>	915
5.3.1.	Instructor e interesados en el procedimiento	915
5.3.2.	La formulación de la acusación	916
5.3.3.	Prueba y presunción de inocencia	917
5.3.4.	Propuesta de resolución y audiencia	919

5.4. <i>Terminación</i>	919
5.4.1. Resolución del procedimiento sancionador	919
5.4.2. Otras formas de terminación del procedimiento sancionador	921
5.5. <i>Ejecución y revisión de las sanciones</i>	922
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	923
TEMA 27. EL FOMENTO. LAS SUBVENCIONES	925
1. CONCEPTO Y ELEMENTOS	925
1.1. <i>Concepto</i>	925
1.1.1. La subvención como técnica de fomento	925
1.1.2. Concepto y naturaleza jurídica de la subvención	926
1.2. <i>Elementos de la subvención</i>	927
2. LA ORDENACIÓN LEGAL DE LAS SUBVENCIONES	928
2.1. <i>Reserva de Ley y principio de legalidad en materia de subvenciones</i>	928
2.2. <i>Normas aplicables en materia de subvenciones</i>	929
2.2.1. Régimen general	929
2.2.2. Administraciones Autonómicas	930
2.2.3. Administraciones Locales	930
3. SUJETOS Y OBJETO DE LA RELACIÓN SUBVENCIONAL	931
3.1. <i>Sujetos de la actuación subvencional</i>	931
3.1.1. La Administración concedente	931
3.1.2. Los beneficiarios	931
3.1.3. Las entidades colaboradoras	932
3.2. <i>El objeto de la subvención</i>	932
4. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES	933
4.1. <i>Principios generales</i>	933
4.2. <i>Ordenación de los procedimientos en materia de subvenciones</i>	934
5. EFECTOS DE LAS SUBVENCIONES	936
5.1. <i>Obligaciones del beneficiario</i>	936
5.2. <i>Invalidez, modificación y reintegro de la subvención</i>	937
5.3. <i>La justificación y control del empleo de la subvención</i>	939
5.3.1. Justificación de las subvenciones públicas	939
5.3.2. Control financiero	939
5.4. <i>Infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones</i>	940
6. LAS SUBVENCIONES Y LA UNIÓN EUROPEA	941
BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	942

PRÓLOGO A LA DECIMOTERCERA EDICIÓN

El principal propósito de este libro es ofrecer una visión amplia y completa del Derecho Administrativo, pero al mismo tiempo lo más clara y sintética posible. Nada hay más difícil que simplificar. Y menos aún cuando el objeto de la simplificación es una materia tan vasta, compleja y abstracta como el Derecho Administrativo, que combina una considerable carga conceptual con una intensísima aplicación práctica y una inabarcable amplitud normativa. Un Derecho que, como apreciaba FORSTHOFF, todo lo inunda y envuelve, acompañando al ciudadano desde la cuna hasta la tumba: no en vano se estima que el 80 por 100 del Derecho vigente es Derecho administrativo. Un Derecho, además, en continua transformación. Su dogmática clásica asentada sobre el acto, el procedimiento administrativo y la jurisdicción, ha experimentado una extraordinaria ebullición durante las dos últimas décadas, transformando radicalmente las potestades e instrumentos de la actuación administrativa.

Una Administración que tendía a asumir y ejercer directamente cualquier función o actividad que comprometiese los intereses públicos, y ejerciente de un Derecho que se sustentaba en potestades tremendamente incisivas de intervención, que supeditaba masivamente la actividad privada a actos administrativos previos habilitantes (autorizaciones o licencias, concesiones), que prestaba directamente los servicios públicos en régimen de monopolio, que regulaba minuciosamente las actividades imponiendo un sinnúmero de cargas... y que actualmente se encuentra empeñada en contraerse para resultar menos asfixiante, que promueve el inicio de actividades mediante simples comunicaciones previas de los particulares, que ha privatizado los servicios públicos ideando otras fórmulas que garanticen su continuidad y regularidad, que renuncia a controlar por sí misma las actividades (auditorías, inspecciones técnicas, certificaciones) transfiriendo esas funciones al sector privado, al que incluso le cede un amplio espacio de capacidad normativa (autorregulación), y que pretende hacer todo eso sin omitir ni relajar la protección de los intereses públicos subyacentes, sino inventando nuevas técnicas y modos de actuación menos invasivos, pero igualmente eficaces, con los que conciliar de mejor manera todos los intereses en presencia. De todo eso es necesario dar cuenta cabal para comprender actualmente qué es el Derecho Administrativo.

Esta obra tiene un enfoque decididamente pedagógico. Su finalidad no es crear doctrina, sino sintetizar el conocimiento existente y hacerlo inteligible al profano, prestándose, primordialmente, a usos docentes. En este sentido, la culminación del proceso de Bolonia ha demostrado hasta qué punto es preciso modificar la metodología docente en los estudios universitarios. No sólo se ha acortado la duración de las titulaciones obligando a sintetizar los programas de las distintas materias curriculares, sino que además se da entrada a una visión más interactiva en el proceso de enseñanza-aprendizaje, en la que se reduce el peso de la clase magistral como técnica docente, para ocupar ese espacio con otro tipo de actividades que promuevan el trabajo autónomo del estudiante, fomentando su capacidad para afrontar por sí solo el análisis de los problemas y encontrar sus solucio-

nes. En ese contexto, el manual universitario ha pasado a ocupar una posición absolutamente central: se requieren textos de respaldo que permitan facilitar el trabajo autónomo del estudiante y obtener la información de manera clara, sintética y sistemática. El profesorado crea entornos de aprendizaje en los que los manuales de referencia constituyen piezas nucleares: ya no hay tiempo para exponer en clases magistrales todo el contenido de la asignatura, y los textos de referencia desempeñan la función de servir no sólo como la primera, sino incluso, a veces, como la única fuente de conocimiento en la que puede apoyarse el estudiante para desarrollar su trabajo autónomo antes de ser visado por el profesorado.

Esta situación impone claras exigencias al manual universitario. Le obliga a un nuevo esfuerzo de síntesis y le exige suficiente claridad expositiva como para permitir la comprensión de la materia sin disponer de explicaciones teóricas de respaldo, pues en función de la programación docente de cada centro universitario, resulta perfectamente posible que muchos de los temas no lleguen a ser expuestos en clase y se remitan directamente a la realización de actividades programadas previo su estudio a través del manual. Aunque esta obra comenzó su andadura mucho antes de la implantación del sistema de Bolonia, se concibió ya entonces para responder a este desafío, y se encuentra perfectamente adaptada para permitir que cualquier estudiante pueda adquirir por sí mismo los conocimientos teóricos y conceptuales correspondientes a los temas que en ella se tratan.

Como ya se ha dicho, en la elaboración de este manual se ha cuidado especialmente la sintetización de los contenidos, la claridad expositiva y la linealidad en la adquisición de los conocimientos. Por lo demás, el enfoque pedagógico pretende suministrar al lector una serie de elementos que faciliten la comprensión de los temas. Así, junto a las explicaciones de desarrollo se incluyen una serie de tablas, figuras y diagramas que contribuyen a captar los elementos esenciales de cada institución jurídica y a encuadrarla debidamente en su contexto. Asimismo, es continuo el recurso al ejemplo como instrumento aclaratorio de la explicación, lo que permite percibir con total plasticidad la aplicación práctica del Derecho y fijar de mejor manera el concepto adquirido.

En esta decimotercera edición el manual se ha sometido a una intensa reestructuración, derivada fundamentalmente de la aprobación de dos normas de cabecera para el Derecho administrativo: la Ley 39/2015, y la Ley 40/2015, que modifican numerosos aspectos de la legislación anterior, implantando además la administración electrónica como medio preferente de la actuación administrativa. Para la adecuada interpretación de estas Leyes se exige adquirir algunas nociones de las tecnologías de la información y de la comunicación, sin cuyo conocimiento resulta imposible entender el Derecho administrativo contemporáneo; dado que los autores son especialistas en administración electrónica, en este manual se exponen esas nociones con plena solvencia, pero al mismo tiempo con el esfuerzo de síntesis y claridad característico de la obra, erigiéndose en un texto idóneo para comprender cabalmente la nueva legislación administrativa. Todo ello ha llevado a reestructurar la sistemática de esta obra, incluyendo un nuevo Tema 11 sobre elementos transversales de la gestión y la relación jurídico-administrativa, en el que se aborda el régimen general de la administración electrónica y se suministran los conocimientos técnicos necesarios para comprender la nueva legislación administrativa; analizándose las cuestiones específicas (validez de actos, notificaciones, etc.) a lo largo de los Temas correspondientes del manual.

La reestructuración del manual no se circunscribe a estos aspectos, pues se ha aprovechado la coyuntura para mejorar su sistemática y acomodarla mejor al contex-

to del Derecho administrativo contemporáneo. Así, el Tema dedicado al ciudadano se ha incorporado al primer bloque temático de la obra, situándolo en un lugar más acorde a la importancia que reviste esta cuestión en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Se ha suprimido el tema relativo a las reclamaciones económico-administrativas, debido a la eliminación de este medio de revisión por la nueva legislación administrativa. Igualmente, se han refundido algunos temas que guardaban conexión, y se han sintetizado otros. No obstante, se ha puesto especial cuidado en que el resultado final tenga fácil encaje en los programas de Derecho administrativo de las diferentes Facultades de Derecho, favoreciendo así la continuidad con todo el acervo acumulado por esta rama del Derecho.

Por lo demás, al igual que en las ediciones anteriores, se lleva a cabo la puesta al día de todos los contenidos, aportando nueva bibliografía y jurisprudencia, revisando el panel de enlaces web y modificando puntualmente algunos otros temas de acuerdo con las novedades que se han ido produciendo a todo lo largo del curso.

Sevilla-Cádiz, julio de 2016

LOS AUTORES

ABREVIATURAS

Ar	Aranzadi.
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado.</i>
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
DEHU	Dirección electrónica habilitada única.
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea.</i>
EA	Estatuto de Autonomía.
EBEP	Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.
JA	<i>Justicia Administrativa.</i>
LAECSP	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
LASE	Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
LCNMC	Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
LCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre.
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
LGT	Ley 58/2003, de 1 de diciembre, General Tributaria.
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
LI	Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOCE	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.
LOFAGE	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
NTI	Norma Técnica de Interoperabilidad.
PAG	Punto de Acceso General.
Rec.	Recurso.
RAP	<i>Revista de Administración Pública.</i>
RDENI	Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se aprueba el Esquema Nacional de Interoperabilidad.
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i>
RGDA	<i>Revista General de Derecho Administrativo.</i>
ReIDAS	Reglamento (UE) n.º 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica.

ROF	Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.
RPS	Real Decreto 2.225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para Concesión de Subvenciones Públicas.
RJCA	Marginal del Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-administrativa Aranzadi.
RPPS	Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.
RJ	Marginal del Repertorio Jurisprudencia Aranzadi.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SARA	Sujetos a regulación armonizada, categoría operante en materia de contratos públicos.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957; versión consolidada de 2010 (<i>DOUE</i> n.º 83, de 30 de marzo).
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

MATERIALES DE REFERENCIA

1. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1.1. TRATADOS, MANUALES Y OBRAS GENERALES

- ARANA GARCÍA, E.; CASTILLO BLANCO, F.; TORRES LÓPEZ, M. A.; VILLALBA PÉREZ, F. (coords.): *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo I en el Grado*, Tecnos, Madrid, 2014.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*, 2 vols., Tecnos, Madrid, 2015.
- BERMEJO VERA, J.: *Derecho administrativo básico*, Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 10.^a ed., 2013.
- BLANQUER CRIADO, D.: *Curso de Derecho Administrativo*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre acto administrativo*, Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 4.^a ed., 2012.
- BUENO SÁNCHEZ, J. M.: *Lecciones fundamentales de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomos I a VIII, Iustel, Madrid, 2009.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho administrativo*, Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.: *Fundamentos de Derecho Público*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2011.
- ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2002 (vol. 1/1) y 2000 (vol. 1/2).
- ESCUIN PALOP, C.: *Curso de Derecho Administrativo. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- FERNANDO PABLO, M., GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a A.; GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: *Cuadernos de Derecho administrativo*, 4 vols., Ratio Legis, Salamanca, 2013-2016.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Sistema de Derecho Administrativo*, Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y MENÉNDEZ REXACH, A. (coords.): *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Derecho administrativo para estudios no jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo* (2 vols.), Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2011 y 2014.
- GARRIDO FALLA, F. (con la colaboración de A. Palomar Olmeda y H. Losada González): *Tratado de Derecho administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2010 (vol. 1) y 2012 (vol. 2).
—*Tratado de Derecho administrativo. La justicia administrativa*, Tecnos, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ-BARAS IBÁÑEZ, S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, 6 tomos, 8 vols., Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2008 (Tomo II, 2.^a ed., 2012).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*, 2009.
- LINDE PANIAGUA, E.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Colex, Madrid, 2015.
- MARTÍN MATEO, R., y DíEZ SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015 (aunque esta obra se presenta con formato de compendio normativo, contiene una serie de estudios preliminares por bloques temáticos que la convierten, de hecho, en una obra general para el estudio del Derecho administrativo).
- MAURER, H.: *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (trad. de la 17.^a ed. alemana de 2009).
- MEILÁN GIL, J. L.: *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-Iustel, Madrid, 2011.
- MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho administrativo*, 2 vols., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

Galicia: <http://www.xunta.es>.
Andalucía: <http://www.juntadeandalucia.es>.
Principado de Asturias: <http://www.asturias.es>.
Cantabria: <http://www.cantabria.es>.
La Rioja: <http://www.larioja.org>.
Región de Murcia: <http://www.carm.es>.
Comunidad Valenciana: <http://www.gva.es>.
Aragón: <http://www.aragon.es>.
Castilla-La Mancha: <http://www.castillalamancha.es>.
Canarias: <http://www.gobcan.es>.
Comunidad Foral de Navarra: <http://www.navarra.es>.
Extremadura: <http://www.gobex.es>.
Illes Balears: <http://www.caib.es>.
Comunidad de Madrid: <http://www.madrid.org>.
Castilla y León: <http://www.jcyl.es>.

3.4. ENTIDADES LOCALES

En España existen más de 8.000 Municipios, a lo que deben sumarse las Diputaciones Provinciales y los Cabildos y Consejos Insulares. Es imposible ofrecer aquí enlaces a todas sus URL. Por ello, remitimos a dos lugares donde se encuentran las relaciones completas de enlaces:

<http://www.administracion.gob.es>: En la pestaña «España y la Administración», que figura en la parte superior de esta página, se accede primero a una plataforma de búsqueda de entidades locales.

<http://www.femp.es>: Portal de la Federación Española de Municipios y Provincias. En la parte superior dispone de una pestaña denominada «Atención al asociado», mediante la que se accede a un buscador que facilita los datos de contacto de la Entidad correspondiente, incluida su página web cuando dispone de ella.

BLOQUE TEMÁTICO 1

BASES ESTRUCTURALES DEL SISTEMA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

TEMA 1

EL DERECHO ADMINISTRATIVO: ORIGEN, CONCEPTO Y ESTRUCTURA

1. LAS REVOLUCIONES CONSTITUCIONALES: EL NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se encuentra generalizadamente admitido que el Derecho administrativo surge en los Estados occidentales con los movimientos sociopolíticos, de corte constitucionalista, acontecidos durante el siglo XVIII: destacan la Guerra de la Independencia norteamericana (1775-1783), que culminó con la proclamación de la Constitución de 1787; y la Revolución francesa de 1789, que ese mismo año alumbró la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, y poco después la Constitución de 1791. Pero son asimismo relevantes la Revolución irlandesa (1782-1784), la belga (1789-1790) y la holandesa (1783-1787), con las que se expresa la globalidad del fenómeno. Con anterioridad a esas fechas existen antecedentes de Derecho público, y una organización burocrática al servicio de la Corona, pero no puede reconocerse la existencia de un Derecho administrativo verdaderamente tal (acorde con los principios que hoy caracterizan a esta rama del ordenamiento), ni tampoco de una Administración pública conforme a los postulados de actuación que hoy le reconocemos como propios.

Los movimientos revolucionarios parten de una base netamente liberal e igualitaria, postulando la equiparación de toda clase de sujetos en el reconocimiento de derechos y libertades. Postulan la abolición de privilegios nobiliarios, y en lo que nos interesa, la erradicación de las prerrogativas exorbitantes de los reyes. Suponen la domesticación del poder público. Ello se consigue mediante la división de poderes y la formulación del principio de legalidad.

Nos importa destacar de todo el proceso la *necesidad, tempranamente percibida, de perduración del poder público*. El Estado debe subsistir, pues existen una serie de tareas que sólo pueden ser asumidas por una estructura organizada y dotada de un *poder superior al de los individuos singulares*, cuyo reconocimiento se encuentra en la base misma del pacto o contrato social (HOBBS, ROUSSEAU). Conforme a la nueva estructura política resultante de la Revolución, y en virtud del *contrato social*, se procede en primer término a proclamar que el pueblo es soberano y titular del poder, confiándolo, para su ejercicio, a todas las instituciones del Estado (inclusive a la Ad-

ministración). El Estado mantiene relaciones diplomáticas, hace la paz y la guerra, y desempeña funciones de policía imprescindibles para el mantenimiento del orden público. El Estado, en fin, es el garante de los derechos ciudadanos, y para el recto cumplimiento de esta tarea requiere, asimismo, disfrutar de un poder superior al de los particulares. Ya en la etapa revolucionaria se acepta la necesidad de mantener estas prerrogativas especiales, excedentarias de las que corresponden a los sujetos privados. Su reconocimiento, que se erige en la base del contrato social, es una concesión imprescindible para alcanzar la operatividad del nuevo sistema. El justamente célebre libro *Revolución francesa y Administración contemporánea*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, se consagra especialmente a destacar este hecho.

El principal logro del constitucionalismo no radica en la abolición de los privilegios del poder público, sino en su *sujeción a Derecho*, articulada mediante el *principio de legalidad*, un principio que estudiaremos en el próximo Tema y que se configura, verdaderamente, como centro de todo el sistema. Asimismo, debe destacarse que *la legitimidad de la atribución de potestades al poder público descansa en la necesidad de satisfacer el interés general*: el poder público se preserva en orden a promover el bien común, el bienestar de la sociedad. El interés general ha de ser susceptible de imposición a los sujetos individuales, lo que sólo puede conseguirse mediante la existencia de estas prerrogativas. Se trata, por tanto, de un poder *vinculado* o vicario (VILLAR PALASÍ), de un poder que se reconoce para un determinado fin, cuyo incumplimiento o desviación permite al sujeto pasivo reaccionar judicialmente para conseguir su anulación.

Pero además, la puesta en escena de ese mismo poder se condiciona mediante el arbitraje de garantías jurídicas que preservan a los ciudadanos frente a su ejercicio. En efecto, el reconocimiento de las prerrogativas se corresponde exactamente con la erección de garantías especiales frente a su ejercicio. *El par conceptual prerrogativa/garantía es el más clásico componente del Derecho administrativo*, configurado como un Derecho de privilegios y garantías, de ejercicio de poder mediante mecanismos especialmente regulados, que salvaguardan los derechos individuales frente a eventuales abusos. Así, muchas de las leyes jurídico-administrativas se dirigen a regular los procedimientos conforme a los que deben actuar las administraciones públicas, instaurando una serie de trámites y controles preventivos que comportan una gran burocratización.

Asimismo, reviste especial interés el *principio de responsabilidad de los poderes públicos*, que se proclama, igualmente, en el período revolucionario. En ese contexto, sin embargo, el principio no se construye estrictamente bajo el prisma patrimonial (resarcimiento económico por los daños soportados por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración), pues se configura, en realidad, como un derecho de reacción contra los abusos del poder, es decir, como un mecanismo de tutela judicial de los particulares frente a los poderes públicos, que permite el *control jurisdiccional de los actos de ejercicio de prerrogativas especiales*: los actos del rey gozaban de impunidad jurisdiccional, pero los actos de las administraciones públicas se someten a control de los tribunales. El mecanismo elegido por cada ordenamiento jurídico para erigir este control es variable, como veremos en el epígrafe siguiente; lo que interesa destacar es que el poder no goza ya de impunidad, sino que sus actos son susceptibles de control jurisdiccional.

De todo lo dicho se desprende que, mediante las revoluciones constitucionalistas no se pretende erradicar el poder, sino racionalizar su ejercicio y someterlo a control jurídico. *Esto es lo que determina el nacimiento del Derecho administrativo: un punto de la evolución jurídica en que el poder no es ilimitado ni se encuentra exen-*

to de control, sino que se enclava en un Estado democrático de Derecho, que modula su intensidad y revisa el modo como se ejerce. El poder, juridificado de esta manera, se atribuye a la misma organización burocrática que sirvió de apoyo a los reyes, esto es, a la Administración real. De tal manera que la estructura administrativa preexistente se incorpora al nuevo modelo político, por lógicas razones de operatividad y continuidad. El sustrato organizativo (la Administración pública) es continuación del anterior; pero su régimen jurídico es radicalmente distinto: ha nacido el Derecho administrativo, dirigido a regular el mecanismo de atribución, ejercicio y control del poder público.

Además de los ya citados, existen otros antecedentes históricos del Derecho administrativo que conviene destacar. Se trata del nacimiento del *Estado constitucional*, producido en 1919 con la promulgación de la Constitución de Weimar, en la que los poderes se articulan bajo una forma de organización que pretende la sujeción de todas las magistraturas del Estado a la Constitución, que se eleva a rango de norma jurídica superior. Anteriormente el Estado constitucional se identificaba sencillamente con la separación de poderes (y por ello la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano afirma que todo Estado en que no exista división de poderes no tiene Constitución); ahora, la Constitución es algo más, es una norma jurídica, que dispone la sujeción de *todo* poder a sus propios preceptos, y por lo que nos interesa, señala la sujeción de la Administración al Derecho. El constitucionalismo español no ha reflejado este movimiento en toda su magnitud hasta la promulgación de la Constitución española de 1978, en la que la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico se plasma con toda evidencia.

2. LOS SISTEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO: RÉGIME ADMINISTRATIF Y RULE OF LAW

Los períodos revolucionarios representan el nacimiento del Derecho administrativo en todos los ordenamientos jurídicos occidentales; pero el sistema que se generó no fue el mismo en todos los casos. En este sentido, se distingue entre el sistema de *régime administratif*, implantado en la Europa continental, y el sistema del *rule of law* o *common law*, propio del ámbito anglosajón.

2.1. EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO, O DEL RÈGIME ADMINISTRATIF

Este sistema es producto del Consejo de Estado francés, órgano creado por la Constitución francesa de 1799, que asume una doble función: *función consultiva* (es el órgano de asesoramiento jurídico de la Administración); y *función jurisdiccional*: se le encomienda al Consejo de Estado la resolución de conflictos en que fuera parte la Administración.

En virtud de la función jurisdiccional del Consejo de Estado, los pleitos sobre cuestiones referentes al Derecho público eran encausados por la propia Administración, mediante un órgano propio compuesto por funcionarios, y no por jueces integrados en el poder judicial. Ello se debió a que el principio de separación de poderes no fue entendido por los revolucionarios franceses como nosotros lo conocemos hoy, sino de manera radical, pues supuso la absoluta separación del poder administrativo y el judicial, excluyéndose la posibilidad de que los tribunales ordinarios enjuiciasen la actuación de la Administración pública. Esta concepción de las relaciones entre los

tres poderes, como explica SANTAMARÍA PASTOR, obedece al hecho de que los tribunales de justicia franceses existentes durante y tras la Revolución todavía eran adeptos al rey, y al conocer de los recursos interpuestos contra las reformas políticas y sociales introducidas por los revolucionarios mediante el ejercicio del poder ejecutivo, las bloqueaban sistemáticamente, en defensa del *statu quo* anterior, y dando al traste con los avances perseguidos por los nuevos gobernantes. Surge así la máxima *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración también es administrar), que supone la existencia en el seno de la propia Administración de órganos específicos encargados de revisar las cuestiones litigiosas planteadas por los ciudadanos contra el poder público.

Mediante el conocimiento de estos casos el Consejo de Estado va elaborando una doctrina que excepciona el Derecho privado, provocando la aparición de nuevas reglas que tienden a explicar la existencia de poderes exorbitantes en manos del poder público para la satisfacción de los intereses generales, y el modo en que dichos poderes son a su vez limitados para salvaguardia de los derechos individuales. Sus rasgos principales son los siguientes (HAURIUO):

— El sistema se basa en la creencia de que la Administración debe contar con *especiales prerrogativas*, distintas de las que dispone un ciudadano ordinario en el Derecho privado, debido a que ejerce tareas de interés general para las que necesita el ejercicio de potestades exorbitantes. En particular, destaca la *autotutela ejecutiva*, esto es, la posibilidad de que la Administración ejecute por sí misma los actos que dicta, sin necesidad de acudir a un juez que ordene la ejecución de la sentencia, como ocurre en el Derecho privado.

— Al propio tiempo, debido al reconocimiento de estas potestades, se debe ser especialmente cauto en la disposición de *mecanismos que eviten el abuso y la arbitrariedad*, encauzando la actuación administrativa mediante reglas y principios que regulan su actividad y salvaguardan los derechos individuales.

— La derogación del Derecho privado para este tipo de relaciones explica la necesidad de contar con un cuerpo de jueces y magistrados especialistas en la comprensión y aplicación del Derecho administrativo, de sus reglas y principios específicos, lo que justifica la *existencia de una jurisdicción especial*, la contencioso-administrativa, encargada del conocimiento de estos asuntos.

— Además, por los daños que pudieran ocasionarse a los particulares en el desempeño de estas tareas, se erige un *sistema de responsabilidad administrativa*, que tiende a indemnizar el detrimento patrimonial ocasionado por la actuación pública.

Aunque sus primeras expresiones tuvieran lugar en la Francia posrevolucionaria, este mismo modelo de Derecho administrativo se percibe en todos los países del área continental europea: Alemania, Italia, España, Holanda, Portugal, Polonia, Bélgica... a pesar de que sus orígenes y sus coordenadas constitucionales difieran en cada Estado, dando lugar a diferencias marginales. De ahí que se reciba el calificativo global de sistema continental europeo, por contraposición al anglosajón que analizamos seguidamente.

2.2. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN, O DEL *RULE OF LAW*

En los países anglosajones no hubo de vencerse resistencia judicial alguna a la implantación de las reformas de los nuevos gobernantes, por lo que no se crea una

jurisdicción especial encargada de resolver los litigios en que fuera parte la Administración. De otro lado, en este sistema la Administración no llega a adquirir potestades extraordinarias, y se somete plenamente al Derecho privado, ostentando los mismos derechos que cualquier persona física. En este régimen impera con todo vigor el principio de imperio de la ley o *rule of law* (en expresión de DICEY), sometiéndose todo sujeto (público o privado) a una misma norma jurídica o Derecho común (de ahí la denominación del sistema). La Administración no cuenta con el extraordinario volumen de prerrogativas que existe en el Derecho continental, pues lo que se pretende es precisamente acabar con el poder absoluto de los monarcas, sin sustituirlo por otro poder diferente. Debido a que no se ejercen especiales prerrogativas, tampoco resulta preciso articular un régimen especial de garantías; ni se exige un sistema especial de responsabilidad administrativa, articulándose la máxima *The King can do no wrong*, y respondiendo, en su caso, los funcionarios públicos con su propio patrimonio y de acuerdo a principios de Derecho común. Debe notarse, en cualquier caso, que en el sistema anglosajón han existido siempre potestades exorbitantes, aunque a menor escala que en el Derecho continental europeo: así, la potestad tributaria o la reglamentaria. Ello ha instaurado una serie de reglas objetivas sobre el modo en que pueden emplearse los fondos públicos, evitando el abuso y la arbitrariedad. Igualmente, se concede la participación de los interesados en los procedimientos de toma de decisión administrativa, garantizando el principio contradictorio y el derecho a recurso. Estas reglas especiales de Derecho privado aplicables a la Administración, en principio, no existen en el Derecho continental europeo, por cuanto que se supone que la Administración actúa con sujeción a un Derecho propio, el Derecho administrativo, que resulta suficiente para evitar el abuso y la arbitrariedad. Los países de influencia británica —Estados Unidos, Sudáfrica, Irlanda...— han adoptado este sistema de Administración.

FIGURA 1

Los sistemas comparados de Derecho administrativo

	Continental europeo	Rule of law
Privilegios o prerrogativas	La Administración dispone de poderes (potestades administrativas) de los que carecen los particulares. En particular, potestad de ejecución de oficio	La Administración carece de prerrogativas y se somete al mismo Derecho que los particulares. Para ejecutar sus actos debe acudir a los tribunales
Garantías	En compensación a sus poderes, la Administración se somete a unos trámites y requisitos que garantizan el respeto de los derechos individuales	
Responsabilidad patrimonial	Existe un sistema especial de responsabilidad administrativa	No existe un sistema especial de responsabilidad; la Administración no es en principio responsable, lo son directamente sus empleados
Jurisdicción revisora de los actos de la Administración	Existe una jurisdicción especializada en revisar la actividad de la Administración. En España, es un orden jurisdiccional encuadrado en la jurisdicción única del Estado	La jurisdicción es indiferenciada, la actividad de la Administración se revisa por los mismos tribunales que la de los particulares

En el caso de los Estados Unidos de América, fuertemente influenciados por la tradición jurídica inglesa, su particularidad más evidente es la aparición de las «agencias», esto es, unos organismos independientes del poder ejecutivo, pero sometidos a controles de carácter político y financiero, que reciben determinadas funciones o potestades públicas como el poder de regulación de los mercados, el otorgamiento de licencias administrativas o la imposición de limitaciones al ejercicio de derechos. El origen de las agencias reside en un peculiar entendimiento del principio de división de poderes: se considera que el ejercicio de tales funciones públicas, al tomar decisiones que influyen en los derechos subjetivos —*adjudications*—, debe otorgarse a autoridades independientes del Gobierno que resuelvan los asuntos conforme a Derecho y garantizando el principio contradictorio (derecho a la defensa de los interesados). De este modo, se erige todo un cuerpo legal de procedimiento administrativo, cuyas normas generales se contienen en el *U.S. Code*, dirigido a garantizar el derecho al proceso debido —*due process of law*—, reconociendo a los interesados un papel central con importantes instrumentos de defensa (alegaciones, recursos), y asignando el poder de decisión a un cuerpo de funcionarios públicos de ámbito nacional que goza de cierta movilidad entre las diferentes agencias. Por otra parte, en el modelo norteamericano, al igual que en el británico, las decisiones que adoptan las agencias son revisables por los órganos judiciales generales, sin que exista una jurisdicción específica como sucede en el modelo continental europeo.

2.3. LA PROGRESIVA APROXIMACIÓN ENTRE SISTEMAS

Los sistemas anteriormente descritos, comparados con perspectiva histórica, no parecen tan disímiles. Actualmente, tienden a aproximarse y cada uno de ellos incorpora elementos del otro. Así, en el sistema continental es frecuente y cada vez más extendida la creación de personas jurídicas privadas por parte de las Administraciones públicas para el desempeño de tareas de interés general: estas personas jurídicas se someten al Derecho privado en su actuación, sin que puedan beneficiarse de las especiales prerrogativas que corresponden a las personas de Derecho público; pero a cambio, no están sujetas a los rigurosos trámites y procedimientos que regulan la actividad administrativa, permitiéndose una mayor flexibilidad de medios y actuaciones. En esta tendencia ha tenido mucho que ver el paradigma de eficacia con que se aprecia en Europa la actuación de las agencias norteamericanas, sin reparar suficientemente en que constituyen en realidad una constelación de administraciones públicas. Por su parte, en el Derecho anglosajón han comenzado a aparecer regulaciones específicas que derogan el Derecho privado y suponen el ejercicio de potestades administrativas, especialmente en el intervencionismo administrativo económico. Ello ha implicado también el inicio de un sistema de responsabilidad administrativa, antes inexistente. Es de esperar que ambos sistemas continúen depurándose, enriqueciéndose recíprocamente y mostrando nuevas similitudes, tomando cada uno cuanto de positivo tiene el otro.

2.4. EL SISTEMA ESPAÑOL Y SUS INFLUENCIAS

El sistema administrativo español se encuadra claramente en el modelo continental europeo, pero presenta ciertas peculiaridades que lo distinguen del francés. En particular, el hecho de que entre nosotros el Consejo de Estado es un órgano consul-

tivo de la Administración, que no desempeña funciones jurisdiccionales, pues en nuestro sistema los asuntos judiciales en los que es parte la Administración son conocidos por órganos jurisdiccionales enclavados en la organización judicial general, y no órganos administrativos dependientes de la Administración.

Sin embargo, toda la doctrina elaborada por el Consejo de Estado francés, erigiendo reglas específicas que regulan el funcionamiento de la Administración y sus relaciones con los particulares, fue incorporada desde un primer momento a nuestro Derecho por relevantes autores españoles de los siglos XVIII y XIX (JORDANA DE POZAS, OLIVÁN, COLMEIRO, JAVIER DE BURGOS, JOSÉ POSADA, SANTAMARÍA DE PAREDES). Por ello, aun presentando estas especiales características, la formación de los grandes principios del Derecho administrativo español es tributaria esencialmente de la doctrina del Consejo de Estado francés.

Más recientemente han ejercido una influencia decisiva las dogmáticas alemana e italiana, fundamentalmente tras la promulgación de la Constitución española de 1978, que establece un Estado autonómico de corte *quasi* federal. El cuerpo de doctrina elaborado tanto por el Tribunal de Karlsruhe, como por la *Corte costituzionale* italiana, han sido asumidos por nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias sobre el Estado autonómico, y las aportaciones académicas de los autores alemanes e italianos son frecuentemente utilizados por la doctrina española en sus propios trabajos, al objeto de aplicar a nuestro Derecho las soluciones encontradas por aquéllos, con una especial incidencia en el Derecho administrativo. Una vez concretados los principios medulares del Derecho administrativo en el Estado autonómico, han adquirido vigor otras influencias, especialmente provenientes del modelo anglosajón, como ya se ha visto: la percepción del modelo organizativo de la agencia norteamericana como paradigma, dando lugar a transformaciones sustanciales de los instrumentos de gestión de las organizaciones públicas; y la *regulación* como nuevo concepto o haz de técnicas jurídicas relativas a la intervención de los poderes públicos en el mercado.

2.5. DERECHO ADMINISTRATIVO Y GLOBALIZACIÓN

En otro orden de consideraciones, ante el proceso de globalización que presentan las relaciones socioeconómicas contemporáneas, no sólo se intensifican las influencias recíprocas entre ordenamientos, que alumbran un *Derecho administrativo global* (KINGSBURY, KISCH Y STEWART; BALLBÉ; CHITI Y MATTARELLA; MIR; PONCE; DARNACULLETA), sino que además se asiste a un fenómeno de internacionalización del Derecho administrativo, que tiende a proyectar sus principios a escalas supranacionales (SCHMIDT-ASSMANN). Se reclama, por otra parte, que el Derecho público guíe el proceso globalizador y no se convierta sólo en una consecuencia del mismo (CASSESE). En Europa, es particularmente intensa la *administrativización* del Derecho comunitario europeo (PAREJO ALFONSO; VELASCO; ORTEGA Y ARROYO; NIETO y MARTÍN DELGADO), que guarda conexión con la globalización del Derecho Administrativo en general (CHITI Y MATTARELLA), y que presenta continuos reflujos ascendentes y descendentes: las instituciones jurídico-administrativas originarias de un concreto Estado ascienden hasta el nivel comunitario e impregnan nuevas disposiciones o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y desde ese lugar se diseminan hacia todos los ordenamientos nacionales, en un proceso interminable de retroalimentación que tiende hacia una progresiva uniformidad de los Derechos nacionales.

3. CONCEPTO, ESTRUCTURA Y CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1. CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho administrativo es una creación relativamente reciente, pues surge en la Europa continental como consecuencia del nuevo orden de relaciones derivado de las revoluciones constitucionalistas del siglo XVIII; en España, su génesis se ha situado en la Constitución de 1812 (SANTAMARÍA PASTOR).

Al igual que sucede con el concepto de Administración Pública —véase Tema 2—, también existen diferentes opiniones acerca del concepto de Derecho Administrativo (minuciosamente compiladas por ALLI). Su principal esfuerzo ha sido identificar un rasgo característico y prevalente que permita identificar la esencia del Derecho administrativo: el ejercicio de poder público, la satisfacción de los intereses generales, la prestación de servicios públicos, la determinación del estatuto jurídico de un determinado sujeto... (la Administración); sin embargo, se ha puesto de manifiesto la dificultad de definir el Derecho administrativo con arreglo a un solo criterio identificador (RIVERO, MUÑOZ MACHADO). A los efectos de este curso, y con pretensiones meramente descriptivas, podemos definir el Derecho administrativo como *el Derecho que regula la organización de las Administraciones Públicas, la atribución y el ejercicio de las potestades administrativas, y su control judicial*.

3.2. UN DERECHO NO CODIFICADO. ESTRUCTURA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A diferencia de lo que sucede en otras ramas del Derecho, no existe un *código administrativo* que reúna el grupo principal de disposiciones aplicables en esta materia. Sin embargo, *en el compuesto normativo jurídico-administrativo juega un papel nuclear el art. 149.1.18.ª CE*, que atribuye al Estado la competencia para establecer «Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante todas ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas». Este precepto es de radical importancia en el sistema de fuentes jurídico-administrativas, pues confía al Estado la importante tarea de regular los elementos centrales del Derecho administrativo, asegurando un mínimo de homogeneidad para todas las Administraciones públicas y para todos los ciudadanos (SSTC 50/1999 y 141/1993). El resultado de este precepto ha sido el ejercicio de la competencia estatal en una serie de leyes que constituyen la médula espinal del Derecho administrativo y sobre las que se engarza después todo este subsistema normativo (véase figura 2).

El Derecho Administrativo se encuentra compuesto por tres tipos diferentes de normas:

1.º *Normas generales de relación*: son las que regulan las relaciones intersubjetivas, tanto entre distintas Administraciones Públicas, como entre éstas y los particulares. La principal es la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). También destacan la Ley de Contratos del Sector

Público —LCSP— cuyo Texto Refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011; la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —LJCA—; entre otras.

2.º *Normas de organización*: estas normas determinan la *estructura orgánica* —es decir, el organigrama—, de las Administraciones Públicas. Cada Administración Pública tiene sus propias leyes de organización, que conforman grupos normativos específicos dentro del Derecho Administrativo. Así, en la Administración del Estado nos encontramos con la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la cual, además de incluir contenidos de carácter básico aplicables a todas las Administraciones públicas (fundamentalmente en su Título Preliminar, pero también en otros lugares), contiene, asimismo, el régimen jurídico de la Administración General del Estado y de sus entidades y organizaciones vinculadas o dependientes; en las comunidades autónomas, con sus respectivas leyes de Gobierno y Administración —por ejemplo, en el caso de Andalucía, la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía—; en el Derecho local, con la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local —LRBRL—; etc. De otro lado también se deben incluir entre las normas de organización las que regulan el estatuto jurídico de los empleados públicos, que tiene un régimen general en el RD Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y disposiciones específicas para cada Administración, como la Ley de Funcionarios Civiles del Estado —de 1964—, o las leyes que regulan la función pública de las distintas comunidades autónomas. En este grupo podemos situar también la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

3.º *Normas sectoriales de acción*: con ellas se establecen los fines propios de cada Administración, erigiendo en Derecho positivo lo que anteriormente eran meras posibilidades eventuales. Establecen, igualmente, el mecanismo para alcanzar esos fines. Estas leyes se cuentan por centenares, abarcando todo el espectro posible de actividades o materias; a modo de simple ejemplo pueden citarse la Ley del Suelo, la Ley General de Sanidad, la Ley de Carreteras, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, la Ley de Aguas, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley de Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor, la Ley Orgánica de Universidades, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, la Ley General de Telecomunicaciones, etc. Cada una de estas disposiciones configura un subgrupo o racimo normativo, del que penden otras normas subordinadas —reglamentos—, que completan su regulación y facilitan su aplicación.

FIGURA 2

Estructura del Derecho Administrativo

MATERIA	ESTADO	CCAA	ENTIDADES LOCALES
Régimen básico o común (desarrollo del art. 149.1 CE)	<ul style="list-style-type: none"> — Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) — Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) — Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) — Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), texto refundido aprobado por RDLvo. 3/2011 — Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) — Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS) — Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) — Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF) 		
REGLAMENTOS DE DESARROLLO DE ESTAS LEYES			
Organización propia	Ley 50/1997, del Gobierno; Ley 6/1997, LOFAGE	Leyes del Gobierno y Administración de cada CA	Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), Reglamento de Organización y Funcionamiento
Empleo público	Ley de Funcionarios Civiles del Estado	Leyes de empleo público propias de cada CA	LRBRL, reglamentos específicos para funcionarios locales y reglamentos propios de las entidades locales
Imposiciones tributarias	Ley General Tributaria y leyes reguladoras de cada tributo	Ley General de la Hacienda Pública de cada CA y leyes reguladoras de cada tributo	LRBRL, Ley de Haciendas Locales y ordenanzas reguladoras de cada tributo
Resto de materias: legislación sectorial	Legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma según el reparto competencial correspondiente: aguas, comercio, industria, turismo, deporte, servicios sociales, sanidad, dependencia, urbanismo, pesca, transportes, carreteras...		

3.3. CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Apartando todo intento de emitir una definición inequívoca del Derecho administrativo, pueden identificarse no obstante una serie de notas características de esta rama del Derecho que son de generalizada aceptación.

3.3.1. *Derecho público*

El Derecho administrativo forma parte del Derecho público. Es conocida la polémica que acompaña al concreto criterio que permite trazar la división primaria del ordenamiento entre el Derecho público y el privado, dando lugar a decenas de teorías (hasta 104 identificó HOLLINGER en 1904) desde que se acuñara la conocida máxima *publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatm pertinet* (ULPIANO). En cualquier caso, se encuentra generalizadamente

aceptada esta división estructural del ordenamiento, y el Derecho administrativo se encuadra inequívocamente en el ámbito del Derecho público sea cual sea el criterio seguido para realizar la distinción entre ambos.

3.3.2. *Derecho estatutario de las Administraciones públicas*

Las Administraciones Públicas no son personas jurídicas asimilables a las restantes —por ejemplo, a las sociedades anónimas, a las asociaciones, a las fundaciones...—: ostentan unas particularidades y un régimen jurídico específico, que las diferencia netamente, y que constituye un régimen estatutario. El Derecho Administrativo es, precisamente, el Estatuto que regula la organización y el funcionamiento de esa clase especial de personas jurídicas que son las Administraciones Públicas (GARCÍA DE ENTERRÍA), el conjunto de normas que disciplina su estructura, sus medios y sus reglas de acción.

3.3.3. *Derecho común y normal de las Administraciones públicas*

Al carácter estatutario se le añade el calificativo de Derecho común y normal de las Administraciones Públicas (CLAVERO ARÉVALO): es común porque dispone de una serie de principios aplicativos específicos, que excepcionan los que son propios de otras ramas del Derecho —algunos de ellos ya los hemos visto: objetividad, legalidad, eficacia...—; y normal porque este es el Derecho al que se someten normalmente las Administraciones Públicas, aunque en algunas parcelas de su actividad también se rigen por el Derecho privado.

3.3.4. *Derecho armonizador de privilegios y garantías*

El Derecho Administrativo es también un *Derecho de privilegios y garantías*. Se caracteriza por conferir a la Administración unos poderes exorbitantes —denominados *potestades administrativas*—, muy superiores a los propios de los sujetos privados: potestad sancionadora, expropiatoria, ejecución de oficio —la Administración puede embargar las cuentas de los particulares para cobrarse sus deudas—, otorgamiento de licencias, aprobación de normas reglamentarias... Este conjunto de atribuciones sitúa a la Administración en una clara posición de supremacía, justificada en atención a sus fines serviciales —persecución del interés general—. Pero al propio tiempo, para prevenir los abusos y arbitrariedades a que ello pudiera dar lugar, los ciudadanos se encuentran resguardados por un completo cuadro de garantías ante la actuación de la Administración. Por ello se afirma que la vocación del Derecho administrativo es asegurar la realización de los intereses colectivos sin ceder en la defensa de los intereses individuales (NIETO). Tales garantías son de mayor relieve cuanto más grave o penetrante sea el poder conferido. Entre las principales garantías que asisten a los ciudadanos está el sometimiento pleno de la Administración al control judicial, la ordenación de la actuación administrativa a través de procedimientos repletos de trámites —entre los que destaca la necesidad de concederles un trámite de audiencia en los asuntos que les afecten—, el derecho a percibir una indemnización por los daños que soporten como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, y toda otra serie de técnicas que han sido calificadas como *privilegios en menos* (RIVERO).

De suerte que el Derecho Administrativo se configura vocacionalmente como un *Derecho armonizador*, un régimen jurídico mediante el que se pretende conjugar la atribución y ejercicio de poderes exorbitantes por la Administración —las potestades administrativas— con el respeto de los derechos de los ciudadanos, articulado mediante controles y garantías al ejercicio de tales potestades del que constituye su inevitable correlato, conformando un conjunto equilibrado que permite identificar al Derecho administrativo como un *sistema de potestades administrativas*. Todos los problemas a que da lugar esta rama de Derecho pueden resumirse en la tensión —jurídica— que representa atender el interés general mediante el ejercicio de poderes o potestades administrativas y salvaguardar al propio tiempo los derechos individuales: el desenlace de estos conflictos ha de alcanzar un punto de equilibrio entre ambas necesidades contrapuestas.

3.3.5. *Derecho que regula la actividad relacional de todos los poderes públicos*

El Derecho Administrativo es un Derecho general que se aplica a la actividad relacional de todos los poderes públicos, no sólo de la Administración. El poder público crea una organización social, la Administración, la cual, como se estudia en el próximo Tema, está vocacionalmente dirigida a canalizar las relaciones que se entablen desde el poder público con los ciudadanos —expropiaciones, contratos, reconocimiento de derechos...—. El resto de poderes públicos tienen asumidas funciones constitucionales diferentes: potestad legislativa, potestad jurisdiccional, etc. Ello no obstante, los órganos constitucionales —Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, así como los órganos equivalentes en la organización autonómica—, que no son Administraciones Públicas, necesitan de una organización auxiliar o instrumental, de un mínimo soporte organizativo que constituye una mera función accesoria a su función constitucional específica. Por ejemplo, las Cortes Generales necesitan personal, y mobiliario, y material consumible de oficina, y para todo ello celebran contratos y entablan relaciones con terceros. A todas esas funciones auxiliares de los órganos constitucionales —y de los órganos análogos de las comunidades autónomas— se les aplica el Derecho Administrativo, con carácter instrumental y por un criterio de economía normativa (ESCRIBANO).

En relación con el régimen jurídico-administrativo marco de estas instituciones, la D.A. 5.^a LPAC y la D.A. 22.^a LRJSP (de idéntico contenido) disponen: «La actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, se regirá por lo previsto en su normativa específica, en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con esta Ley»; de manera que son aplicables a la actuación administrativa de estas instituciones los principios generales de actuación establecidos en el art. 3 LRJSP. Pero además, es frecuente que la legislación específica someta a las normas generales del Derecho administrativo la actuación administrativa de los órganos constitucionales (salvo especialidades propias), en materia de contratación, empleo público, patrimonio y ejercicio de potestades administrativas. El Derecho Administrativo se erige de este modo en un Derecho común y general de todos los poderes públicos en su actividad relacional con los ciudadanos.

3.3.6. *Derecho que se aplica ocasionalmente a relaciones entre particulares*

El Derecho administrativo se aplica ocasionalmente a relaciones entre particulares (E. RIVERO YSERN): por ejemplo, las que existen entre las empresas que prestan servicios públicos y sus usuarios, o las cláusulas de Derecho público que existen en contratos intensamente regulados, como el de alojamiento turístico.

3.3.7. *Derecho de extraordinaria amplitud, fugaz y cambiante*

El compuesto de normas que llamamos Derecho Administrativo sorprende por su *amplitud*, hasta el punto de que suele decirse (PARADA) que acompaña al ciudadano desde su nacimiento —en un centro público de salud— hasta la tumba —en un cementerio municipal—. En efecto, la realidad normativa actual está presidida por el agotador detallismo de las disposiciones, que se infiltran en los más variados campos de la actividad socio-económica y condicionan el desempeño de las actividades de los ciudadanos, o regulan el sinfín de servicios que presta la Administración.

Por ello mismo, *el Derecho Administrativo es fugaz y cambiante*, se encuentra sometido al vértigo de la realidad contemporánea, de tal manera que sus dictados quedan obsoletos al poco de pronunciarse y necesitan reemplazarse inmediatamente por otros nuevos. El dinamismo que se percibe en algunos ámbitos —como en las nuevas tecnologías— provoca que sus normas reguladoras sean modificadas varias veces cada año, lo que se conoce como «motorización» del ordenamiento jurídico (SCHMITT, SOSA WAGNER, PÉREZ MORENO). El Derecho Administrativo es así un Derecho en permanente adaptación (COSCULLUELA), es un Derecho contingente, sumido en constantes transformaciones, sometido a cambios frecuentísimos que lo convierten prácticamente en un Derecho-medida, que se va promulgando espasmódicamente para resolver situaciones coyunturales que, al superarse, hacen inútil la normación promulgada, y requieren su sustitución por otra diferente que afronte las nuevas necesidades, llegando a decirse que estamos realmente ante un «desordenamiento» jurídico (BAÑO LEÓN). No en vano afirmaba HAURIU que «el campo de la vida administrativa es el campo de lo provisional, de lo revocable y pasajero». Se trata, en efecto, de una afirmación válida en cualquier tiempo, y verdaderamente no puede —no debe— ser de otra manera: estando el Derecho Administrativo vocacionalmente abocado a regular la realidad social y económica, y encontrándose ésta en constante mutación, es inevitable y hasta necesario que evolucione incesantemente para adaptarse a esa realidad subyacente. Es más, el Derecho administrativo debería posicionarse a la vanguardia de los cambios, en lugar de venir supeditado a ellos, para no estorbar al progreso convirtiéndose en un lastre para la consecución de las aspiraciones sociales y yendo a remolque de las necesidades regulatorias. Lo que cualifica al Derecho administrativo contemporáneo no es, por tanto, su transformación, sino la radicalidad y vertiginosidad que han adquirido los cambios (PAREJO ALFONSO, BRUNSSON, GAMERO), también como reflejo de una realidad subyacente que evoluciona a un ritmo exponencial y que se encuentra en continua *disrupción*; ante este escenario, el Derecho administrativo debe anticiparse a los nuevos requerimientos, predecirlos, y ser una palanca que contribuya a liderar la satisfacción de las necesidades económicas, políticas y sociales. Los cambios son tan profundos, pero al mismo tiempo tan aparentemente asistemáticos, que cuesta interpretarlos como grandes desplazamientos o transformaciones estructurales, escondidos como están en la vorágine de normas y en la infinita multiplicación de sus centros de produc-

ción. Esto exige una gran familiaridad de todos los operadores jurídicos en el acceso a las normas y a sus cauces de difusión, a fin de encontrarse permanentemente actualizados en el conocimiento del régimen jurídico que deben aplicar.

Ante este escenario, la doctrina ha insistido en la *necesidad de mejorar la calidad de las normas*, evaluando adecuadamente su racionalidad y eficiencia (MONTORO CHINER), contribuyendo así a vertebrar de mejor manera el ordenamiento; así lo ha entendido el legislador —art. 130 LPAC—, obligando a que las Administraciones Públicas revisen periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. Además, el amontonamiento normativo conduce a una situación en la que cobran nuevo protagonismo los principios generales del Derecho, que emergen ahora como orientadores de la aplicación de las normas; esto hace frecuentemente imprevisible el resultado al que pueda conducir la interpretación jurídica, según cuál sea el operador que la lleve a cabo, dando lugar a una pérdida del valor formal de la ley como fuente del Derecho y admitiéndose un amplio espacio de creatividad judicial (GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTAMARÍA PASTOR). En tal tesitura cobran protagonismo los principios constitucionales que presiden el quehacer de la Administración, confiriendo renovado significado a la afirmación de que el Derecho administrativo es el Derecho constitucional concretizado (WERNER). El administrativista debe pues familiarizarse con el manejo de los principios y conceptos jurídicos, y desarrollar una gran capacidad para el pensamiento abstracto, que ha de proyectar sobre cada supuesto para alumbrar la solución del caso concreto; resulta preciso acuñar y depurar los instrumentos de interpretación jurídica, sobre todo en caso de conflictos normativos, adquiriendo singular importancia la técnica de la ponderación (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ORTEGA). Se pierde así el carácter de generalidad de la Ley que imperó durante los siglos XIX y XX, para dar paso a un Derecho de principios y nociones conceptuales bastante impredecible en sus desenlaces, lo cual genera correlativas dosis de inseguridad jurídica.

3.4. PRINCIPALES NOVEDADES DE LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015

3.4.1. *La reordenación de las fuentes del Derecho administrativo*

En 2015 ha tenido lugar una importante reestructuración de las fuentes del Derecho administrativo, aprobándose dos grandes leyes cuyos principales cambios conviene exponer aquí de manera sistemática, a fin de captar adecuadamente las novedades que representan.

Se trata, en primer lugar, de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) una norma que ha derogado la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJPAC—, y la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos —LAECSP—, integrando y actualizando los contenidos de ambas leyes.

En paralelo y el mismo día se aprobó la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la cual, además de incluir contenidos de carácter básico aplicables a todas las Administraciones públicas (fundamentalmente en su Título Preliminar, pero también en otros lugares), contiene, asimismo, el régimen jurídico de la Administración General del Estado y de sus entidades y organizaciones vinculadas o dependientes, que

anteriormente se regulaban en una norma específica, la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado —LOFAGE—, que ahora se deroga.

La aprobación de las nuevas leyes se recoge en el Programa Nacional de Reformas para 2015 que el Gobierno de España presentó a la Unión Europea en seguimiento del cumplimiento de los objetivos de déficit y de reforma del sector público. Su tramitación en las Cortes Generales fue meteórica, siendo aprobadas por la Comisión de Administraciones Públicas con competencia normativa plena tanto en el Congreso como en el Senado, sin apenas debate ni modificaciones sustantivas. Los comentarios realizados hasta la fecha por la doctrina y los operadores jurídicos (destacando el Consejo de Estado, en su informe a los Anteproyectos) son en general bastante críticos, tanto en relación con la celeridad del procedimiento (que ha impedido depurar y mejorar estas normas), como en relación con el escaso consenso parlamentario recabado durante su tramitación y la calidad (mejorable) del resultado obtenido.

El primer rasgo característico de esta reforma es articular un cambio en la estructura de la legislación administrativa, a partir de dos títulos competenciales derivados del art. 149.1.18.^a CE que, como sabemos, atribuye al Estado la competencia básica para establecer, por un lado, «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (...) que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas» y, por otro, «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». Ambos títulos competenciales manifiestan una equivalencia funcional, por cuanto que con ellos se pretende que todos los ciudadanos ostenten los mismos derechos y garantías cualquiera que sea la Administración pública con la que se relacionen, y en ese entendimiento se dictó la Ley 30/1992, que aglutinaba ambas materias, otorgándoles un desarrollo legal unitario. De acuerdo con el nuevo esquema normativo, el primero de estos títulos competenciales se acomete con la Ley 39/2015, mediante la que se pretenden regular las relaciones administrativas *ad extra*, esto es, la Administración en movimiento (vertiente dinámica de la competencia estatal), siendo aplicable, por consiguiente, a la relación entre los ciudadanos y las Administraciones públicas: los derechos de los ciudadanos, los actos administrativos (validez, eficacia) y el modo en que se dictan (procedimiento), los recursos administrativos, los registros administrativos, la representación y el apoderamiento, etc.; estas materias se abordan, principalmente, en los Temas 3 y 11 a 19 de este manual. El segundo título competencial se desarrolla ahora mediante la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, relativa pues —eso se pretende—, a las relaciones *ad intra*, esto es, a la pura organización administrativa, ya sea en relación con la organización interna de cada Administración, ya sea en las relaciones interadministrativas; estas materias se estudian principalmente en los Temas 5 a 9 de este manual.

Sucede, sin embargo, que a pesar de que conceptualmente puedan delimitarse ambas materias, en la práctica no es tan sencillo hacerlo, habiendo cuestiones que se encuentran a caballo entre ellas o que resulta difícil encuadrar. Esto se ha traducido en elecciones normativas dudosas, como regular los portales de Internet y las sedes electrónicas en la LRJSP —arts. 38 y 39— a pesar de que son medios de comunicación con la ciudadanía, en tanto que los registros, que son también un interfaz de relaciones de la Administración, se regulan en la LPAC —art. 16—; o incluso, regular una misma materia en las dos leyes, como ha sucedido con los archivos, que aparecen tanto en la LPAC —art. 17—, como en la LRJSP —art. 46—. Todo esto representa un grave problema de seguridad jurídica, pues no resulta fácil predecir dónde se regula ahora cada

cuestión; y obliga, por otra parte, a manejar ambas normas como un todo estrechamente imbricado, funcionando de hecho como *leyes siamesas*, que no pueden separarse una de la otra sin pérdida de sentido.

Otra cuestión relativa al impacto que estas normas representan para el esquema clásico de las fuentes del Derecho administrativo es que segregan la regulación de la potestad sancionadora y de la responsabilidad administrativa. En la Ley 30/1992, cada una de estas cuestiones se abordaba por un Título específico, que contenía tanto las normas o principios sustantivos de la materia como las especialidades de procedimiento administrativo que suponen su tramitación. Ahora, en la LRJSP se regulan los principios y el régimen sustantivo de cada una de estas materias, en tanto que se incorporan a la LPAC las especialidades relativas al procedimiento sancionador y al procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, todo lo cual refuerza la necesidad de manejar ambas leyes como un todo indisoluble. Por otra parte, se derogan el RD 1.398/1993, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y el RD 429/1993, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, incorporándose sus principales contenidos directamente a la LPAC.

También es pertinente señalar en este punto las particularidades que representan las nuevas leyes en relación con su entrada en vigor. La D.F. 7.^a LPAC establece que dicha Ley entra en vigor al año de su publicación en el *BOE*, por lo que su entrada en vigor se produce el 2 de octubre de 2016. Además, dispone que las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley, esto es, el 2 de octubre de 2018. Estos plazos permiten que todos los operadores jurídicos se familiaricen con las nuevas normas antes de que deban aplicarlas, y además, concede un tiempo adicional a las Administraciones públicas para que implanten ciertos servicios de administración electrónica. Sin embargo, es llamativo constatar que la LRJSP sólo prevé la entrada en vigor demorada para el 2 de octubre de 2016, por lo que ninguna de sus previsiones goza de entrada en vigor suprademorada al 2 de octubre de 2018, lo cual plantea problemas con alguno de los servicios de administración electrónica que regula, y en particular, con la sede electrónica —art. 38 LRJSP—, que en teoría deberán crear todas las Administraciones públicas a más tardar en esa fecha.

3.4.2. *Simplificación administrativa y administración electrónica*

Las dos finalidades principales que persiguen las nuevas leyes son la simplificación administrativa y potenciar la administración electrónica. Ahora no profundizamos en estas cuestiones, que se abordan en diferentes Temas del manual: tan sólo señalamos globalmente la intención del legislador como hilo conductor de estas normas, destacando algunas de sus manifestaciones más relevantes.

Por lo que se refiere a la simplificación administrativa, se manifiesta, por una parte, en los principios que presiden la intervención de las Administraciones públicas respecto al inicio o desarrollo de actividades por los ciudadanos, regulados en la LRJSP —art. 4—, consagrando un principio de intervención mínima, que se ve correspondido en la LPAC —art. 129— con los principios de buena regulación que promueven la menor injerencia posible de las normas, exigiendo que, cuando se impongan trámites adi-

cionales o distintos a los previstos en dicha Ley, se justifiquen por la singularidad de la materia o los fines perseguidos. También se establece la evaluación periódica de la legislación para verificar su resultado y que con ella se alcanzan los efectos pretendidos, así como para comprobar si están suficientemente justificados los costes y cargas impuestos a la ciudadanía —arts. 4 LRJSP y 131 LPAC—. Se establece, asimismo, un procedimiento administrativo simplificado —art. 96 LPAC—, que se tramitará cuando lo aconsejen razones de interés público o la falta de complejidad de las cuestiones que se susciten. También es expresión de esa simplificación la supresión de las reclamaciones administrativas previas, esto es, un tradicional medio de impugnación en vía administrativa que en la Ley 30/1992 había que interponer para poder demandar a la Administración en vía civil y laboral.

En cuanto a la administración electrónica, las nuevas Leyes establecen un principio de preferencia del medio electrónico, claramente enunciado en la LRJSP por lo que se refiere a las comunicaciones internas y entre Administraciones públicas —art. 4.2—, y que se infiere, asimismo, de infinidad de preceptos de la LPAC que imponen el medio electrónico para la articulación de las relaciones administrativas: registros, notificaciones, actos, expedientes, archivos... Al derogarse la Ley 11/2007 —LAECSP—, e incorporarse sus contenidos directamente a la legislación matriz del procedimiento administrativo común, se procede a la *normalización* de la administración electrónica, lo cual es coherente con la realidad social, dada la generalización de las tecnologías de la información y la comunicación en la sociedad contemporánea. Ello obliga a conocer saberes técnicos especializados (como el concepto y funcionamiento de la firma electrónica) para comprender y aplicar el Derecho administrativo común, y por ello mismo le concedemos un espacio a cuestiones generales de la administración electrónica en este manual —Tema 11—.

3.4.3. *Criterios de aplicación del Derecho administrativo: ejercicio de potestades administrativas y encuadre en el sector público. Los tres ámbitos del Derecho administrativo*

Las nuevas leyes regulan de manera novedosa su ámbito de aplicación, con una delimitación que es idéntica en ambas normas, tanto en la LPAC como en la LRJSP —art. 2 de ambos textos—. Tal y como se estudia en los lugares oportunos de este manual —Tema 2 § 2; y Tema 12 § 2, principalmente—, se produce una importante mutación del ámbito de aplicación de esta legislación administrativa común, que se sustenta en una nueva clasificación de las organizaciones públicas, distinguiendo, por un lado, a las Administraciones públicas en sentido estricto y, por otro, al resto de entidades del sector público administrativo, que incluyen también a organizaciones con forma de personificación jurídico-privada, como las fundaciones o las sociedades mercantiles.

Las nuevas leyes se declaran íntegramente aplicables a las Administraciones públicas en sentido estricto. Por lo que se refiere a las entidades del sector público administrativo con forma de personificación jurídico-privada:

— Se les aplican, en todo caso, los principios generales de actuación proclamados en el art. 3 LRJSP, que estudiamos en el Tema siguiente (legalidad, objetividad, eficacia, etc.).

— Se les aplica la legislación administrativa básica cuando ejerzan potestades administrativas.

Esta última previsión es absolutamente novedosa respecto a la legislación anterior, al ser la primera vez que el Derecho positivo declara con carácter general que el ejercicio de potestades administrativas por parte de entidades privadas del sector público se somete al Derecho administrativo. Como consecuencia de esta novedad: 1) Cobra especial relieve el estudio de la potestad administrativa —véase Tema 2 § 3—, cuyo concepto no aparece definido en ninguna norma, pero se erige en un criterio fundamental para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo; 2) Se establece un mínimo remedio al problema de la *huida* del Derecho administrativo al que se alude en el apartado siguiente de este Tema.

Como recapitulación de lo dicho, podemos recordar que la nueva legislación administrativa concibe el Derecho administrativo como una rama del ordenamiento jurídico que abarca tres ámbitos materiales: 1) El estatuto jurídico de las Administraciones públicas (que comprende las particularidades aplicables a las entidades del sector público administrativo con forma de personificación jurídico-privada); 2) La atribución y ejercicio de las potestades administrativas, y 3) Su control jurisdiccional.

4. LA REALIDAD ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

4.1. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como ya hemos visto más arriba, durante toda su evolución histórica desde las revoluciones constitucionalistas del siglo XVIII la Administración ha venido sometándose a un Derecho específico y singular, que presenta los rasgos característicos del sistema continental europeo: un Derecho de prerrogativas y garantías, de poderes exorbitantes cuyo ejercicio se encuentra trabado por una serie de requisitos que pretenden preservar la objetividad en el uso del poder. Estos requisitos son, especialmente, de carácter procedimental: la Administración debe actuar conforme a ciertos trámites burocráticos, complicados, enjundiosos, que ralentizan la actividad administrativa, pero pretenden evitar el avasallamiento de los derechos individuales o el empleo arbitrario del poder público. Las normas jurídico-administrativas dedican gran parte de su articulado a establecer estos procedimientos conforme a los que debe actuar la Administración.

El hecho de que tales procedimientos sean largos y complejos resulta contrario a la necesidad de que la Administración actúe eficazmente para la satisfacción del interés general (art. 103 CE). La Administración es lenta, y la sociedad reclama una rápida respuesta a sus necesidades. En el agotador detallismo del Derecho administrativo reside su propia perdición, pues al regular los procedimientos con tanta minuciosidad, se convierte en un lastre y un estorbo para la gestión administrativa. Se instala así en la conciencia colectiva una ecuación conforme a la cual el Derecho privado equivale a eficacia y agilidad, y el Derecho público a burocracia y lentitud.

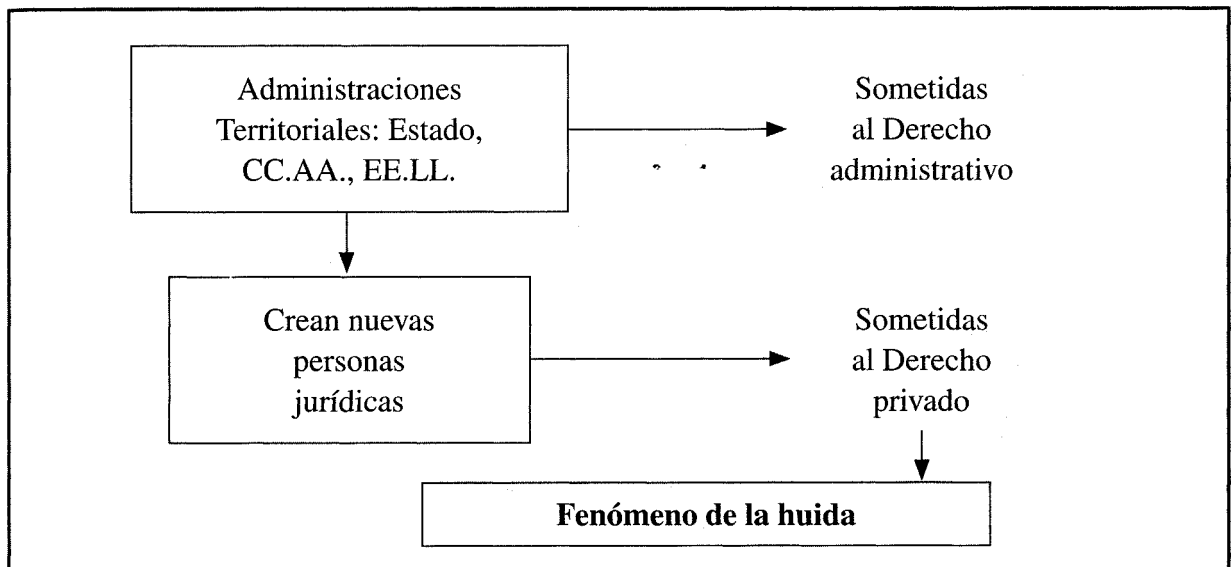
Para sobreponerse a este orden de cosas se ha buscado un artificio tan asombroso como inaceptable: los poderes públicos crean nuevos entes y organismos a los que se les atribuye personalidad jurídica privada, afirmando formalmente que no son Administraciones públicas —véase Tema 9—, y evitando por tanto que se les aplique el Derecho administrativo. A este fenómeno se le conoce como *huida del Derecho administrativo* (CLAVERO):

— Por lo que se refiere a su *organización*, estos sujetos se constituyen en unos casos bajo la forma de sociedades mercantiles, reguladas por la Ley de Sociedades

Anónimas, disponiendo de sus mismos órganos de gestión, a pesar de que el capital es público (así, Correos y Telégrafos SA, RTVE, etc.). En otros casos, se trata de instituciones que reciben un régimen jurídico distinto y peculiar, siendo regidos por órganos especiales (por ejemplo, el ente público Aeropuertos del Estado y Navegación Aérea, o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria). Pero en todo caso, son creados como personas jurídicas distintas de la Administración que los genera.

— Pero en lo que se refiere a su *actividad*, lo que se pretende en todos los casos es evitar la aplicación del Derecho administrativo a estas nuevas instituciones, sometiéndolas formalmente al Derecho privado en grandes parcelas de su actuación, y excluyendo la aplicación del Derecho administrativo. Ello comporta un aligeramiento de los trámites y una administración más eficaz, pero al mismo tiempo, supone un debilitamiento de las garantías de objetividad que comportan los procedimientos administrativos.

FIGURA 3

La huida del Derecho administrativo

A modo de ejemplo, para la celebración de los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992 se crearon una serie de sociedades anónimas públicas que recibieron los fondos con los que construir las infraestructuras necesarias para la celebración del acontecimiento. Estas sociedades contrataron con empresas constructoras privadas un importe global aproximado de 1.200 millones de euros. Debido a que no contrató directamente la Administración del Estado, sino las empresas mercantiles de capital público creadas a tal efecto, estas contrataciones no se efectuaron conforme a la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (una Ley especialmente pensada para garantizar la objetividad en la selección del contratista, y al menor precio posible), sino con sujeción a la legislación privada, en la que se puede contratar con cualquier sujeto y a cualquier precio. Otro tipo de entidades pretenden objetivos similares, tanto en la Administración del Estado (por ejemplo, el llamado Administrador de Infraestructuras Ferroviarias-Adif; o la empresa de Transformación Agraria, TRAGSA), como en las Comunidades Autónomas, muchas de las cuales han creado entes de gestión de infraestructuras (Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León,

Cataluña, País Vasco...) de forma que un gran porcentaje del gasto público se canaliza a través de tales entidades. Es manifiesto el peligro de arbitrariedad que todo ello comporta en relación con el empleo de fondos públicos.

El fenómeno privatizador se ha extendido como una plaga, dando lugar a una verdadera constelación de instituciones, que serán estudiadas más adelante —Tema 9—. En la medida que la Administración adopta formas jurídicas de Derecho privado, el modelo que se está implantando parece aproximarse al sistema anglosajón del *rule of law*. Sin embargo, en nuestro ordenamiento esta operación presenta claras deficiencias, porque el sistema anglosajón ha articulado mecanismos específicos con los que garantizar la objetividad de la actuación de la Administración, en tanto que en nuestro Derecho no existen tales mecanismos: el Derecho garantizador es el Derecho administrativo, no el Derecho privado. Por ello, un importante reto que tiene planteado el Derecho administrativo en este momento es conseguir reconstruir las garantías de los ciudadanos ante estas nuevas instituciones administrativas, que el legislador declara formalmente sometidas al Derecho privado, y actúan en consecuencia al margen del Derecho garantizador de la objetividad y de los derechos individuales. Como hemos visto en el apartado anterior, un importante paso adelante de la nueva legislación administrativa básica —arts. 2.2.b) LPAC y LRJSP—, ha sido declarar aplicables los principios de actuación de las Administraciones públicas a las entidades del sector público con forma de personificación jurídico-privada, así como someter su actuación al Derecho administrativo cuando ejerzan potestades administrativas. Para completar coherentemente este esquema normativo, esta actuación de las entidades privadas en mano pública debería someterse al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Un fenómeno paralelo al descrito viene representado por la llamada «externalización de funciones», es decir, la «privatización» de tareas que, en principio, deben corresponder a la Administración, atribuyendo su ejercicio a entidades privadas; por ejemplo, las inspecciones (de vehículos, o de otra naturaleza). En el Tema 26, § 5.1.3 se describe más ampliamente la cuestión. Ahora, baste con apreciar que la externalización supone asimismo una «fuga» del Derecho Administrativo, y que varios autores (ESTEVE, CANALS) postulan la necesidad de ampliar la aplicación del Derecho público a ese ejercicio privado de funciones públicas.

Algunas iniciativas legislativas han pretendido poner freno a esta situación, o cuando menos limitar los abusos. En ese contexto se encuadran la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), la Ley 28/2006, de Agencias Estatales, y la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (actualmente, su texto refundido de 2011). Un importante pronunciamiento judicial en esta materia es la STS 24-11-2009, RJ 1.821/2010, que declara nulo un Decreto que modificaba los Estatutos de la empresa pública EGMASA y le transfería funciones públicas de carácter administrativo, porque ello constituye «un riesgo potencial de fuga del Derecho administrativo», si bien el motivo de la anulación del Decreto es la omisión del trámite de audiencia en su procedimiento de elaboración.

Pero el mejor remedio que puede administrarse para acabar con el fenómeno de la *huida* es la revisión integral del Derecho administrativo: en lugar de erigirse como un edificio jurídico deslumbrante y meticulosamente garantista, pero incapaz de aplicarse eficazmente en la práctica, parece más sensato promover la simplificación de los procedimientos administrativos, suprimiendo trámites superfluos para mejorar la gestión de los asuntos. La implantación de la Administración electrónica constituye un excelente pretexto para lograrlo —véase Tema 11; § 2—, ya que promueve el *re-diseño* de todos los procedimientos administrativos.

4.2. EL DESAFÍO DE LA (DES)REGULACIÓN

En ese mismo orden de consideraciones podemos afirmar que, en el momento actual, las coordenadas sociopolíticas están fraguando un desplazamiento en el orden de primacía de los principios que presiden el quehacer de la Administración, coherentemente con la propia evolución que ha experimentado el Derecho administrativo y la posición de la Administración pública en los dos últimos siglos. En un primer momento —siglo XIX—, con ocasión del Estado de Derecho liberal, la principal preocupación consistía en asegurar una esfera de libertad de los individuos inmune a la acción del Estado: el aparato público se comprime al mínimo indispensable para garantizar la seguridad y la libertad, en tanto que el mercado se encuentra presidido por el librecambio. Posteriormente —mediados del siglo XX—, al emerger el Estado del bienestar se atribuyen a la Administración actividades prestacionales, dando lugar a una elefantiasis de la organización pública y a una generalizada aceptación del servicio público y el monopolio. Más tarde —último cuarto del siglo XX—, la evidencia de que al Estado le resulta imposible mantener tales niveles de prestación, y la ineficacia a que conducen los sistemas monopolísticos, obliga a contraer las estructuras públicas transfiriendo empresas y entidades al sector privado, implantando nuevas técnicas gerenciales del sector público, y atribuyendo a la Administración el papel nuclear de regulador y garante de los mercados y de la libre competencia.

Todo ello es sobradamente conocido, pertenece al pasado y resulta superfluo abundar en la cuestión. Lo que importa percibir ahora es la difícil encrucijada en que el Derecho administrativo se sitúa actualmente, en los inicios del siglo XXI, una vez que ha alcanzado dimensiones hipertróficas y el escenario se encuentra sacudido por una crisis económica sin precedentes. En esta tesitura la Administración recibe mandatos contradictorios: por una parte se desea que su interferencia sea mínima, pero al mismo tiempo se le responsabiliza de cualquier fallo del sistema y se le atribuye una capacidad salvadora ilimitada. Por ejemplo, la necesidad de obtener una autorización para iniciar una actividad —apertura de una empresa, comercialización de un producto alimentario— se considera enojosa y contraria a la agilidad que merecen el empresario y el comercio; pero al mismo tiempo, si la empresa provoca perjuicios ambientales o el producto comercializado produce un daño a los consumidores, automáticamente se imputa a la Administración la responsabilidad de no haberlo evitado. En paralelo, se reclaman al Estado nuevas prestaciones sociales: apoyo a la dependencia, mejora del sistema sanitario, salvamento de empresas en crisis... El dilema es constante: nadie quiere someterse a controles, se postula nuevamente la libertad de los mercados y del individuo, y se anhela una minoración de la presión fiscal; pero, en paralelo, se exige a la Administración que actúe como una especie de superintendente evitando todo mal, y que aparezca como un asegurador universal que asista a la ciudadanía en caso de colapso. Tales contradicciones hacen emerger una nueva identificación del poder público, que reorienta su papel esencial al de *Estado garante* (ESTEVE): se desmantelan y abandonan instrumentos extraordinariamente invasivos y restrictivos de derechos como los monopolios y las concesiones, incorporando en su lugar las técnicas y potestades de ordenación de la economía generadas en el ordenamiento norteamericano, conocidas como *regulación* (ESTEVE, MUÑOZ MACHADO).

Por otra parte, los cambios se suceden a toda velocidad y cada vez es más perentorio adaptarse a ellos de manera inmediata, lo que supone una extraordinaria volatilidad de la legislación y un esfuerzo normativo constante, a base de leyes-medida. La aprobación de la Directiva de Servicios en 2006 supuso un auténtico terremoto en las técnicas de intervención administrativa, exigiendo un cambio radical en el modo de

actuar de la Administración, como se verá en el lugar oportuno. Pero además, la crisis económica cuyo punto álgido se alcanza al inicio de la segunda década del siglo XXI está evidenciando la velocidad vertiginosa de las reformas normativas y la desaparición de las verdades inmutables, adoptándose decisiones inimaginables unos pocos años antes, mediante instrumentos tan expeditivos como los decretos-leyes, que han vuelto a convertirse en la principal fuente del Derecho.

El Derecho administrativo se sitúa pues ante el desafío de diseñar nuevos instrumentos jurídicos, capaces de satisfacer el papel que actualmente se atribuye a la Administración: interferir mínimamente en el mercado y en la propiedad, recaudar menos impuestos y mejorar su eficacia gestora, pero garantizar al mismo tiempo a la ciudadanía la prestación de servicios esenciales, la seguridad, la salud y la asistencia vital (la *Daseinvorsorge* o «procura asistencial» de que nos hablaba FORSTHOFF). Algunas técnicas interesantes para lograrlo son la *autorregulación regulada* (DARNACULLETA), el régimen de *actividades comunicadas* y de *declaraciones responsables* en sustitución de las autorizaciones administrativas (Directiva de Servicios), o la aplicación excepcional de la *intervención de empresas* en situaciones de crisis: son instrumentos sobre los que no podemos abundar en este momento, pero que constituyen técnicas útiles para afrontar los desafíos del Derecho administrativo de nuestro tiempo.

4.3. LA INUTILIDAD DEL SISTEMA DE CONTROLES

El sofisticado aparato de controles desplegado sobre los poderes públicos en general y sobre las Administraciones públicas en particular es uno de los aspectos más requeridos de revisión actualmente, debido a su manifiesto fracaso. Tres factores acumulados contribuyen a mostrar esta necesidad.

El primero es el anacronismo de la jurisdicción contencioso-administrativa. La rígida estructura del proceso y su prolongada duración determinan que, cuando recaen sentencias definitivas, ocho o diez años después de acontecer los hechos objeto de litigio, sea demasiado tarde para que impere verdaderamente la justicia. La ciudadanía tiene que soportar todo ese tiempo de litigio (y sus gastos asociados, costas procesales incluidas) para que se les reconozca la razón y puedan, por ejemplo, iniciar una actividad económica. Los cargos públicos responsables de ilegalidades, para entonces, pueden estar en otras ocupaciones y no soportar en modo alguno las consecuencias de sus actos. Por consiguiente, el interés público, que es lo que verdaderamente subyace en cualquier actividad de la Administración, se ve irremediamente resentido.

En segundo lugar se ha puesto de manifiesto el colapso de las estructuras de control. A pesar de su sofisticación, esto es, de la cantidad de órganos que se han creado para fiscalizar la actividad de la Administración (defensores del pueblo, tribunales de cuentas, consejos consultivos, además de los órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucional), todo este fabuloso aparato de control se ha revelado ineficiente para evitar los abusos en las actuaciones de la Administración, incluso dándose la paradoja de que algunos de ellos incurren en los mismos defectos que tienen encomendado impedir a los demás (véanse los recientes ejemplos de nepotismo en el Tribunal de Cuentas). Algunas Comunidades Autónomas han suprimido algunos de estos órganos, por considerar que suponen una duplicidad de funciones con sus homólogos estatales. Pero, además de eliminar en lo posible las duplicidades, la reforma pendiente es la que logre efectividad en los controles que tales órganos desempeñan, para evitar que se conviertan en meros cronistas de los abusos e ilegalidades que cometen

las Administraciones, sin repercusión alguna sobre los responsables y sobre su conducta sucesiva.

El tercer elemento a destacar en este punto es la emergencia de una nueva herramienta de control: la que puede desplegar la sociedad civil mediante instrumentos de transparencia del poder público. De manera que, tal y como se había hecho con anterioridad en el Derecho comparado, también en España se están dictando leyes de transparencia que pretenden dar publicidad a toda una batería de datos sensibles (adjudicatarios de contratos, beneficiarios de subvenciones, expedientes administrativos en materias delicadas), ante la convicción de que esa información, puesta a disposición de la sociedad en general y de los medios de comunicación en particular, constituye un importante mecanismo de fiscalización de la objetividad del poder público. Esta cuestión se aborda más extensamente en el Tema 3, § 2.1.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALLI ARANGUREN, J. C.: *Derecho administrativo y globalización*, Thomson-Civitas-Universidad de Navarra, Madrid, 2004.
- ANTHONY, G.; AUBY, J. B.; MORISON, J. y ZWART, T.: *Values in Global Administrative Law*, Hart, Oxford, 2011.
- AUBY, J. B.: *La globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press, Sevilla, 2012.
- BALLBÉ, M.: «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP*, n.º 174, 2007.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2012.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 2000.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo», *RAP*, núm.193, 2014.
- CASSESE, S.: *La globalización jurídica*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2006.
- *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Global Law Press-INAP, Sevilla, 2014.
- CASTILLO BLANCO, F.: *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso de derecho*, INAP, Madrid, 2008.
- CHITI, E. y MATTARELLA, B. G. (coords.): *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2011.
- CLAVERO ARÉVALO, M.: «Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal», en *Estudios de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.
- DARNACULLETA GARDELLA, M.: «El Derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?», *RAP*, n.º 199, 2016.
- DELGADO PIQUERAS, F.: «Algunas aportaciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al debate actual sobre la conceptualización del Derecho Administrativo», *REDA*, n.º 85, 1995.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: «Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo», *REDA*, n.º 37, 1983.
- ESTEVE PARDO, J.: «La regulación de la economía desde el Estado garante», en VVAA, *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», *RAP*, n.º 189, 2012.
- GAMERO CASADO, E.: *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Civitas, Madrid, 2001.
- *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 2005.

- GARRIDO CUENCA, N.: *El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- GUICHOT REINA, E.: «Globalización jurídica y Derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea», *RAP*, núm. 187, 2012.
- KINGSBURY, B.; KISCH, N., y STEWART, R. B.: *Hacia el Derecho administrativo global*, Global Law Press, Sevilla, 2016.
- «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, n.º 15, 2005.
- MARTÍNEZ FELIPE, L.: *Fiscalización política del Gobierno. Fiscalización parlamentaria y extraparlamentaria. Inspección parlamentaria*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MIR PUIGPELAT, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson, Madrid, 2004.
- MONTORO CHINER, M. J.: *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.
- MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado* (traducción y prólogo de la segunda edición alemana por F. de los Ríos Urruti), Comares, Granada, 2000.
- NIETO GARCÍA, A.: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.
- «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, n.º 7, 1975.
- NIETO GARRIDO, E., y MARTÍN DELGADO, I.: *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ORTEGA ÁLVAREZ, I.; ARROYO JIMÉNEZ, L. y PLAZA MARTÍN, C. (eds.): *Spanish Administrative Law under European Influence*, Europa Law Publishing, Gröningen, 2010.
- ORTIZ DÍAZ, J., y ORTIZ DE TENA, M. C.: *Concepto de Administración Pública y de Derecho Administrativo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *La Administración en tiempos de crisis*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- Transformación y ¿reforma? Del Derecho administrativo en España*, Global Law Press-INAP, Sevilla-Madrid, 2012.
- PONCE SOLÉ, J. (coord.): *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- RIVERO YSERN, E.: *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988 (Capítulo II: «Las bases históricas del Derecho administrativo»).
- Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006 (la edición original de esta obra es del Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973).
- SIEGEL, T.: *Europeización del Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- VVAA: *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TEMA 2

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS BASES CONSTITUCIONALES

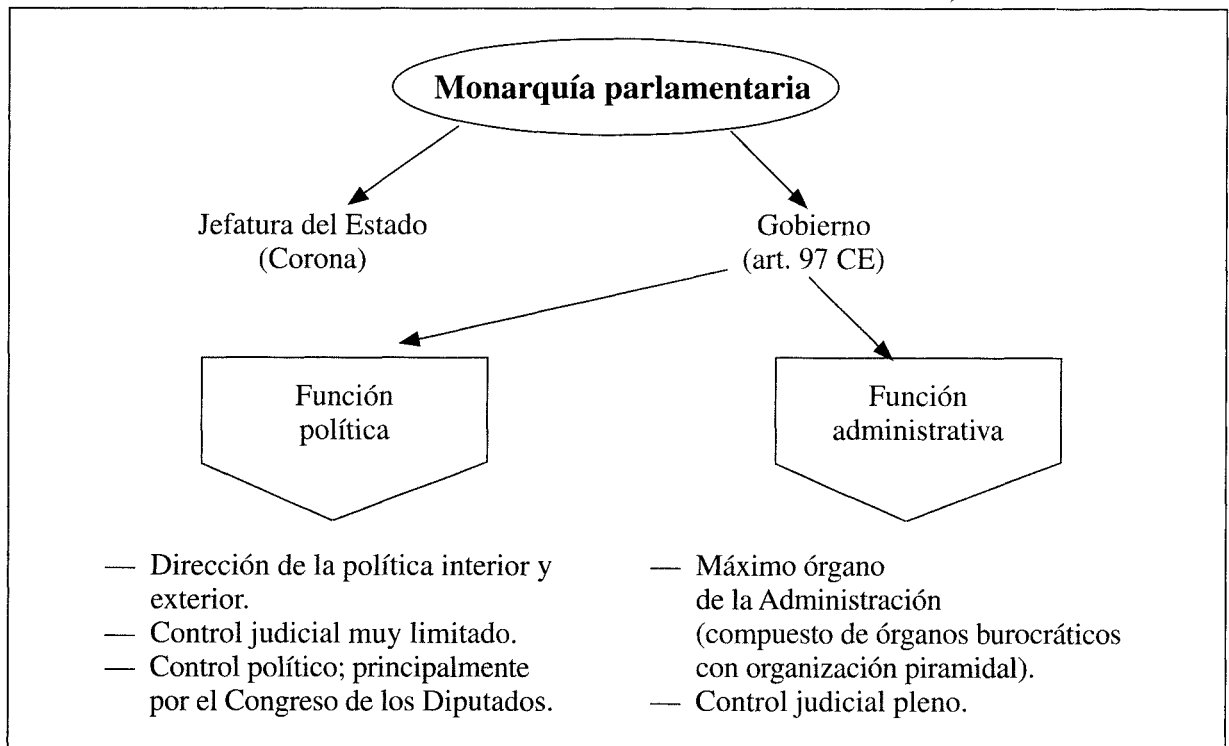
1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

El principio de separación de poderes es una manifestación de la cláusula del Estado de Derecho. Inicialmente fue concebido por ARISTÓTELES como una mera distribución de funciones, pero ya en POLIBIO y en MARSILIO DE PADUA adquiere una vertiente política, al objeto de separar institucionalmente la función legislativa de la ejecutiva y limitar así los poderes del rey. John LOCKE (*Two Treatises on Civil Government*, 1690) insiste en este mismo planteamiento un poco más tarde, y de su fuente se inspira MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, 1748), adaptando el principio a los términos en que hoy lo conocemos: sugiere la instauración de tres poderes en el Estado, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, cada uno de los cuales tendría encomendada una función distinta que desempeñaría de manera independiente de los demás. El primero, dictar normas jurídicas; el segundo, ocuparse de su aplicación; el tercero, controlar y supervisar el respeto de las leyes y de su aplicación. Se trata de evitar la acumulación del poder en una sola institución, de tal manera que sus diferentes titulares actúen como frenos y contrapesos recíprocos (CARRÉ DE MALBERG). La Constitución española refleja implícitamente esta división, regulando cada uno de los poderes en un título específico: en el Título III, la Cortes Generales; en el Título IV, el Gobierno y la Administración; y en el Título VI, el Poder Judicial.

La Administración pública se sitúa en el marco de uno de estos tres poderes, el ejecutivo, y por consiguiente, se encuentra sometida al control que articulan los dos restantes. Desde el punto de vista constitucional, la Administración es un conjunto de órganos jerarquizados, enclavados en el poder ejecutivo. La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria —art. 1.3 CE—, es decir, que se dividen entre dos órganos distintos las funciones políticas de Jefe del Estado —que recaen sobre la Corona— y de Gobierno propiamente dicho. El Gobierno es un órgano constitucional que dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, ejerciendo la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes —art. 97 CE—. Estas atribuciones son heterogéneas, y determinan la confluencia, en un mismo órgano, de dos funciones diferentes, aunque ambas enmarcadas en el poder ejecutivo (JELLINEK, CARRÉ DE MALBERG): el Gobierno y la Administración.

FIGURA 1

Forma política del Estado



a) El Gobierno, en el aspecto de su regulación que más nos interesa, *dirige la Administración civil y militar, y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*. En este sentido, el Gobierno se configura como la *cúspide de la organización administrativa*, es decir, se trata del máximo órgano de la Administración del Estado. El resto de niveles de la Administración se encuentra vinculado a la dirección del Gobierno, que es el superior jerárquico absoluto en nuestro ordenamiento jurídico.

b) Pero el Gobierno, al propio tiempo, *dirige la política interior y exterior*, ejerciendo lo que se conoce como *función política (no administrativa) del Gobierno*. Así, en el marco de la *política exterior*, el Gobierno decide el entablamiento de relaciones diplomáticas con terceros Estados y designa sus representantes en ellos, representa al Estado en las instituciones internacionales, etc. En lo que se refiere a la *política interior*, el Gobierno entabla relaciones con el resto de poderes e instituciones del Estado, especialmente con el poder legislativo y el judicial: así, el Gobierno tiene competencia para dictar normas de rango legal (decretos legislativos y decretos-ley), para ejercer la iniciativa legislativa ordinaria (proyectos de ley), y para designar a altas instituciones del Estado (como, por ejemplo, al Fiscal General del Estado); asimismo, el Gobierno cuenta con la posibilidad de designar libremente una serie de altos cargos de la Administración que tienen como principal cometido ejecutar las directrices políticas del Gobierno, como los secretarios de Estado, los directores generales, etc.; y, por último, el Gobierno puede adoptar decisiones de impulso político general, como pactar con los empresarios o con los sindicatos una serie de compromisos.

El régimen jurídico al que se somete el Gobierno difiere en razón del tipo de actividad que desarrolle en cada momento. Así, en el marco de la función administrativa,

el Gobierno ejerce tareas de carácter netamente ejecutivo (ejecución de las leyes) plenamente sometidas a control judicial. En cambio, cuando ejerce su función política, los actos que dicta el Gobierno no pueden ser revisados judicialmente, al menos en lo que respecta a su núcleo de decisión política. Se trata de *actos de oportunidad política*, que no pueden ser corregidos por un órgano que sólo se encuentra habilitado para ejercer control jurídico, no político. De tal manera que un juez no puede anular un acto del Gobierno por el que se decide entablar relaciones diplomáticas con Bosnia-Herzegovina, nombrar al Sr. A embajador en Pekín, suscribir un pacto económico y social, designar al Sr. B Secretario de Estado de Hacienda, o al Sr. C Fiscal General del Estado, porque disiente de ellos. Sobre todos estos actos es el Parlamento quien realiza el control político, pudiendo llegar, incluso, a remover al Gobierno y sustituirlo por otro.

Idéntica situación se manifiesta en las Comunidades Autónomas, en virtud de los diferentes Estatutos de Autonomía, que distinguen entre las funciones políticas de los gobiernos autonómicos y las tareas que a los mismos se les encomienda en tanto que órganos superiores de la organización administrativa autonómica.

Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo, coinciden en señalar la existencia de estos actos políticos, y la imposibilidad de que sean objeto de control judicial pleno (SSTC 204/92, 45/1990; SSTS 28-6-1994, Ar. 5.050; 9-6-1987, Ar. 4.018). Sin embargo, y como atestiguan las propias sentencias citadas, *la jurisprudencia ha ido introduciendo matices correctores en la doctrina de los actos políticos, articulando sobre ellos ciertos mecanismos de control jurídico*. El más claro exponente de esta evolución es un asunto en el que se pretendió el control judicial de un acto del Gobierno por el que se declararon secretos ciertos documentos oficiales (STS 4-4-1997, Ar. 4.514). La posterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 —art. 2.a)— asumió esta doctrina confiriéndole rango legal, proclamando que los actos políticos son susceptibles de control —véase Tema 20, § 2.2— para garantizar la protección de los derechos fundamentales, el otorgamiento de indemnizaciones por daños y perjuicios, y los elementos reglados o cuestiones de procedimiento que deban respetarse para dictar el acto político (por ejemplo, que lo dicte el órgano competente para ello). El orden jurisdiccional competente para efectuar este control es el contencioso-administrativo.

2. CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Se han sucedido diferentes intentos de delimitación conceptual de la Administración. Muchos de ellos siguen vigentes en la actualidad, y los más extendidos en la doctrina pueden resumirse con la siguiente tabla, no exhaustiva, y que sólo pretende sintetizar las distintas corrientes de pensamiento, dado que resulta imposible incorporar la riqueza de matices que los diferentes autores han aportado:

DENOMINACIÓN DE LA TEORÍA Y AUTOR PRINCIPAL	CONCEPTO-BASE	DEFINICIÓN RESULTANTE
Jurisdiccional: CORMENIN, GÉRANDO, MACAREL	Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.	Son Administraciones públicas las instituciones cuya actividad es revisada judicialmente por el Consejo de Estado.
Del servicio público: Escuela de Burdeos (DUGUIT)	Servicio público.	Son Administraciones públicas las instituciones que prestan los servicios públicos, actuando en persecución del interés general.
Del poder público: Escuela de Tolosa (HAURIU)	Poder público de naturaleza imperativa.	Son Administraciones públicas los sujetos que ejercen poder público de carácter imperativo.
Funcionalista: VON STEIN, LABAND, COLMEIRO, DE BURGOS, POSADA DE HERRERA	Función administrativa.	Es Administración pública aquella parte del poder ejecutivo distinta del Gobierno y dirigida a la ejecución de las leyes.
Orgánica: GARRIDO FALLA	Organización subordinada al Gobierno que asume los fines del Estado.	La Administración es un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo y subordinada al Gobierno, que asume los fines públicos con sujeción a la Ley y al Derecho.
Subjetiva: GARCÍA DE ENTERRÍA	Personalidad jurídica de la Administración.	La Administración pública es una persona jurídica sujeta a un Derecho estatutario propio y sometida a la Ley y a control judicial.

En el Tema anterior pudimos ver que el origen del Derecho administrativo se sitúa en las revoluciones constitucionalistas de finales del siglo XVIII, y sus primeros postulados fueron establecidos por el Consejo de Estado francés, institución que tenía, entre otras, la función de resolver los litigios que enfrentasen a los ciudadanos con la organización administrativa francesa. Los primeros autores identificaron pues a la Administración pública como aquella organización cuya actuación era objeto de control y revisión por el Consejo de Estado.

En el propio Derecho francés se originaron a principios del siglo XIX dos grandes corrientes de pensamiento. La primera, denominada Escuela del servicio público, o de Burdeos —al encontrarse encabezada por el Decano de su Facultad de Derecho, Léon DUGUIT—, enfatizó la función servicial que caracteriza a la Administración pública, concibiéndola como una organización abocada a prestación de servicios públicos, entendidos como toda actividad ejercida por una entidad administrativa que presenta un carácter de continuidad necesaria y a la que no puede proveer suficientemente la iniciativa privada (JÈZE); se trata, pues, de un concepto amplio cuya huella permanece hoy en aquellos preceptos que evocan al conjunto de la organización y de la actividad administrativa como «servicios públicos», cual es el caso del artículo 106.2 CE. Paralelamente, se desarrolló también en Francia la Escuela del poder público, o de Tolosa —por ser su precursor Maurice HAURIU, Decano de esa Facultad—, que pone el acento en la titularidad, por parte de la Administración, de un poder específico, la *puissance publique* —cuya correspondencia en nuestro ordenamiento es propiamente la potestad administrativa— exorbitante y distinto de los poderes que ostentan los ciudadanos. Ambas visiones o escuelas son, en realidad, complementarias y no necesariamente excluyentes; empero —y precisamente por eso—, insuficientes por separado para definir a la Administración.

Aun siendo empobrecedor catalogar las teorías que se han ido elaborando para definir a la Administración pública, dada su riqueza de matices, podemos agrupar una serie de ellas bajo el calificativo de *teorías funcionalistas*. Sus precursores (VON STEIN, LABAND) identifican a la Administración con aquella parte del Estado cuya actuación se orienta a la ejecución de las leyes, una aproximación que comparten los llamados *padres* del Derecho administrativo en nuestra propia tradición jurídica (OLIVÁN, COLMEIRO, DE BURGOS, POSADA, SANTAMARÍA DE PAREDES). Tras la Segunda Gran Guerra, con los inicios del Estado social, a la acción del Estado se le añade el matiz asistencial, asumiendo prestaciones dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales (FORSTHOFF, L. MARTÍN-RETORTILLO).

Otra aproximación diferente es la que procura definir a la Administración pública a partir de concepciones subjetivas, esto es, en tanto que organización o sujeto. La *teoría orgánica* (GARRIDO FALLA) considera que la Administración pública es una organización encuadrada en el Poder Ejecutivo y subordinada al Gobierno, que asume los fines públicos y actúa para satisfacerlos con plena sujeción a la Ley y al Derecho. La *teoría subjetiva* (GARCÍA DE ENTERRÍA), considera que la Administración pública es una persona jurídica sometida a un Derecho estatutario propio, el Derecho administrativo, específicamente concebido para establecer su régimen jurídico, y que la somete plenamente al Ordenamiento jurídico y al control judicial.

2.2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO EN LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015

Ninguna norma recoge un concepto general de Administración pública. En el Derecho administrativo contemporáneo la práctica habitual es que cada disposición establece su ámbito subjetivo de aplicación, o dicho de otro modo, determina lo que se entiende por Administración Pública *a efectos de aplicación de esa Ley específica* (art. 2 LPAC, art. 2 LRJSP, art. 3 LCSP, art. 1.2 LJCA...), sin acogerse en ningún texto a una delimitación general aplicable al conjunto del Derecho administrativo, si quiera sea con carácter supletorio. Esto complica la posibilidad de acuñar un concepto o noción unitaria de Administración pública. No obstante, adquiere especial significación el concepto de Administración pública subyacente en la norma-marco de la organización administrativa, la LRJSP —art. 2—, que es además idéntico al establecido en la LPAC. Estas disposiciones representan un cambio significativo respecto de la legislación anterior, ampliando el abanico de entidades tradicionalmente incluidas en su ámbito de aplicación, e incorporando una terminología que hasta ahora se circunscribía a la legislación de carácter presupuestario. El esquema resultante es el siguiente (aparecen en gris las organizaciones que estas leyes califican como Administraciones públicas):

SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO —ART. 2.1 LRJSP—	Administración General del Estado —art. 2.1.a) LRJSP—	
	Administraciones (generales-territoriales) de las Comunidades Autónomas —art. 2.1.b) LRJSP—	
	Entidades (territoriales) que integran las Administraciones Locales (Municipios y Provincias) —art. 2.1.c) LRJSP—	
	Sector público institucional —arts.2.1 d) y 2.2 LRJSP—	Organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas —art. 2.2.a) LRJSP—
Entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas —art. 2.2.b) LRJSP—		
Universidades públicas —art. 2.2.c) LRJSP—		
CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO —ART. 2.4 LRJSP—	Entidades específicas a las que se atribuyen funciones públicas y en las que forzosamente se tienen que integrar los sujetos que ejercen una determinada actividad. Forman parte de esta categoría los colegios profesionales, las mancomunidades de regantes y las cofradías de pescadores	
OTRAS ORGANIZACIONES DEL SECTOR PÚBLICO	Organizaciones encuadradas en otros poderes distintos del Poder ejecutivo: Cortes Generales, Administración de Justicia, Defensor del Pueblo, etc. Disponen de organizaciones auxiliares o de apoyo a las que se aplica el Derecho administrativo (patrimonio, contratación, personal)	

En los Temas de este manual dedicados a la organización administrativa —especialmente en el Tema 9— se profundiza en estas cuestiones, que sólo se adelantan aquí a efectos de analizar el concepto de Administración pública subyacente en el Derecho positivo. Conviene partir de una serie de nociones previas:

- *Sector público*: son todas las organizaciones creadas por los poderes públicos.
- *Sector público administrativo*: engloba a todas las organizaciones del sector público vinculadas o dependientes del Poder ejecutivo. Aunque el art. 2.1 LRJSP alude al *sector público* a secas, en realidad está refiriéndose al sector público *administrativo*, sin incluir a las organizaciones encuadradas en otros poderes públicos distintos del ejecutivo. Abarca dos tipos de organizaciones:

a) De carácter *territorial* (también llamadas Administraciones *generales*): se caracterizan por su implantación general en un determinado ámbito o nivel territorial, asumiendo todo tipo de funciones; se trata de la Administración General del Estado, las Administraciones generales de las CCAA, y las entidades que integran la Administración local (Municipios y Provincias).

b) De carácter *institucional*: son organizaciones con fines específicos y dotadas de personalidad jurídica; por ejemplo, la Agencia Tributaria, Correos y Telégrafos S.A., etc. Pueden crearse con formas de personificación de Derecho público o de Derecho privado, conceptos que analizamos más adelante (§ 6.2 de este Tema).

Sobre esas nociones previas se articula el concepto de Administración pública a efectos de aplicación de la LRJSP y de la LPAC:

- *Administración pública en sentido estricto* (art. 2.3 LRJSP y LPAC): Son las organizaciones del sector público administrativo de carácter territorial, así como las de carácter institucional que gocen de personalidad de Derecho público.

— *Universidades públicas*: aparecen concebidas como instituciones peculiares, a las que se aplican plenamente la LRJSP y la LPAC, pero con carácter supletorio respecto de la legislación universitaria.

— *Corporaciones de Derecho público* (art. 2.4 LRJSP): Son entidades específicas a las que se atribuyen funciones públicas y en las que forzosamente se tienen que integrar los sujetos que ejercen una determinada actividad. Forman parte de esta categoría los colegios profesionales, las mancomunidades de regantes y las cofradías de pescadores; se estudian en el Tema 9, § 4, de este manual. No reciben la calificación de Administraciones públicas, se rigen por su legislación específica y se les aplica la LPAC con carácter supletorio en lo que se refiere al ejercicio de las funciones públicas que se les encomiendan.

— *Resto del sector público administrativo*: Son las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas que se hayan creado con formas de personificación de Derecho privado: sociedades mercantiles, fundaciones, etc. No se califican como Administraciones públicas en sentido estricto, pero se les declara de aplicación:

a) Los principios de actuación de las Administraciones públicas enunciados en el artículo 3 LRJSP.

b) El conjunto de estas leyes (LRJSP y LPAC) cuando ejerzan potestades administrativas.

Por consiguiente, aunque la LRJSP y la LPAC no declaren como Administraciones públicas en sentido estricto a las entidades con personalidad jurídico-privada (sociedades mercantiles, fundaciones) vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, se percibe una intención de asimilar parcialmente el funcionamiento de estas entidades con personalidad de Derecho privado al de las Administraciones públicas en sentido estricto, declarando formalmente su sujeción a los principios que presiden el quehacer de las Administraciones públicas y preservando, además, plenamente las garantías que asisten a los ciudadanos frente a la actuación de tales organizaciones cuando ejerzan potestades administrativas.

Debe notarse, por otra parte, que la legislación de contratos del sector público se articula de manera similar —véase Tema 25, § 2—, diferenciando, por una parte, a las Administraciones públicas en sentido estricto, y por otra, a los *poderes adjudicatarios*, que son entidades a las que se aplica parcialmente la normativa de la contratación pública.

Se infiere de todo ello que en la perspectiva subyacente a nuestro ordenamiento jurídico existen unas entidades concebidas como Administraciones públicas en sentido estricto, a quienes se aplica plenamente el Derecho administrativo; y otras entidades del sector público administrativo, creadas con formas jurídicas de Derecho privado (sociedades mercantiles, fundaciones, etc.), cuya actuación debe respetar los principios constitucionales y legales que vinculan a las Administraciones públicas, y que se someten, además, al Derecho administrativo cuando ejerzan potestades administrativas.

En este punto, y sin otro afán que el meramente descriptivo, podemos definir a la Administración pública como *una organización social dotada de personalidad jurídica y de poder público (potestades administrativas) con la finalidad institucional de servir al interés general, sometiéndose plenamente al Derecho y al control judicial*. A continuación analizamos los elementos de esta definición, que se completan con

algunos atributos añadidos que contribuyen a comprender mejor el encuadre de la Administración pública en nuestro sistema político.

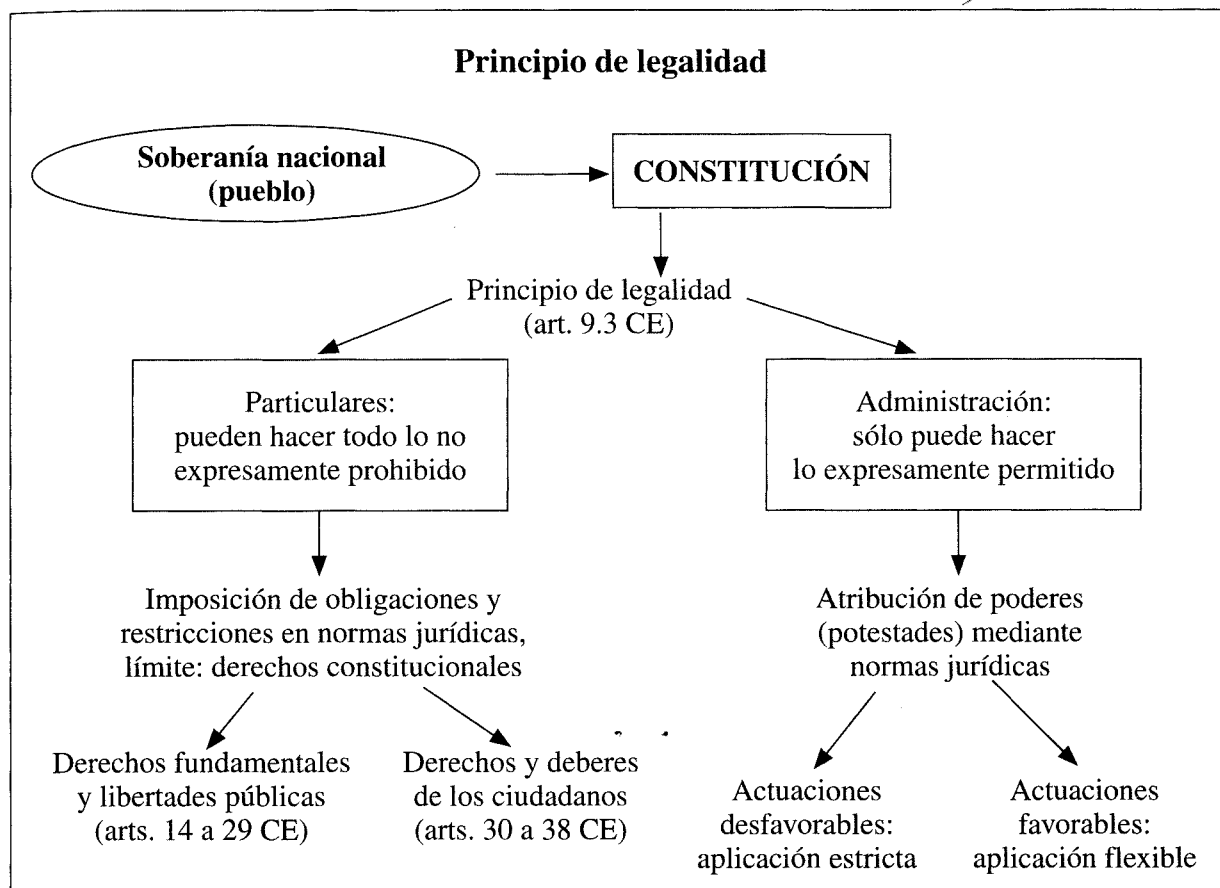
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: NUCLEARIDAD DEL CONCEPTO

3.1. LEGALIDAD Y JURIDICIDAD: VINCULACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

Conforme al art. 9.3 CE, «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la responsabilidad y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos». Esta disposición es un compendio de postulados esenciales para un Estado de Derecho. En particular, proclama el principio de legalidad, que también aparece enunciado en el art. 9.1 CE, al disponer que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Asimismo, el art. 103.1 CE recuerda que la Administración actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», que constituye la piedra angular del Derecho administrativo (SÁNCHEZ MORÓN). Se reconoce así que los poderes públicos también están sujetos a las normas, y por tanto, que no pueden conducirse de cualquier manera, sino que habrán de actuar conforme a lo dispuesto en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos. Supone el reconocimiento del gobierno de las leyes, no de los hombres (HARRINGTON). Esto es lo que se conoce como principio de legalidad. Debe notarse, en cualquier caso, que los ciudadanos y los poderes públicos no sólo se encuentran sometidos a la ley en sentido estricto, sino a todo el ordenamiento jurídico—incluidos los reglamentos y los principios generales del Derecho—, por lo que realmente se trata de un *principio de juridicidad*, esto es, que abarca a la totalidad del sistema normativo.

El principio de legalidad opera de diferente manera para los ciudadanos que para los poderes públicos:

FIGURA 2
Principio de legalidad



Así, se entiende que los ciudadanos son libres de hacer todo aquello que la ley no prohíba. Es lo que se conoce como principio de vinculación negativa (*negative Bindung*), o vertiente negativa del principio de legalidad. Esta manifestación del principio de legalidad encuentra su primer antecedente en el art. 5 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, que reza: «Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena». Existe pues un principio general de libertad que beneficia a los ciudadanos. Por ejemplo, si las normas no exigen que reúnan ciertos requisitos para desempeñar una actividad, no podrán serles exigidos tales requisitos cuando pretendan ejercer la actividad en cuestión: así, no es necesario un carnet para montar en bicicleta por la vía pública.

Por el contrario, los poderes públicos sólo pueden hacer aquello que la ley les permite expresamente. Están sometidos a lo que se conoce como «principio de vinculación positiva» (*positive Bindung*) o vertiente positiva del principio de legalidad. Sin embargo, este postulado teórico no se corresponde linealmente con la realidad, por lo que en términos prácticos debe articularse una distinción según el tipo de actividad que desempeñe la Administración (SANTAMARÍA PASTOR):

a) En las actuaciones desfavorables o restrictivas de derechos —imposición de sanciones, exigencia de requisitos a los ciudadanos para el desempeño de una actividad—, el respeto del principio de legalidad es de rigurosa exigencia, de tal manera que la Administración sólo puede actuar cuando existe una ley previa habilitante.

b) En las actuaciones favorables o ampliatorias de derechos la Administración no requiere una ley habilitante previa. Se trata de actividades de carácter prestacional: sanidad, obras públicas, concesión de subvenciones... Ello no obstante, existen importantes puntualizaciones en este punto; por ejemplo, todos los gastos públicos han de ser autorizados por el parlamento mediante la Ley de Presupuestos.

3.2. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO INSTRUMENTO DE ARTICULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3.2.1. *La potestad administrativa: concepto y características*

Ningún precepto define la potestad administrativa, a pesar de la importancia nuclear que tiene esta noción para el Derecho administrativo, y que se ha visto acrecentada por el hecho de que la LPAC y la LRJSP la utilizan como criterio para delimitar su ámbito de aplicación. Podemos definirla del siguiente modo: *La potestad administrativa es un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad.* Las habilitaciones, los apoderamientos, que el ordenamiento confiere a la Administración en aplicación del principio de legalidad, son potestades administrativas; o dicho de otra manera, la potestad administrativa es el mecanismo técnico con el que se expresa el principio de legalidad (GARCÍA DE ENTERRÍA). Así, son potestades administrativas la expropiación forzosa, las sanciones administrativas, la potestad reglamentaria, etc. De hecho, el Derecho administrativo podría describirse como un sistema de potestades administrativas, y como ya sabemos, el criterio que a menudo sigue el ordenamiento para aplicar el Derecho administrativo es que el sujeto actuante ejerza potestades administrativas: por ejemplo, el art. 2.2.b) tanto de la LRJSP como de la LPAC determina la sujeción al Derecho administrativo de las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas cuando ejerzan potestades administrativas.

Siguiendo a ROMANO y otros autores, las potestades administrativas se caracterizan por las siguientes notas:

a) Las potestades administrativas son reconocidas directamente por el ordenamiento jurídico —*por ministerio de la ley*—, no son fruto de un contrato, pacto o acuerdo de la Administración con otro sujeto. Son las normas las que establecen las potestades administrativas, y atribuyen su ejercicio, conforme al principio de legalidad, determinando su alcance y modo de ejercicio.

b) Del ejercicio de la potestad administrativa resultan actos administrativos concretos, que pueden dar lugar a una mejora, a un empeoramiento de la situación de los particulares, o serles indiferentes: se les puede conceder una subvención o denegar una pensión, imponer una sanción u otorgar una licencia de apertura de un establecimiento, certificar su empadronamiento, etc. En este sentido, potestad administrativa no es sinónimo de ejercicio de autoridad pública o de un poder desfavorable, pues las potestades administrativas pueden dar lugar a actos favorables.

c) Las potestades administrativas son *unilaterales*, esto es, se ejercen sin necesidad de que el destinatario de su actuación esté de acuerdo con ello. A veces, los

ciudadanos tienen que dirigir solicitudes o peticiones a la Administración para ejercer un derecho —por ejemplo, para instalar una industria—, pero la Administración les reconoce o les deniega el ejercicio de ese derecho unilateralmente, según cumplan o no los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, algunas actuaciones que suponen el ejercicio de potestades, como el otorgamiento de subvenciones, exigen la aceptación del particular, pero esa aceptación es precisa para que el beneficiario se inserte en el marco jurídico de la relación subvencional posterior (obligándose a partir de ese momento a desarrollar la actividad subvencionada, y reintegrar la subvención o exponerse a sanciones en caso de incumplimiento), pero el otorgamiento de la subvención se articula mediante un acto unilateral en ejercicio de la potestad administrativa.

d) Las potestades administrativas son *imprescriptibles*, pueden ser ejercidas indefinidamente, mientras que su reconocimiento no desaparezca del ordenamiento jurídico. Así, puede multarse a un conductor cada vez que se salta un semáforo, mientras que esta conducta esté prohibida y sancionada por la ley.

e) Los ciudadanos están sujetos en términos generales al ejercicio de las potestades administrativas, se encuentran en una *situación de sujeción general*, en una posición de dependencia a la actuación de la Administración.

f) Las potestades administrativas se orientan a la *satisfacción del interés general*. Los particulares también pueden ostentar potestades, que pretenden fines privados (por ejemplo, la patria potestad); en cambio, las potestades administrativas se otorgan por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés general.

g) Las potestades administrativas pueden ser ejercidas no sólo por la Administración en sentido estricto, sino también por otras entidades del sector público e incluso por los particulares (ejercicio privado de funciones públicas). Éste es uno de los aspectos más problemáticos del régimen jurídico de las potestades administrativas: por un lado, tanto la LPAC como la LRJSP —art. 2.2.b)— se declaran de aplicación a las entidades del sector público cuando ejerzan potestades administrativas y, a pesar de que un sector de la doctrina rechaza que se puedan ejercer potestades administrativas por parte de entidades privadas del sector público, en la actualidad esa atribución es un hecho: basta recordar que Correos y Telégrafos S.A. tiene encomendada la entrega de notificaciones administrativas con constancia fehaciente. En cuanto al ejercicio de potestades administrativas por los particulares, la cuestión se analiza en otros lugares de este manual —Tema 3, § 2.3; y Tema 24, § 2.3—, y también es un hecho consolidado en la actualidad, a pesar de las críticas doctrinales que recibe. El principal problema es que el Ordenamiento no limita el tipo de potestades que pueden ejercer las entidades y sujetos privados, pues es rechazable que se les atribuya el ejercicio de autoridad (sanciones y otros actos de *imperium*). La incoherencia del Ordenamiento jurídico es total cuando se observa que el EBEP —art. 9.2— reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas. Estas contradicciones impiden manejar un concepto unívoco de potestad administrativa, introducen mucha confusión, y revelan la necesidad de que el legislador dicte las disposiciones necesarias para resolver tales incoherencias.

h) El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a *control judicial*, pudiendo ser impugnados sus actos de aplicación ante los tribunales de justicia para confirmar su adecuación a la ley y al Derecho. El orden jurisdiccional especializado en el control de las potestades administrativas es el contencioso-administrativo. Sin embargo, conviene notar que su legislación reguladora no le atribuye expresamente el control de las potestades administrativas que ejerzan las entidades privadas del sector público.

3.2.2. *Clasificación de las potestades administrativas*

Las potestades administrativas pueden ser objeto de clasificaciones diferentes, que dan lugar a la aplicación de reglas y principios también distintos. Así:

a) *Según su modo de atribución* podemos distinguir entre potestades administrativas *expresas*, e *implícitas o inherentes*: estas últimas son aquellas que no se atribuyen expresamente por la ley, pero resultan imprescindibles para el cumplimiento de las funciones que se encomiendan a la Administración. Por ejemplo, si una ley atribuye a un órgano administrativo la competencia en relación con la protección de la calidad atmosférica, también le atribuye implícitamente la de efectuar mediciones en vehículos o industrias contaminantes. El desarrollo incontrolado de este planteamiento puede llegar a ser terriblemente arriesgado, pues desembocaría en una atribución indiscriminada de potestades, lo que no resulta compatible con el Estado de Derecho.

b) *Según su incidencia sobre los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos*, las potestades administrativas pueden ser *favorables*, *desfavorables* o *indiferentes*, según amplíen o reduzcan los derechos de los ciudadanos. La sancionadora es un claro ejemplo de potestad desfavorable. El otorgamiento de subvenciones resulta exponente de una potestad favorable. Y no modifican en principio los derechos e intereses de los ciudadanos potestades como la de fe pública —expedición de certificaciones—, la inspectora, o la potestad reglamentaria.

Esta clasificación conduce a importantes diferencias de régimen jurídico, pues el ejercicio de potestades desfavorables se somete a requisitos mucho más rigurosos (audiencia previa, motivación etc.).

c) *Según el grado de vinculación de la Administración* podemos hablar de *potestades regladas* y de *potestades discrecionales*. En las primeras, todos los pormenores del ejercicio de la potestad están fijados por el ordenamiento jurídico, limitándose la Administración a cumplir linealmente lo que la ley dispone, por lo que sólo existe una solución justa a cada caso planteado. Por ejemplo, las licencias de apertura de establecimientos son generalmente exponentes de potestades regladas: la Administración se limita a verificar que el solicitante cumple todos los requisitos que exige la ley, y en caso de que los satisfaga, concede la licencia de apertura. Por el contrario, en las potestades discrecionales la Administración goza de un margen más amplio de apreciación, que le permite optar entre diferentes alternativas, todas ellas igualmente legítimas. Es el caso de ciertos procedimientos selectivos, como los contratos que se adjudican por concurso —de suministros de materiales, de contratación de personal—, en los que la Administración puede elegir la oferta que, en conjunto, resulte más adecuada, lo que le permite optar por diferentes criterios de adjudicación del contrato que determinan discrecionalidad en la elección.

3.3. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL

La discrecionalidad administrativa es una de las cuestiones más complejas del Derecho administrativo, como demuestra la profundidad de los análisis que le ha dedicado la doctrina, debiendo destacarse en primer término el esfuerzo por definir y delimitar esta figura emprendido por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien describe a la potestad discrecional y la distingue de otras figuras como se explica a continuación y se resume con la siguiente tabla:

Distinción entre discrecionalidad y otras nociones

	Potestad discrecional	Concepto jurídico indeterminado	Laguna del Derecho
<i>Concepto</i>	Margen de actuación deliberadamente concedido por el legislador a la Administración.	Noción metajurídica que exige una tarea de interpretación para concretar la aplicación del concepto al caso concreto.	Omisión normativa, caso o supuesto no expresamente previsto en la ley.
<i>Posición de la Administración</i>	Permite diferentes soluciones, todas ellas igualmente lícitas.	Sólo admite una solución justa, aunque hay un «halo» de sombra en la concreción del concepto.	Impide actuar (se infringiría el principio de legalidad).

3.3.1. *Descripción de la potestad discrecional*

En la potestad discrecional el ordenamiento jurídico no ha predeterminado la solución que debe adoptarse en cada caso, concediendo un margen de maniobra, de ponderación subjetiva, en cuya virtud *la Administración podrá optar entre diversas soluciones posibles, todas las cuales serán igualmente válidas y justas* (STS 10-12-1998, Rec. 4.017/1991). Por consiguiente, no se sabe de antemano cuál será el resultado deparado por el ejercicio de la potestad, pues la solución definitiva dependerá del criterio seguido por la Administración. Por ejemplo, a la hora de decidir un trazado ferroviario la Administración dispone de diferentes elementos de juicio: rapidez, coste, afección ambiental...; la elección entre las diferentes alternativas del trazado es una potestad discrecional, siempre que no sea manifiestamente equivocada o errónea (STS 16/10/2014, Rec. 530/2011). También es un campo tradicional de la potestad discrecional el otorgamiento de subvenciones: salvo que existan normas específicas que la vinculen en ese campo, la Administración puede decidir entre convocar subvenciones para una materia o no hacerlo, dentro de esa materia se pueden incentivar unas inversiones y otras no, en un plazo más amplio o más breve de tiempo...; todas estas alternativas son perfectamente lícitas, y a este fenómeno es al que denominamos discrecionalidad administrativa.

La potestad discrecional no permite una actuación arbitraria de la Administración: se reconoce por el legislador para que se satisfaga de mejor modo el interés general, adaptándose a las circunstancias que se presenten en el caso concreto. En efecto, las normas jurídicas son impersonales y, frecuentemente, carecen de capacidad de adaptación. La potestad reglada adolece de esta incapacidad, pues al encontrarse previsto en todo caso el sentido de la respuesta que ofrecerá la Administración, esta última no podrá resolver cada asunto del modo que entienda más justo o conveniente. Cuando el legislador establece una potestad discrecional, es porque considera inapropiado congelar la solución que la Administración debe seguir, reconociéndole un margen de maniobra: construir un aparcamiento o no construirlo, dotarlo de una o de cinco plantas... La clave de este margen, el hecho que lo hace tolerable, es la circunstancia de que *la solución elegida por la Administración ha de ser la que permita atender el interés general del modo más satisfactorio* (STSJ Madrid n.º 1.044/2004, de 22 de junio). Para poder controlar que es así, el art. 35.1.i) LPAC exige que los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales sean motivados, es decir, que expresen las razones por las que se dictan—sobre la motivación, véase el Tema 16, § 4.5—, y en caso de incumplir tal

exigencia, son susceptibles de anulación (SSTS 18/12/2014, Rec. 21/2013; 22/2/05, Rec. 1901/1999; 12/12/00, Rec. 2265/1995).

3.3.2. *Distinción con los conceptos jurídicos indeterminados*

Los conceptos empleados por las normas jurídicas pueden ser determinados o indeterminados. Los determinados recogen una realidad inequívoca, definida por la propia norma; por ejemplo, el concepto de mayoría de edad, que se adquiere a los dieciocho años. En cambio, mediante los conceptos jurídicos indeterminados el ordenamiento se refiere a una realidad extrajurídica, remitiendo a una noción de carácter técnico, social, etc., no precisada en norma alguna. Constituyen ejemplos clásicos de conceptos jurídicos indeterminados el de «buen padre de familia», o el de «buena fe». En el Derecho Administrativo abundan los conceptos jurídicos indeterminados, debido a su vocación reguladora de todos los ámbitos de actividad con relevancia general. Así, el art. 3 de la Ley de Costas declara de dominio público «La ribera del mar y de las rías, que incluye: a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos [...] las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración de agua del mar». Esta simple frase está plagada de conceptos jurídicos indeterminados, que la norma no define; y debe notarse que, mediante este artículo, se declaran de dominio público ciertos bienes que con anterioridad eran susceptibles de apropiación privada.

La diferencia que distingue el concepto jurídico indeterminado de la potestad discrecional es que el primero, aunque no se encuentre definido en la norma, es precisable en cada caso concreto mediante una simple operación interpretativa (STS 27-7-2004, Rec. 4.923/2000). *En cada supuesto de interpretación del concepto jurídico indeterminado existe una sola solución justa, una única respuesta jurídicamente correcta*: o se es buen padre de familia, o no se es; o se actuó de buena fe, o no se actuó de buena fe; o existe un marjal, o no existe; o hubo una ola, o no la hubo. En cambio, en la discrecionalidad administrativa la Administración puede optar entre distintas soluciones, y todas ellas serán jurídicamente válidas y posibles, todas ellas serán perfectamente correctas. Retomando un ejemplo ya conocido, el Ayuntamiento puede construir un aparcamiento o no hacerlo, o construirlo con el número que prefiera de plantas. Esta diferencia entre ambas figuras es de extraordinaria importancia, pues supone que *un concepto jurídico indeterminado no confiere a la Administración una potestad discrecional*, no confiere a la Administración ese margen subjetivo de valoración y adaptación que le permite optar entre distintas soluciones. El concepto jurídico indeterminado sólo permite que la Administración interprete el ordenamiento y aplique en consecuencia el resultado previsto por la norma mediante una tarea de subsunción.

En ocasiones un mismo precepto contiene al propio tiempo conceptos jurídicos indeterminados y potestades discrecionales. Es el caso, por ejemplo, del art. 159.1 de la Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras, que dispone: «La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá adoptar medidas de control especial cuando las entidades aseguradoras o reaseguradoras se hallen en alguna de las siguientes situaciones: [...] f) *Déficiencias relevantes* en el sistema de gobierno o en el sistema de control interno, que impidan la gestión de la actividad [...] g) *Dificultad manifiesta* de realizar el fin social, o paralización de los órganos sociales de modo que dificulte su funcionamiento». Las medidas de control especial, según el

art. 160.1, pueden ser: *a)* Exigir a la entidad un plan de financiación; *b)* Exigirle un plan de recuperación; *c)* Prohibirle la disposición de bienes; *d)* Imponerle autorización previa para ciertas operaciones (asumir deudas, repartir dividendos...). Los términos destacados en cursiva son conceptos jurídicos indeterminados: o existen *deficiencias relevantes* o éstas no se dan, o hay *dificultad manifiesta* de realizar el fin social o por el contrario no se produce. Estos conceptos configuran el presupuesto de hecho de la norma. La potestad discrecional aparece después, en un doble plano: por una parte, la Dirección General «*podrá* adoptar medidas de control especial», por lo que *la Administración puede optar libremente* entre imponer alguna medida o no hacerlo, según cómo valore las circunstancias; por otra parte, si decide adoptar las medidas de control, puede imponer sólo una o acordar varias (exigir un plan de recuperación e imponerle autorización previa, por ejemplo). Entre todas estas opciones, la Administración goza de *discrecionalidad pura*, pudiendo elegir la que entienda más favorable para la satisfacción del interés general en función de las circunstancias del caso concreto.

Aunque en el plano conceptual resulta perfectamente nítido y posible distinguir entre potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, en la práctica ya no es tan sencillo, pues debemos notar que la Administración goza de un cierto margen de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados en cada caso concreto. La jurisprudencia ha desarrollado los criterios en cuya virtud puede controlar la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Administración: el juez despliega un «test de razonabilidad», en cuya virtud considera injusta o arbitraria la interpretación cuando resulta no razonable, carece de motivación o la motivación ofrecida es errónea. En su formulación original (T. R. FERNÁNDEZ), el test de racionalidad y razonabilidad exige que el juez controle, 1) Si la Administración ha respetado la realidad de los hechos; 2) Si la Administración ha tomado o no en consideración todos los factores relevantes; y 3) Si la Administración ha obviado o no el mayor valor que el ordenamiento conceda a alguno de esos factores. En aplicación práctica del test de razonabilidad, la jurisprudencia contencioso-administrativa tolera a la Administración «un marco de racionalidad o ponderación», y le confía por tanto cierto margen en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, pero corrige la interpretación administrativa y anula el acto en que se hubiera plasmado cuando el mismo evidencie irracionalidad o falta de ponderación. Estos criterios judiciales de control son de carácter abstracto, y por tanto es preciso descender a cada caso concreto para comprobar cómo operan en la práctica. Es muy ilustrativo del juego de estos argumentos la STS 4-6-2002, Rec. 3.309/97, Asunto *Cantsegur*.

3.3.3. *Distinción entre discrecionalidad administrativa y lagunas del Derecho* T. R. D.

En ocasiones, el ordenamiento jurídico no ha previsto una respuesta concreta para un problema determinado. Es lo que se denomina laguna del Derecho. Por el contrario, en la discrecionalidad administrativa el ordenamiento sí ha previsto una solución, pues la discrecionalidad no es una imprevisión: las potestades discrecionales han sido conferidas a la Administración deliberadamente, para que su actuación se adapte a las circunstancias del caso concreto. En cambio, la laguna del Derecho es siempre una imprevisión: se trata de un supuesto que, debiendo merecer atención normativa, no ha sido objeto de regulación alguna.

Cuando se produce una laguna del Derecho, la Administración no puede actuar, pues se encuentra vinculada por el principio de legalidad en su vertiente positiva, y por consiguiente, sólo puede obrar cuando lo autoriza el ordenamiento jurídico. En

cambio, mediante el otorgamiento de potestades discrecionales, el legislador autoriza a actuar, y además, permite cierta libertad en el ejercicio de la potestad.

3.3.4. *El control de la discrecionalidad administrativa*

Para determinar qué solución es la más favorable a la consecución del interés general la Administración ha de seguir un proceso deductivo que tiene mucho de apreciación subjetiva. Ello dificulta enormemente el control de la discrecionalidad administrativa. La doctrina académica comenzó a ocuparse detenidamente de este asunto desde la segunda mitad del siglo XX (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), buscando mecanismos que permitieran garantizar la objetividad de la Administración, identificando, principalmente, los siguientes medios de control de las potestades discrecionales, plenamente admitidos por la jurisprudencia (SSTS 18-11-2004, Rec. 2.225/2002; 16-4-1997, Rec. 792/1993) que se explican a continuación, y se resumen con la siguiente tabla:

Técnicas de control de la discrecionalidad

Técnica	Manifestaciones o contenido
Control de los elementos reglados	— Competencia. — Procedimiento de ejercicio de la potestad (trámites). — Fin de la potestad (desviación de poder).
Control de los hechos determinantes	— Adecuación del ejercicio de la potestad a la realidad del mundo físico. — Su aplicación exige prueba fehaciente.
Control de los principios generales del Derecho	— Proporcionalidad, prohibición de arbitrariedad...
Control de la discrecionalidad técnica	— El ejercicio de la potestad administrativa exige el conocimiento de saberes técnicos especializados que rebasan los propios del juzgador. — El control puede ser especialmente intenso en lo que se refiere a los hechos determinantes que condicionen el ejercicio de la potestad, lo cual exige aportar juicios técnicos —periciales— que rebatan el criterio aplicado por la Administración. — En lo que se refiere a apreciaciones de carácter estrictamente técnico, la jurisprudencia reconoce un margen de tolerancia, procediendo a anular la decisión solo cuando se aprecie error manifiesto.

— *Control de los elementos reglados.* Cualquier actuación administrativa se encuentra enmarcada por una serie previa de disposiciones que regulan mínimamente el ejercicio de la potestad: es lo que denominamos *elementos reglados*. En las potestades regladas todos los elementos se encuentran reglados, sin que la norma deje nada a la apreciación subjetiva de la Administración. En las potestades discrecionales, no todos los elementos aparecen precisados por el ordenamiento, pero cuando menos, algunos de ellos sí. De hecho, existen al menos tres elementos reglados que se manifiestan en el ejercicio de cualquier potestad, incluso la discrecional:

1.º *Competencia:* es decir, la determinación del órgano que concretamente ejercerá la potestad: el Alcalde, un Concejal; el Consejero, un Director General; el Ministro, un Secretario de Estado; etc.

2.º *Procedimiento de aplicación*: es el cauce formal que el ordenamiento ha dispuesto para que la Administración resuelva un asunto. Su extensión varía en función de la potestad que se ejerza. Pero suele incluir, cuando menos, una mención a los plazos de ejercicio (por ejemplo, los particulares deberán presentar sus solicitudes en un plazo determinado; si lo exceden, la Administración no podrá otorgarles la subvención); asimismo, la necesidad de evacuar ciertos informes; o también, ciertas garantías en beneficio de los administrados, como por ejemplo, concederles audiencia. Además, como sabemos, los actos de aplicación de potestades discrecionales deben encontrarse necesariamente motivados —art. 35.1.i) LPAC—, y de hecho, la motivación se considera un requisito esencial de los actos discrecionales, a fin de controlar una eventual arbitrariedad (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, IGARTÚA).

3.º *Fin de la potestad*: todas las potestades, incluso las discrecionales, son reconocidas para un fin específico. Así, las medidas de fomento (como las subvenciones) pretenden estimular actuaciones privadas que presentan interés público. Si en su normativa de aplicación se establece que una ayuda se concede para sembrar cebada, no podrá otorgarse para la siembra de heno. El apartamiento del fin constituye un vicio denominado *desviación de poder*, que será analizado un poco más adelante. Conviene retener desde ahora que no sólo es de aplicación para controlar las potestades regladas, sino también las discrecionales.

— *Control de los hechos determinantes*. Los hechos determinantes son la realidad material sobre la que se apoya o incide una actuación administrativa. Son elementos físicos o, cuando menos, externos a la norma jurídica, que condicionan su interpretación y aplicación pues constituyen una realidad material que, como tal, resulta inmodificable y precisa. *Mediante el control de los hechos determinantes se pretende verificar si la valoración efectuada por la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional encuentra o no respaldo en esos hechos materiales*. Por ejemplo, un Ayuntamiento reservó en su Plan General de Ordenación Urbana como espacio libre una superficie, a fin de construir viarios (avenidas) en el futuro, lo que impedía a sus propietarios edificar en tales zonas y devaluaba su propiedad; el planeamiento urbano se anuló en ese punto por el hecho (determinante) de que no había necesidad de construir nuevas avenidas en ese sector (STS 23/11/2011, Rec. 6091/2007).

— *Control mediante los principios generales del Derecho*. En la medida que la Administración se encuentra vinculada a la ley y *al Derecho* (art. 103.1 CE), también lo está a los principios generales del Derecho, pues tales principios forman parte del ordenamiento al que se encuentra sometida la Administración. Ello sucede en todo caso: no sólo cuando la Administración ejerce potestades regladas, sino también cuando actúa en el ejercicio de la discrecionalidad. Los restantes operadores jurídicos pueden contrastar si los principios generales del Derecho han sido respetados por la Administración cuando aplica una potestad discrecional. Si no lo ha hecho, podría anularse el acto administrativo de aplicación. Ciertos principios generales del Derecho resultan especialmente indicados para controlar la discrecionalidad administrativa, como el principio de proporcionalidad —véase Tema 23, § 2.4—, el de igualdad o el de prohibición de la arbitrariedad —véase más adelante, § 5 de este Tema—.

3.3.5. *La discrecionalidad técnica y su control*

Existen supuestos en los que el margen de decisión de la Administración se basa en la aplicación de conocimientos de carácter técnico o especializado, cuyo alcance e

interpretación se fundamenta en el juicio de expertos, técnicos o peritos en la materia de que se trata. La doctrina considera que estos supuestos constituyen una manifestación específica a la que se denomina *discrecionalidad técnica* (DESDENTADO, IGARTÚA), e incluso el Tribunal Supremo considera que realmente nos encontramos en presencia de una *discrecionalidad impropia*, que consiste verdaderamente en la intensa aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los que la Administración goza de un margen de interpretación (STS 2/6/2016, Rec. 3152/2014). Por ejemplo, en los instrumentos de protección ambiental se puede imponer al promotor de una industria determinadas medidas correctoras del impacto que supone su actividad; en la selección de personal altamente cualificado en un campo específico son expertos del mismo campo quienes deciden cuál es el mejor aspirante; etc. En estos casos se reduce el margen de valoración subjetiva, que se ve sustituida por una ponderación de carácter técnico en la que se concede un gran peso a la opinión o criterio técnico de los expertos en la materia. La discrecionalidad técnica constituye así una *discrecionalidad débil o instrumental*, que se encuentra a caballo entre el margen de apreciación que permite la mera aplicación de conceptos jurídicos (técnicos) indeterminados y la *discrecionalidad pura o fuerte* (libre opción de la Administración entre varias soluciones igualmente válidas).

Lo que el legislador pretende en estos casos no es atribuir una libertad general de actuación, sino permitir que la Administración realice una interpretación técnica de los elementos que influyen en la decisión a adoptar, y obre en consecuencia. En los supuestos de discrecionalidad técnica el control judicial no puede proyectarse sobre los juicios de carácter técnico realizados por los órganos especializados de la Administración, pero puede proyectarse sobre su marco jurídico, esto es, sobre cuestiones de legalidad (SSTC 39/1983 y 219/2004). Los Tribunales no pueden sustituir las valoraciones técnicas de los órganos administrativos, pero sí controlar los elementos reglados (por ejemplo, requisitos que debe cumplir un aspirante para poder participar en un concurso), o también errores manifiestos, como por ejemplo la suma de puntos de un aspirante o el resultado de aplicar una fórmula establecida como criterio de valoración (STC 86/2004). Concretamente, los requisitos que debe reunir la Administración en la aplicación de la discrecionalidad técnica que han sido sistematizados por el Tribunal Supremo (STS 2/6/2016, Rec. 3152/2014), son los siguientes: *a*) Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; *b*) Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico, y *c*) Expresar mediante la suficiente motivación por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a una de las soluciones frente a las demás.

Para anular el acto de aplicación de la discrecionalidad técnica, *la jurisprudencia exige prueba fehaciente* de que la valoración administrativa fue desacertada, no bastando con presentar ante el Tribunal meros indicios o presunciones, sino demostrando irregularidades relevantes (como falta de motivación), error manifiesto, o que de forma notoria se haya incurrido en desviación de poder o arbitrariedad (SSTS 15/12/95, Ar. 9.621; 2/2/96, Ar. 1.310; 20/12/97, Rec. 653/1995; 14/7/2000, Rec. 258/1997; 16/12/2015, Rec. 2914/2015; 17/3/2016, Rec. 921/2015).

3.3.6. *Polémica relativa a la intensidad del control de la discrecionalidad*

Diversos autores (PAREJO ALFONSO, SÁNCHEZ MORÓN) critican abiertamente los poderosos medios de control con que se ha habilitado al juez sobre el ejercicio de las

potestades discrecionales, debido a que la batería de técnicas de control es tan amplia, que puede convertir la discrecionalidad administrativa en una simple quimera, en un poder de leyenda inexistente en la práctica. La principal crítica de estos autores se centra en lo que se conoce como *poder de sustitución* del juez contencioso-administrativo frente a un acto de la Administración, que comporta la posibilidad de que, al revisar la actuación de la Administración, el juez la corrija, sustituyéndola por su propio criterio. Los autores citados consideran que la discrecionalidad se reconoce a la Administración, pero no al juez, por lo que resulta absolutamente impropio desde la lógica del sistema constitucional que el juez pueda contradecir a la Administración y sustituir el criterio de ésta por el suyo propio, siendo así que en un Estado de Derecho corresponde al juez velar por el respeto de la legalidad, pero no dictar actos administrativos.

El Derecho positivo parece alinearse con esta posición, al establecer que los órganos jurisdiccionales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos anulados (art. 71.2 LJCA). El planteamiento normativo es ampliamente respaldado en la jurisprudencia, entendiendo que, para sustituir la decisión de la Administración por otra, la conclusión alcanzada debe ser la única posible y motivarlo así en la sentencia (STS 15/7/2011, rec. 5332/2007). En esa misma línea, el Tribunal Supremo ha anulado sentencias de órganos judiciales que determinaban el contenido discrecional de los actos administrativos, recordando el límite que representa el art. 71.2 LJCA a las facultades jurisdiccionales: por ejemplo, anuló una sentencia que, en lugar de limitarse a anular la actuación administrativa que reconocía una edificabilidad insuficiente, determinó la concreta la edificabilidad que corresponde a la recurrente, usurpando así el elemento discrecional de la potestad (STS 29/4/2011, Rec. 1755/2007).

Por el contrario, otro sector doctrinal (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) insiste en la necesidad de afinar cada vez más los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa. Estos autores consideran que la posibilidad de controlar judicialmente la actividad de la Administración no puede representar un motivo de escándalo. Opinan que resulta en todo punto correcto reconocer a los jueces instrumentos para el control de la actividad de la Administración y para la reducción de la arbitrariedad.

4. EL INTERÉS GENERAL. LA ADMINISTRACIÓN COMO ENTIDAD VICARIA

4.1. ¿QUÉ ES EL INTERÉS GENERAL?

El art. 103 CE declara que «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». Quiere decirse que la Administración ha sido creada precisamente a ese objeto, y por ello es usual afirmar que se trata de una organización vicaria (VILLAR PALASÍ), esto es, servicial, que no persigue fines propios, sino supeditados en todo caso a la satisfacción del interés general. La Administración es por tanto un instrumento con el que hacer realidad la conocida máxima de CICERÓN, *Ollis salus populi suprema lex esto* (el bienestar del pueblo es la ley suprema), un postulado indisolublemente unido al principio de legalidad en cuya virtud se orienta la actividad de las autoridades públicas hacia la satisfacción del interés general (SÁNCHEZ DE LA TORRE).

La concreta determinación de lo que sea el interés general que debe perseguir la Administración puede parecer una tarea imposible. En efecto, la noción de interés

general es inherente a la colectividad, a la mera existencia de un grupo organizado, y por ello es muy vasta y heterogénea. De hecho, existen entidades privadas que contribuyen a la tarea de velar por el interés general, como las fundaciones o las asociaciones de interés público. Pero el interés público que debe atender la Administración no se identifica con el interés de determinados grupos u organizaciones sociales.

¿Cómo se determinan los intereses generales que la Administración debe cuidarse de satisfacer? Mediante el principio de legalidad: cuando el legislador dicta una norma, y apodera a la Administración con la correspondiente facultad de actuación, lo hace porque en ese campo existe un interés general que debe ser atendido, y permite a la Administración actuar para satisfacerlo. Por ejemplo, la potestad sancionadora se reconoce a la Administración porque hay conductas contrarias al interés general que merecen una sanción. Cuando el legislador crea una infracción y permite a la Administración sancionar por la comisión de esa conducta, está calificando la misma como contraria al interés general, e instando a la Administración a que la reprima oportunamente. En esta línea, el art. 3.3 LRJSP dispone: «Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades locales, *la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico*».

El hecho de que sea el legislador quien determine los intereses generales que concretamente debe atender la Administración provoca que su alcance varíe con el tiempo. Esto permite el juego de las diferentes opciones políticas en la determinación de los concretos fines que debe perseguir la Administración. Por ejemplo, la mayoría parlamentaria de un determinado sesgo político puede potenciar los fines sociales a atender por la Administración —incrementando las pensiones y ayudas familiares, la protección en caso de desempleo...—, y otras mayorías parlamentarias diferentes pueden potenciar otros fines distintos, como los de carácter industrial o mercantil —reconociendo desgravaciones fiscales a empresas, concediendo ayudas a la instalación de nuevas industrias...—. La Administración actuará vicarialmente, servicialmente, objetivamente, para atender los concretos fines fijados en cada caso por la correspondiente directriz política. La Administración hace realidad el interés general señalado por el legislador llevando a cabo actuaciones concretas: dictando actos de ejecución, firmando contratos, etc.

—En este sentido, se distingue entre una perspectiva amplia del interés general, incardinada en los principios y valores del Estado social, y una dimensión concreta, expresada a través de las diferentes normas y actos en que se proyecta la actividad administrativa (RODRÍGUEZ-ARANA). En este sentido, se postula un Derecho administrativo más humano y social mediante la formulación del interés general como concepto motivado y concreto (E. RIVERO YSERN y RODRÍGUEZ-ARANA).

4.2. LA DESVIACIÓN DE PODER

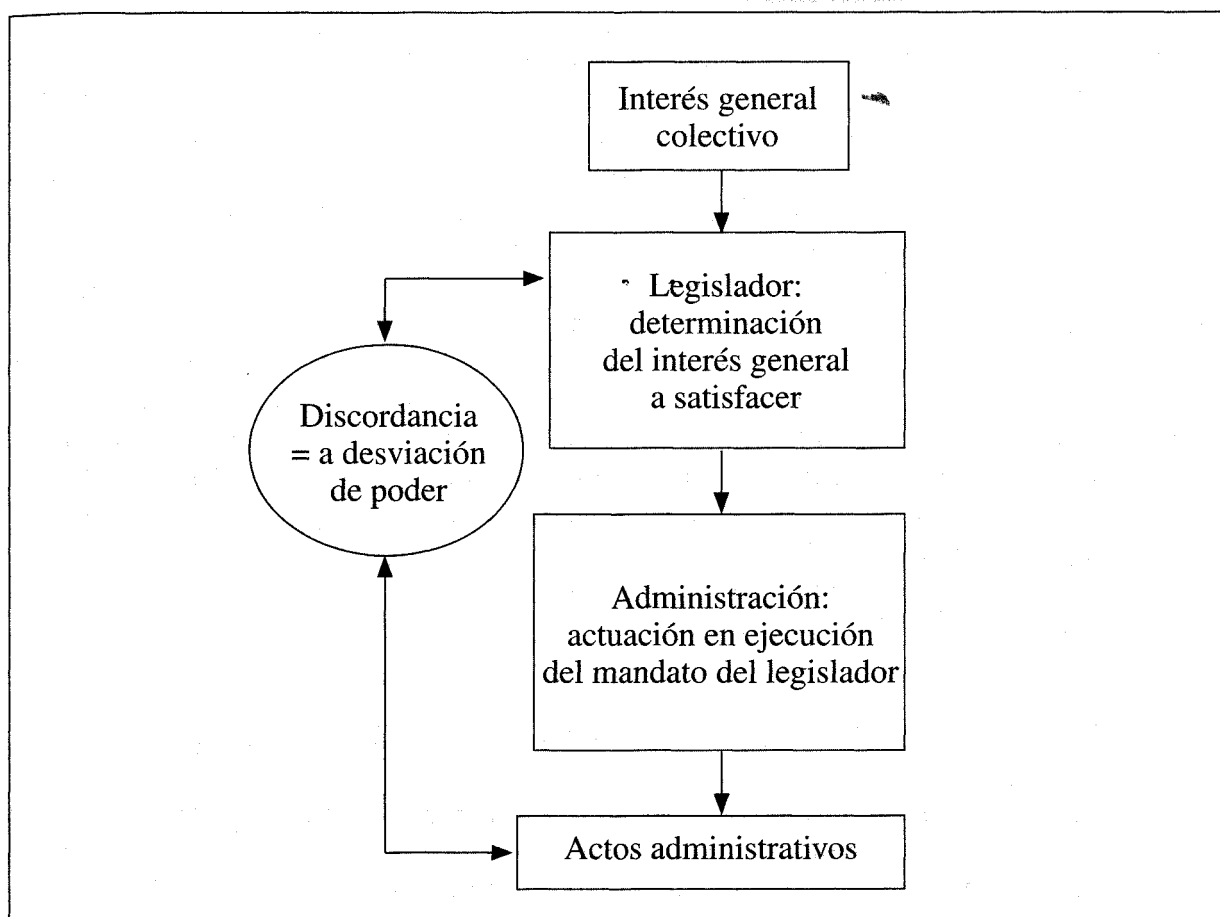
En la actuación de la Administración tiene que haber una total correspondencia entre el fin perseguido por el legislador y el que la Administración pretenda satisfacer. El abandono o separación de ese fin comporta un vicio denominado *desviación de poder*, que hace inválida la actuación administrativa —puede anularse recurriendo contra ella—. En efecto, *se produce desviación de poder cuando la Administración se aparta del interés general previsto por la norma para satisfacer otro interés distin-*

to. «Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» —art. 70 LJCA—. Por ejemplo, la regulación de las condiciones de adjudicación de un contrato de forma que favorece a determinadas empresas (STS 5-2-2003, rec. 5.174/1997) es una desviación de poder. Conforme a la Constitución —art. 106.2— «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», por lo que controlan la desviación de poder. Esta infracción supone un motivo de invalidez de la actuación administrativa —art. 48.1 LPAC—.

La desviación de poder puede ser de dos tipos:

FIGURA 3

El interés general y la desviación de poder



— *Desviación de poder privada*. Es la más común y evidente: mediante el ejercicio de la potestad administrativa se pretende alcanzar un fin privado, un beneficio particular, que puede derivarse tanto en favor de quien ejerce la potestad, como de un tercero (SSTS 3-7-2001, Rec. 3.819/1995; 11-10-1993, Rec. 8.419/1991). Como ejemplo del primer caso, podemos citar la apropiación indebida de fondos reservados por parte de quien los administra. Como ejemplos del segundo, la entrega de esos mismos fondos a terceros; la designación como funcionario municipal de un pariente del Alcalde, o la adjudicación por parte de una Consejería de un contrato de obras a una empresa de la que es socio el Sr. Consejero.

— *Desviación de poder pública*. La potestad se emplea para un fin distinto del ordenamiento jurídico, pero *en beneficio del interés general*. No se ha perseguido satisfacer el interés particular del aplicador de la potestad o de un tercero, sino el interés general. Aun así, existe un vicio en la actuación administrativa, pues se ha violado el principio de legalidad: aunque la actividad en cuestión redunde en beneficio de la colectividad, y no de intereses privados, la Administración no se encuentra habilitada para llevar a cabo la actuación. Por ejemplo, se adjudica un contrato a una empresa, no porque su oferta sea la mejor, sino a cambio de que realice contra-prestaciones a la Administración, sin que tal condición se incluya en las condiciones del contrato (STS 5-2-2008, Rec. 773/2004). Como hemos insistido otras veces, el hecho de que la desviación de poder sea pública no evita que constituya una actuación ilícita, por estimable que sea (SSTS 24-5-1986, Ar. 3.777; 11-10-1993, Rec. 8.419/1991).

La carga probatoria sobre la existencia de desviación de poder corresponde a quien la alega (STS 14-6-2006, Ar. 3.158): quien pretenda destruir un acto administrativo con base en este vicio deberá demostrar que se ha incurrido en él. Sin embargo, resulta prácticamente imposible ofrecer al juez pruebas fehacientes de que se ha incurrido en desviación de poder, pues este vicio no suele reflejarse en actuaciones concretas o en documentos específicos: por su misma naturaleza, la desviación de poder suele venir encubierta en el contexto del expediente administrativo, y su existencia sólo se encuentra implícita en una multiplicidad de pequeños indicios. Por ejemplo, en un proceso selectivo en el que se ha favorecido a determinados candidatos, afines al partido gobernante en la Administración seleccionadora: ¿cómo demostrar que esas centésimas que, prueba tras prueba, van favoreciendo a determinados candidatos frente a otros, obedecen a una deliberada voluntad de primarlos en la selección? Atendiendo precisamente a esta dificultad, *los tribunales han flexibilizado el rigor probatorio de la desviación de poder, apreciando la existencia de este vicio con base en simples presunciones o intuiciones*, aunque fundados en datos o hechos concretos que forjen en el tribunal la *convicción moral* de que se ha incurrido en desviación de poder (SSTS 10-10-1987, Ar. 8.334; y 2-3-2004, Ar. 3.280).

Una excelente síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la desviación de poder puede verse en la STS 23/2/2012, Rec. 2.921/2008.

5. LA OBJETIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD

La Administración sirve con *objetividad* los intereses generales —art. 103 CE—. La objetividad es un estándar ético, que exige contrastar el ser con el deber ser, la concreta actuación realizada por la Administración con su modelo ideal de comportamiento (MORELL OCAÑA). Exige que la ponderación de intereses realizada por la Administración se limite a aplicar la voluntad de la norma.

Objetividad no equivale a *neutralidad*: la Administración debe ser beligerante para atender el interés general, y esforzarse por articular aquella solución que mejor lo satisfaga, sin actuar en la aplicación del Derecho con un mero automatismo. Por otra parte, la objetividad exige que la actuación de la Administración no se encuentre condicionada por el color político del Gobierno, limitándose a postular la solución más justa de conformidad con las normas actuantes, lo que ha sido calificado como *eficacia indiferente* (GARRIDO FALLA).

La objetividad es un concepto opuesto a la subjetividad (HEIMENDAHL), o dicho de otro modo, a la *arbitrariedad*. Por ello el art. 103 CE guarda una estrecha conexión

con el 9.3 CE, que establece la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos: son las dos caras de una misma moneda, pues cuando no hay objetividad se incurre en arbitrariedad. Objetividad equivale entonces a conducta honesta, y proscribire las actuaciones caprichosas o carentes de justificación ética. La interdicción de la arbitrariedad constituye un medio especialmente idóneo para el control de la discrecionalidad administrativa, y precisamente a ese propósito fue proclamado este principio en la Constitución (L. MARTÍN-RETORTILLO, DESDENTADO).

La objetividad de la Administración está en función de la conducta de los empleados públicos, pues las apreciaciones de éstos se convierten en apreciaciones de la Administración. Por consiguiente, existe una correlación necesaria entre objetividad de la Administración e imparcialidad de los funcionarios.

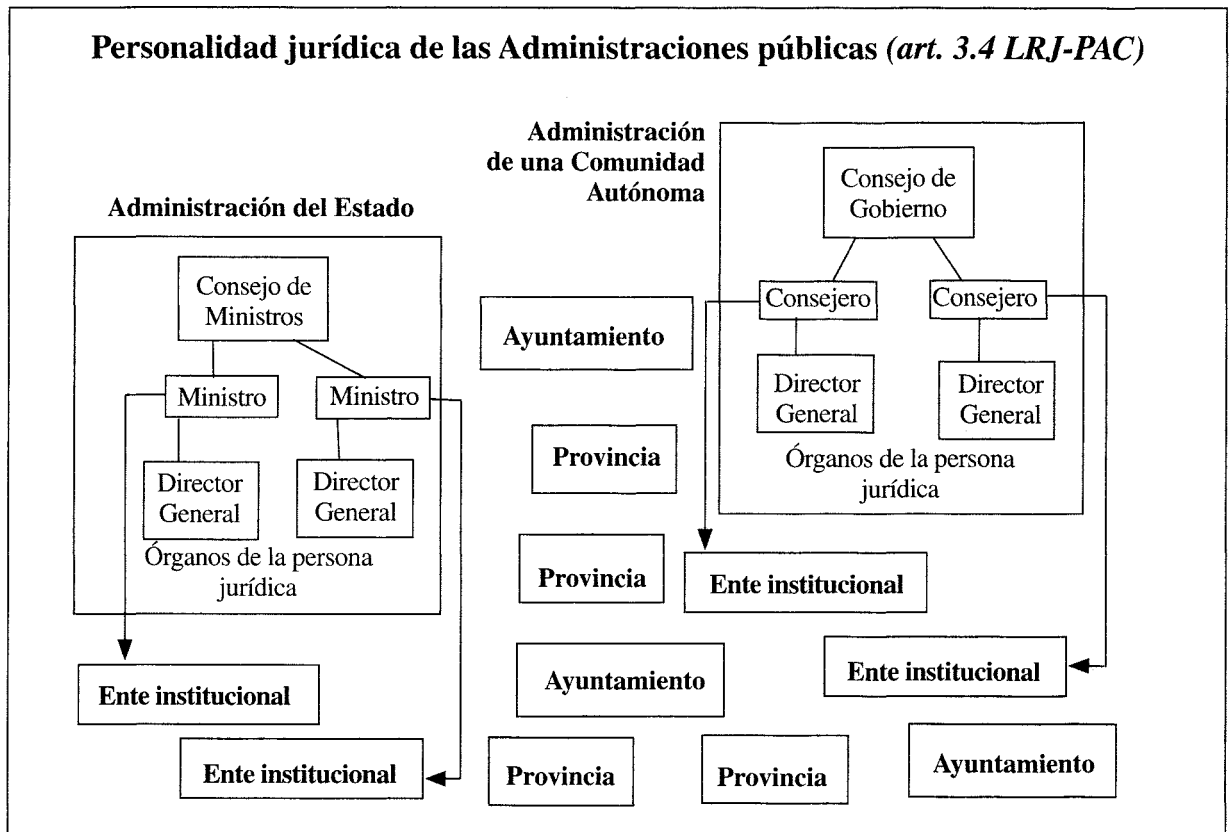
Al exigir una valoración subjetiva de la realidad, el concepto de objetividad adolece de una cierta indeterminación. Ello dificulta su control, especialmente en los casos en que la Administración cuenta con un margen de apreciación, como sucede con el ejercicio de las potestades discrecionales.

6. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

6.1. CADA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA OSTENTA PERSONALIDAD JURÍDICA ÚNICA

La Administración Pública es una organización social (BAENA DEL ALCÁZAR): esto es, constituye un conjunto de medios materiales, personales y financieros dirigidos a la consecución de una finalidad social. Al objeto de atender mejor este fin, las Administraciones Públicas disfrutan de personalidad jurídica. Esta última, como se sabe, constituye una mera ficción, con la que se pretende identificar un centro de imputación de relaciones jurídicas que pueda comportarse de manera asimilada a una persona física: contrayendo obligaciones, reconociendo derechos, entablando contratos con terceros, etc. La personalidad jurídica es una creación técnica que permite todo ello, al conceder a la Administración una «identidad», para que pueda relacionarse con terceros. Por ejemplo, gracias a su personalidad jurídica la Administración puede obtener un «número de identificación fiscal», que necesitan todos los que quieran comprar o vender algo en el mercado, ya sean personas físicas o jurídicas: las facturas que se giren a la Administración —por ejemplo, por una papelería que le suministre material de oficina— contendrán ese número, identificando a la Administración —sujeto de esa relación jurídica— de manera incontrovertible frente a cualquier agente social. De esta forma se reconoce a la Administración la posibilidad de intervenir en el tráfico jurídico, siendo sujeto de derechos y obligaciones, suscribiendo contratos y relaciones con terceros, sometándose a juicio o ejerciendo acciones judiciales, siendo titular de patrimonio y disfrutando de autonomía financiera, respondiendo económicamente de los daños que genere su actividad, etc.

FIGURA 4

La personalidad jurídica de las Administraciones públicas

La Administración Pública es la organización que crea el poder público para intervenir en el tráfico jurídico. En efecto, nuestro sistema político concede personalidad jurídica a la Administración porque la concibe como su instrumento de relación con los ciudadanos, entablado vínculos con los agentes sociales a fin de satisfacer las necesidades de interés general. Así, cuando al interés público conviene la construcción de una carretera, la Administración se ocupa de planearla y construirla; esto último, normalmente, mediante la celebración de un contrato con una empresa constructora. Ello es posible en virtud del reconocimiento de personalidad jurídica de la Administración, que la erige en un centro de imputación de relaciones jurídicas, y la identifica como parte en ese contrato.

Cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única» —art. 3.4 LRJSP—, lo cual se traduce en dos consecuencias:

— La personalidad de cada Administración es *única*. Esto significa que el conjunto de órganos pertenecientes a una misma Administración forma parte de una sola unidad, y constituye un único centro de imputación, lo que permite distinguir y separar unas Administraciones Públicas de otras.

— Al propio tiempo, *cada* Administración tiene su propia personalidad jurídica, distinta de las demás: no existe una sola Administración, sino una verdadera constelación de Administraciones Públicas (GARCÍA DE ENTERRÍA), cada una de las cuales goza de una personalidad jurídica diferente, que abarca a todos los órganos que la componen.

Así, todos los órganos de la Administración General del Estado gozan de una misma y única personalidad jurídica, ya se trate de órganos centrales —por ejemplo, Ministerio de Trabajo e Inmigración— o periféricos —así, Dependencia de la Subdelegación del Gobierno en Huelva del Área Funcional de Trabajo y Asuntos Sociales—. Esa Administración se diferencia de la Administración General de la Junta de Andalucía, que también puede ser central —Consejería de Empleo— y periférica —Delegación Provincial en Cádiz de la Consejería de Empleo—. Y también de otras administraciones diferentes, como los Ayuntamientos las Diputaciones Provinciales. De este modo, todo el compuesto orgánico integrado en una misma Administración Pública se reduce a la unidad y responde frente al exterior como un solo sujeto de derecho, con independencia del concreto órgano, o incluso de la concreta persona física integrada en la organización, que actúe en cada momento.

Además, existen los llamados entes institucionales o administraciones especializadas, que estudiaremos con mayor detalle en el Tema 9, y que asumen parcelas concretas del quehacer administrativo, determinadas funciones que corresponden a la Administración. Estas Administraciones institucionales gozan de personalidad jurídica propia, aunque generalmente están sometidas a la superior dirección de otra Administración —la que los creó—. Por ejemplo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social es uno de estos entes dotado de personalidad jurídica, que ejerce las funciones de la Administración General del Estado en materia de Seguridad Social, bajo dependencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Actualmente proliferan estos tipos de entes, llegando a componer una verdadera galaxia de entidades, como comprobaremos en el Tema 9.

6.2. PERSONALIDAD JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO

Existe un convencionalismo completamente implantado en los operadores jurídicos y en la legislación vigente, que consiste en diferenciar dos tipos o clases de personalidad jurídica: la de Derecho público y la de Derecho privado. Sin embargo, ningún precepto define lo que deba entenderse por una y otra. Doctrinalmente (GARRIDO FALLA) se han identificado cinco criterios para calificar a un ente como público o privado: 1) *Criterio del fin*: el carácter público o privado de las personas jurídicas viene determinado por la naturaleza pública o privada de los fines que persiguen en su actividad; 2) *Criterio de las prerrogativas*: el ente público se caracteriza por ostentar poderes de autoridad, expresión típica del *imperium* del Estado; 3) *Criterio de la creación o injerencia estatal*: son entes públicos los creados por el Estado u otro ente territorial, o bien, sobre los que éstos despliegan potestades de intervención o vigilancia; 4) *Criterio de la forma*: un ente es privado cuando adopta en su constitución una forma de personificación típica del Derecho privado, y público, cuando su forma de personificación no cuenta con paralelo o equivalente en el Derecho privado; 5) *Criterio del encuadramiento*: un ente es público cuando se encuentra inserto o encuadrado en el complejo estructural de otro ente público, que ejerce sobre aquél poderes de tutela o de naturaleza jerárquica.

La personalidad de Derecho público o privado vendría dada por el *criterio de la forma*: las formas de personificación de Derecho público son las que han sido previstas para su adopción específica por los poderes públicos, y por consiguiente, los ciudadanos no pueden constituir las *motu proprio*. La organización es de Derecho público cuando se crea adoptando formas de personificación inaccesibles para los ciudadanos y propias por tanto de la organización pública: tanto las Administraciones generales o

territoriales (que tienen, como hemos visto, personalidad jurídica propia), como los organismos autónomos, las agencias públicas, las entidades públicas empresariales, etc. (véase Tema 9), en los términos previstos por las leyes (LRJSP, LRBRL, Leyes de organización de las CCAA, etc.).

Por el contrario, una organización encuadrada en el sector público administrativo es «de Derecho privado» cuando se ha creado utilizando alguna de las formas de personificación que también pueden emplear los ciudadanos: sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones, etc. Las personas jurídicas de Derecho privado (civil o mercantil), pueden crearse por los particulares, y de hecho han sido principalmente concebidas y reguladas con ese propósito, articulando sus respectivos Derechos estatutarios propios. Las Administraciones públicas también pueden constituir tales personas de Derecho privado, cuando el ordenamiento jurídico se lo permita en el marco del principio de legalidad; a modo de ejemplo, el art. 128.2 CE establece que «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica», lo que se considera pacíficamente como una habilitación para que las Administraciones públicas constituyen empresas mercantiles o adquieran acciones de sociedades privadas.

Como hemos comprobado ya, el sector público administrativo asume funciones muy variadas, que se le confían por el legislador para la consecución del interés general. En orden al mejor desempeño de tales funciones, dispone de la posibilidad de adoptar diferentes formas jurídicas de personificación (públicas y privadas), optándose en cada circunstancia por la que mejor se adapte a las características del caso concreto. No es lo mismo otorgar una licencia que gestionar un hospital, y por ello el ordenamiento prevé los diversos tipos de organizaciones que pueden adoptarse por el sector público administrativo para el ejercicio de las diferentes funciones que se le confían.

En cualquier caso, se ha de producir una coherencia entre el tipo de actividad que realiza una organización y la concreta forma —personalidad jurídica— que ostenta. En este sentido, la personalidad jurídica de Derecho público, que es la propia o característica de las Administraciones públicas en sentido estricto, se configura como un marco normativo específicamente gestado para regular a organizaciones que ejercen masivamente potestades administrativas, y por esa razón el ordenamiento jurídico concibe un régimen jurídico especialmente garantista para regir el funcionamiento de estas organizaciones: el Derecho administrativo, que constituye el régimen común y normal de actuación de las Administraciones públicas. De esta manera:

— La *personalidad de Derecho público* es la que se encuentra específicamente prevista para su adopción en exclusiva por el sector público (quedando excluida a los ciudadanos), y se configura mediante un Derecho estatutario propio, el Derecho administrativo, que resulta especialmente garantista y se aplica a estos sujetos como Derecho común y normal en el conjunto de su actuación, que supone el ejercicio masivo de potestades administrativas, quedando el Derecho privado como residual en su actividad.

— La *personalidad de Derecho privado* puede adoptarse por el sector público administrativo cuando lo permita el ordenamiento jurídico, creándose entidades que se someten con carácter general al régimen estatutario propio de tales personas privadas (sociedades mercantiles, fundaciones), y aplicándose el Derecho administrativo en dos aspectos —art. 2.2 b) LRJSP—: en la medida que estas entidades han de actuar con respeto de los *principios* que presiden el quehacer de las Administraciones públicas, y quedando sometidos a la LRJSP y a la LPAC cuando —excepcionalmente— ejerzan *potestades* administrativas.

7. ENUNCIADO DE OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Según el art. 103 CE, la Administración Pública actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Por su parte, los arts. 3 y 4 LRJSP añaden a estos principios constitucionales otros principios de actuación que se aplican a todo el sector público administrativo. Sin perjuicio de abundar en la materia en otros lugares conviene apuntar ahora el significado de cada uno de estos principios, dado su carácter transversal.

7.1. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO: EFICACIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

Eficacia es un principio que incorpora valores semánticos diversos. *En primer lugar*, se conecta estrechamente con la proclamación del Estado social, y supone la necesidad de que los poderes públicos atiendan las necesidades de prestación de servicios que manifiestan los ciudadanos (PAREJO ALFONSO). La imposición de estos deberes prestacionales permite que el Estado desempeñe un papel redistributivo de la riqueza, pero la limitación de los recursos disponibles exige que lo haga eficazmente; por tanto, la Administración —el aparato burocrático dependiente del poder ejecutivo— no reduce su actuación a una mera ejecución o aplicación del Derecho: también debe realizar tareas de carácter prestacional y asistencial, y hacerlo además eficazmente. En este sentido, la Administración disfruta de un margen de discrecionalidad para elegir los medios adecuados a la satisfacción de los fines. En cualquier caso, el escenario constitucional deparado por la conjunción de la eficacia y el Estado social explica las exigencias de calidad que se imponen en la prestación de los servicios públicos. *En segundo lugar*, el principio de eficacia también incorpora una acepción que lo identifica con la eficiencia (PAREJO), y que se expresa en términos de *economicidad*, de utilidad (ORTEGA).

En este segundo sentido, la Constitución pretende la optimización de los medios: se trata de que la Administración logre el máximo rendimiento de los recursos disponibles, ya sea porque se llevan a cabo un mayor número de actuaciones con menor cantidad de recursos, ya sea porque con los mismos recursos se logran más amplios objetivos. En el mismo sentido, el art. 31.2 CE exige que la programación y ejecución del gasto público responda a los criterios de eficiencia y economía. Estas manifestaciones se han acogido expresamente en la LRJSP, que proclama, por una parte, el principio de «Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales» —art. 3.1.i)—; y por otra, el principio de «Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos» —art. 3.1.j)—. Por lo demás, se ha atribuido a la eficiencia la capacidad de ponderar entre principios objetivos (como la proporcionalidad) y derechos subjetivos, a fin de adoptar decisiones armonizadoras (VAQUER). *En tercer y último lugar*, el principio de eficacia también debe suponer la valoración de la actuación administrativa con criterios económicos, para cuantificar las cargas y consecuencias socioeconómicas que la actuación pública repercute sobre los ciudadanos (GIMENO).

El principio de *buena administración* encuentra su origen en el Derecho comunitario europeo, acuñándose por la doctrina del Tribunal de Justicia. Supone la fijación de un estándar de funcionamiento de la Administración que establece límites y juega como parámetro de legalidad de su actuación. Guarda conexión con el principio de eficacia, pero también se proyecta sobre otros escenarios: por ejemplo, sirve para valorar la adecuada tramitación de los procedimientos administrativos (PONCE), y también introduce exigencias de gobernanza o gobierno participativo en la actividad

administrativa (RODRÍGUEZ ARANA). Progresivamente tiende a ser proclamado, además, como *derecho* del ciudadano a la buena administración (en la Carta de Derechos de la Unión Europea, o en varios Estatutos de Autonomía), lo que fortalece su grado de exigibilidad (MEILÁN), aunque es preciso potenciar aún más la buena administración como un derecho y no como un mero principio (CASTILLO BLANCO); con todo ello, correlativamente, deriva sobre la actuación pública en un *deber de buena administración*. Ya sea en su vertiente de principio, de derecho o de deber, la importancia de la buena administración es creciente.

7.2. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN: JERARQUÍA, DESCENTRALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN, COORDINACIÓN Y LEALTAD INSTITUCIONAL

Jerarquía significa que cada Administración Pública es una pirámide organizativa compuesta por una multiplicidad de órganos relacionados entre sí mediante vínculos de dependencia, siendo unos superiores a otros, y el Gobierno de cada Administración, su máximo superior jerárquico. En el Tema 5, § 2, se profundiza en el estudio de este principio.

Descentralización es un principio en cuya virtud debe tenderse a evitar la acumulación de competencias en una misma Administración Pública. Tiene dos manifestaciones o vertientes: *a) la descentralización política*, que conduce a la existencia de entidades territoriales dotadas de autonomía constitucional: las Comunidades Autónomas, los Municipios y las Provincias —art. 137 CE—; *b) la descentralización funcional*, que promueve la creación de unas Administraciones Públicas que llamamos «institucionales» —o administraciones especializadas—, caracterizadas por asumir un catálogo concreto de funciones o competencias; en el epígrafe anterior ofrecíamos el ejemplo del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el Tema 5 se expone este principio con mayor detalle.

Desconcentración es un principio que promueve la adscripción de las competencias a los niveles primarios de la escala jerárquica, evitando la acumulación de funciones y tareas en los órganos superiores y favoreciendo su encomendación a los órganos inferiores. También en el Tema 5 se profundizará en el estudio de este principio.

Coordinación es la necesidad de que tanto los diferentes órganos de una misma Administración, como la «constelación» de Administraciones Públicas a la que antes se aludía, actúe armónicamente, evitando solapamientos o disfuncionalidades en su actuación. En el Tema 5 se dedica mayor atención a este principio y a sus técnicas de articulación.

El principio de *lealtad institucional* encuentra su origen en el Derecho alemán y se incorporó a nuestro ordenamiento mediante la Ley 4/1999; actualmente se proclama como principio general de todo el sector público administrativo en el art. 3.1.e) LRJSP. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 239/2002, 13/2007, 247/2007), este principio debe presidir las relaciones entre las diferentes instancias del poder territorial, y requiere que cada Administración pública, al gestionar sus intereses propios, tenga como referencia necesaria la satisfacción de los intereses generales, y no los menoscabe ni los perturbe. Se traduce en el deber de ejercer las competencias propias evitando el bloqueo de las que ostentan las demás Administraciones públicas.

7.3. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Se trata de un principio que encuentra su origen en el Derecho comunitario europeo, y que fue recibido por nuestro Derecho positivo al incluirse en la LRJPAC

—art. 3.1— en 1999; actualmente se proclama en el art. 3.1.e) LRJSP. Puede entenderse derivado de los arts. 1.1 y 9.3 CE, al encontrarse estrechamente vinculado con los principios de legalidad, buena fe y seguridad jurídica (GARCÍA LUENGO, SARMIENTO), y la prohibición de actuar contra los propios actos (FERNÁNDEZ VALVERDE). El principio beneficia a los ciudadanos que actúan en la confianza de que su actividad es lícita al haber sido consentida por la Administración de manera persistente en el tiempo (MUÑOZ MACHADO). Si la Administración ha realizado actuaciones que claramente apuntan a su toma de posición en un determinado sentido, y los particulares realizan actividades acomodadas a esa situación, la Administración no puede luego actuar en sentido contrario, privándoles o negándoles sus derechos. Se exigen una serie de requisitos para que juegue el principio de confianza legítima (BOCANEGRA): 1) La existencia de una conducta administrativa previa; 2) Que la actuación realizada por el interesado al guiarse por su confianza legítima no sea reversible; 3) Que no exista una ilegalidad imputable al interesado; 4) Si existe una ilegalidad de la Administración, que el interesado la desconozca; 5) Que no exista un interés público digno de mayor protección que la confianza legítima del interesado. Un ejemplo de aplicación del principio es la anulación de una sanción impuesta a un colegio concertado que había excedido la *ratio* de alumnos, cuando durante años la Administración había tolerado el exceso (STSJ Andalucía 30-3-2006, Rec. 524/2002). Por tanto, la existencia de precedentes puede dar lugar a confianza legítima (DÍEZ SASTRE), aunque algunos autores rechacen esta posibilidad (GARCÍA LUENGO). También se aplicó el principio de confianza legítima para beneficiar a un ciudadano que formuló alegaciones a un plan urbanístico que fueron expresamente aceptadas por la Gerencia, pero no llegaron a incluirse en el plan definitivo: recurrido éste, el juez entiende que se ha frustrado la confianza legítima del alegante sin justificación alguna, y modifica la calificación de la finca realizada por el plan (STS 15-2-2006, Rec. 6.166/2002).

7.4. PRINCIPIO DE SIMPLIFICACIÓN: BUENA REGULACIÓN Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como ya se indicó en el Tema anterior, la simplificación administrativa es uno de los ejes conductores de la nueva legislación administrativa: tanto la relativa al régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común, como la normativa reguladora de los diferentes sectores de actividad económica. El art. 3.1.d) LRJSP proclama el principio de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, promoviendo la simplificación de los procedimientos administrativos. En este sentido se impulsan iniciativas diversas:

— La implantación de *principios de buena regulación* —art. 129 LPAC—, aplicables a todas las iniciativas normativas (legislativas y reglamentarias) que promuevan las Administraciones públicas —véase Tema 4, § 3.1—.

— El desarrollo de técnicas y criterios de *reducción de cargas administrativas*, es decir, que pretenden minorar los requisitos puramente burocráticos o documentales que se exigen para el ejercicio de las actividades económicas: presentación de documentos o de sus fotocopias, aportación de planos o proyectos, elaboración de informes, realización de auditorías, etc. Por ejemplo, la sustitución de regímenes de autorización por comunicaciones previas —véanse estos conceptos más abajo—; o la presentación de documentación en los procedimientos de naturaleza competitiva sólo

por los adjudicatarios, tras la resolución definitiva. En el período 2007/12 la Unión Europea ha promovido un programa mediante el que se ha reducido un 25% la carga regulatoria, tanto derivada del Derecho europeo como del Derecho interno de los Estados miembros.

— El desarrollo de técnicas y criterios de *agilización y racionalización del procedimiento administrativo*, promoviendo la realización de trámites de oficio (por ejemplo, tras obtenerse una autorización es la propia Administración quien inscribe de oficio al solicitante en el registro correspondiente), el acortamiento de los plazos de resolución y tiempos de respuesta, la sustitución de informes preceptivos por facultativos, etc. Algunas CCAA, como la Generalidad Valenciana, Andalucía o Castilla y León son pioneras en este campo.

— La implantación de soluciones de *administración electrónica* está reputada como la mejor técnica contemporánea de simplificación. Así, la presentación de un documento de manera presencial está cuantificada en 80 euros, en tanto que su presentación telemática se cuantifica en 5 euros. En España se ha apostado decididamente por ella, pero todavía no se ha sacado el máximo partido de su potencial. En particular, mediante plataformas integradas de tramitación en las que se puedan realizar sucesivamente todos los trámites implicados en una determinada actividad, con independencia de la Administración competente: es el mejor modo de lograr que el complicado reparto competencial existente no suponga una barrera para la ciudadanía.

— Una *mejora de la calidad normativa* articulada en el procedimiento de elaboración de nuevas disposiciones mediante *evaluaciones de impacto normativo*. Se trata de una técnica muy desarrollada en el Derecho comunitario y en el Reino Unido, que se tiende a implantar entre nosotros: en la legislación estatal se ha aprobado el RD 1.083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo; en Cataluña, incluso anteriormente, mediante el Decreto 106/2008, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica; y en Castilla y León, con posterioridad, mediante el Decreto 43/2010, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa. Sin embargo, la nueva legislación administrativa no impone este instrumento con carácter general en las normas básicas relativas a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria establecidas en los artículos 127 ss. LPAC.

— La aplicación de *planes y programas sistemáticos de revisión de la legislación* existente para aplicación de todas las técnicas y criterios anteriormente descritos. Estos planes y programas se han desarrollado durante años en EE.UU., el Reino Unido y otros países de la OCDE; en la segunda década del siglo XXI están arraigando asimismo en la Administración del Estado y en algunas CCAA; en particular, el artículo 130 LPAC establece la necesidad de que todas las Administraciones públicas aprueben y apliquen planes y programas de revisión periódica de la normativa para adaptarla continuamente a los principios de buena regulación —véase Tema 4, § 3.1—.

Por lo demás, en el Tema 12, § 3.5, se exponen las concretas manifestaciones que el principio de simplificación proyecta sobre el procedimiento administrativo.

7.5. PRINCIPIOS DE INTERVENCIÓN EN EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES POR LA CIUDADANÍA

Tal y como se anticipó anteriormente —Tema 1, § 4.2—, en los últimos años se viene experimentando una transformación progresiva y cada vez más intensa en las

técnicas e instrumentos de la actividad administrativa, procurando que resulten lo menos invasivos de la libertad y los derechos individuales, sin menoscabar la adecuada protección de los intereses públicos afectados. Como corolario de esa evolución normativa, el art. 4.1 LRJSP ha compendiado los principios de actuación que deben presidir la actuación de la Administración pública cuando afecte al ejercicio de derechos o regule el desarrollo de actividades privadas, en el siguiente sentido: «Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos».

Más adelante —Tema 23, § 2.4— se procede al estudio detallado de este precepto, pero conviene dejar apuntada desde ahora su importancia, que el propio legislador ha destacado colocándolo en un lugar preeminente: en el frontispicio de la LRJSP, como principio básico de actuación de todas las Administraciones públicas.

7.6. PRINCIPIOS DE LA CIENCIA POLÍTICA Y DE LA ADMINISTRACIÓN

La LRJSP ha recogido una serie de principios que reflejan técnicas e instrumentos acuñados en las últimas décadas por la Ciencia Política y de la Administración y que hasta la fecha no eran aplicables al conjunto del sector público administrativo, aunque sí se habían acogido en las leyes propias de alguna Administración (p. ej., art. 3 LOFAGE). Carecen, por ahora, de mecanismos jurídicos de exigencia efectiva, pero su proclamación en la Ley persigue estimular la implantación de estas herramientas, mediante las que se pretende mejorar el funcionamiento del sector público administrativo. El catálogo de principios contenido en el art. 3.1 LRJSP es sumamente amplio; nos limitamos a reseñar algunos que resultan particularmente significativos. Otros los omitimos aquí porque se desarrollan en lugares diferentes de este manual, como es el caso de los principios de participación y de transparencia de la actuación administrativa, que se abordan en el Tema siguiente.

7.6.1. *Servicio efectivo, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos*

Aglutinamos en este apartado una serie de principios que pretenden orientar la actividad de las Administraciones públicas hacia el ciudadano, situándolo en el centro de su actuación. Se han venido articulando mediante dos vías principales (RAMIÓ):

— *Los planes y normas técnicas de calidad*: son estándares de funcionamiento de las organizaciones, que describen los procedimientos y técnicas que se deben seguir para alcanzar niveles óptimos de funcionamiento; por ejemplo, el modelo europeo de calidad (EFQM), así como las normas ISO (*International Organization for Standardization*) en sus diferentes versiones (la más extendida entre las Administraciones públicas es la ISO 9001). Este tipo de herramientas cuentan con organizaciones independientes que verifican el cumplimiento de los protocolos y otorgan el reconocimiento o acreditación del correspondiente estándar de funcionamiento.

— *Las cartas de servicios*: son catálogos de los servicios que presta cada Administración, que incluyen, entre otras cosas, los derechos que corresponden a los ciudadanos y el estándar o nivel de calidad que se debe alcanzar en cada caso (véase el RD 1.259/1999, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad).

La *simplicidad* es una dimensión específica del principio de simplificación al que hemos aludido anteriormente, proyectada en este caso hacia la esfera del ciudadano. Promueve la eliminación de trámites y cargas burocráticas y la disminución de los tiempos de espera.

La *claridad* tiene dos dimensiones, vinculadas con el lenguaje administrativo: por una parte, pretende que las normas y procedimientos administrativos sean comprensibles para los ciudadanos; y por otra, que los actos y documentos sean inteligibles, evitando un lenguaje farragoso y alambicado. Son útiles los manuales de estilo que han elaborado algunas Administraciones públicas.

Por lo que se refiere a la *proximidad a los ciudadanos*, es una noción un tanto etérea con la que se pretende evocar la cercanía de las Administraciones públicas, que depende tanto de factores organizativos (despliegue de oficinas en el territorio, o de portales de Internet fácilmente accesibles), como en la actitud de los empleados públicos frente a la ciudadanía.

7.6.2. *Planificación, dirección por objetivos, control de gestión y evaluación de resultados de las políticas públicas*

La *planificación y dirección por objetivos* pretende que las entidades del sector público administrativo racionalicen su actividad: por una parte, identificando claramente su misión y fines; y por otra, estableciendo una serie de objetivos que orienten y optimicen su actuación. Existen tres tipos principales de instrumentos (los términos no son unívocos en la doctrina), que se eligen por cada organización en función de diversos factores (complejidad de la organización, tiempo y recursos disponibles):

— El *plan estratégico*: es una modalidad compleja y costosa de planificación que supone una amplia participación de actores internos y externos de la organización (dotándole de un *plus* de legitimidad democrática) y que parte de un análisis de debilidades, amenazas, fortalezas y debilidades (DAFO), para establecer después una serie de líneas estratégicas de actuación, articuladas mediante objetivos específicos para los cuales se establece un concreto plazo de ejecución. Incorpora, además, un cierto relato conceptual acerca de la misión y visión de la organización que sirve para orientar la actuación de todos sus integrantes más allá de los objetivos concretos que se establezcan.

— El *plan director*: es similar al anterior, pero en lugar de articularse mediante una amplia participación de todo tipo de personas, se confecciona a partir de entrevistas con sujetos cualificados (p.ej., cargos directivos y altos funcionarios), y carece de esa dimensión conceptual inherente a los planes estratégicos. Es menos complejo y costoso, pudiendo elaborarse en menor plazo.

— El *plan de actuaciones o de actividades*: se confecciona directamente por el equipo de gobierno o director de la organización, pudiendo conformarse muy rápidamente. Es un documento altamente ejecutivo y con un alto grado de concreción. Suele articularse en objetivos operativos muy concretos: p.ej., reducir el gasto eléctrico de la entidad un 15 por 100 en dos años.

Por lo que se refiere al *control de gestión y la evaluación de resultados*, se promueve la implantación de metodologías que permitan medir el adecuado funcionamiento de las Administraciones públicas. La principal técnica de articulación es la creación de organismos de evaluación, como la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) o el Consorcio de Evaluación de Políticas Públicas de Cataluña (Ivàlua), entidades todavía incipientes que carecen de recursos para implantar planes sistemáticos de evaluación del conjunto de los servicios públicos. También se encuadra en este marco la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación (ANECA) y sus homólogas autonómicas, ampliamente implantadas en el ámbito universitario para evaluar y acreditar titulaciones, centros y profesorado, y cuya actividad siempre ha estado envuelta en la polémica por lo controvertido de los criterios que aplican.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALLI ARANGUREN, J. C.: *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Civitas, Madrid, 2006.
- BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: *La Dimensión de la Administración Pública en el contexto de la globalización*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- BELADIEZ ROJO, M.: «La vinculación de la Administración al Derecho», *Revista de Administración Pública*, n.º 153, 2000.
- BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J.: «La potestad de dictar actos administrativos como intrusión en la libertad», *RAP*, n.º 172, 2007.
- CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- «Garantías del derecho del ciudadano al buen gobierno y a la buena Administración», *REDA*, n.º 172, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.: *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: «Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo», *REDA*, n.º 37, 1983.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002.
- «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *RAP*, núm. 187, 2012.
- GAMERO CASADO, E.: *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, n.º 89, 1996.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2001.
- GIMENO FELÚ, J. M.: «El principio de eficacia», en VVAA, *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.
- *Administración pública y moral*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.
- LÓPEZ PEÑA, E.L.: *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ MOYA, J. A.: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín Librero, Murcia, 2012.
- MEILÁN GIL, J. L.: «La buena administración como institución jurídica», *RAAP*, n.º 87, 2013.
- MORELL OCAÑA, L.: «La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución», *REDA*, n.º 111, 2001.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «El reto dogmático del principio de eficacia», *RAP*, n.º 133, 1994.
- ORTIZ DÍAZ, J., y ORTIZ DE TENA, M. C.: *Concepto de Administración Pública y de Derecho Administrativo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- *Eficacia y Administración: tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995.
- *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *REDA*, n.º 175, 2016.
- RAMÍO, C.: *Teoría de la Organización y Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1999.
- *Administración Pública y Crisis Institucional. Estrategias de Reforma e Innovación para España y América Latina*, Tecnos, Madrid, 2015.
- RIVERO YSERN, E.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Con miras al interés general*, INAP, Madrid, 2014.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J.: *Interés general, Derecho administrativo, y el Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.
- *El buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ed. Europa-América, Buenos Aires, 1964.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: «El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*», *Cuadernos de Filología Clásica: Estudios latinos*, n.º 12, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.
- TOMÁS MALLÉN, B.: *El Derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.
- TORNOS MAS, J. (coord.): «Administración y Constitución: los principios de descentralización y desconcentración», *Documentación Administrativa*, n.º 214, 1988.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *RAP*, n.º 186, 2012.
- VVAA: *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2000.

TEMA 3

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS

1. EL CIUDADANO

1.1. CONCEPTO

Tradicionalmente se ha venido utilizando en Derecho Administrativo el término «administrado» para designar al sujeto destinatario del ejercicio de las potestades administrativas, es decir, a la persona que se sitúa en una relación jurídico-administrativa como contraparte de la Administración Pública, y que suele coincidir con el término de «particular». La propia Constitución —art. 149.1.18— utiliza el término «administrado» para reclamar al Estado que garantice a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas.

Ahora bien, desde hace algún tiempo se han efectuado ciertas reservas al término de «administrado», pues según su significado lingüístico parece expresar una simple posición pasiva del sujeto que soporta la acción de administrar, mientras que la posición del administrado, desde un punto de vista técnico, no es siempre la de un mero sujeto pasivo, sino que también puede ser la de un titular de situaciones jurídicas activas —derechos, acciones...— frente a la Administración Pública. Además, desde un punto de vista político, esa acepción pasiva del término administrado parece contraria a la ideología de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

Seguramente por estas razones, la Ley 30/1992 sustituyó en muchos preceptos —arts. 35, 39, 40...— el término administrado por el de «ciudadano», el cual tiene —desde la Declaración de los Derechos del Ciudadano de 1789— un sentido político netamente emancipador, como sujeto de derechos frente al Estado. Sin embargo, en sentido técnico-estricto, el *status* de la ciudadanía se limita a las personas físicas y, en ocasiones, nacionales. Por esta razón, para evitar dejar fuera de la noción a las personas jurídicas y a los extranjeros, hay que entender la palabra «ciudadano» en un sentido amplio. Y tal vez por ello, la LPAC de 2015 ha optado por utilizar el término «persona», que es omnicompreensivo... Más aún, siguiendo las pautas de otras normas (como la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 6.1—), la LPAC dispone que tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, «cuando la Ley así lo declare expresamente», los grupos de afectados (p. ej., los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso), las uniones y entidades sin personalidad jurídica (p. ej., las uniones temporales de empresarios, previstas en la legislación de contratación pública) y los patrimonios independientes o autónomos (p. ej., cuando carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración) —art. 3.c)—.

1.2. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS

El administrado se encuentra frente a la Administración en dos tipos de situaciones jurídicas: unas son posiciones de poder —situaciones jurídicas *activas*— y otras

son posiciones de deber —situaciones jurídicas *pasivas*—, si bien existen también situaciones jurídicas mixtas o intermedias.

1.2.1. *Situaciones jurídicas activas*

— *Los derechos subjetivos*. El derecho subjetivo es un poder basado en un título jurídico específico que permite a su titular, en su propio interés, exigir una conducta, positiva o negativa, a un tercero —en este caso, una Administración Pública—. Dado que se trata de una posición de poder dirigida a satisfacer un interés de su propio titular, el derecho subjetivo —a diferencia de las potestades administrativas— es, en principio, renunciable —con los límites generales ordenados en el Código Civil—, transmisible y susceptible de prescripción. En todo caso, los derechos subjetivos, desde el momento en que nacen, son accionables ante los jueces y tribunales —en este caso los del orden contencioso-administrativo—. Asimismo, por razón de su origen, se pueden distinguir entre, de un lado, derechos subjetivos atribuidos directamente por una norma jurídica, ya sea ésta la propia Constitución o cualquier otra norma —Ley o Reglamento— infraconstitucional; y, de otro lado, derechos que tienen su fuente en otros actos y hechos jurídicos: como los derechos subjetivos nacidos de un contrato o convenio administrativo, en virtud del cual la Administración ha asumido determinadas obligaciones —por ejemplo, el derecho de un contratista a que la Administración le abone el precio estipulado—; los derechos subjetivos que nacen de un acto administrativo, ya sea declarativo —por ejemplo, una licencia de obra— o constitutivo de derechos —por ejemplo, una concesión de uso privativo de un bien de dominio público—; y, en fin, los derechos subjetivos que surgen de un hecho dañoso imputable a la Administración —por ejemplo, la lesión sobre un bien de un particular causada por la Administración extracontractualmente—.

— *Los intereses legítimos*. La propia Constitución —art. 24—, junto a la figura del derecho subjetivo, alude al interés legítimo, aparentemente como una situación jurídica activa distinta menos consistente y enérgica que el derecho subjetivo. El interés legítimo consiste en una situación que se da por «efecto reflejo» o indirecto de una norma: cuando ésta protege de modo inmediato el interés público, pero a la vez de modo indirecto protege también intereses individuales del administrado: por ejemplo, el interés (legítimo) de los opositores en un procedimiento de selección de empleados públicos en que la Administración cumpla las normas jurídicas reguladoras del procedimiento correspondiente, pues está en juego un posible beneficio o perjuicio para ellos (LÓPEZ PELLICER). En general, la jurisprudencia tiene establecido que el «interés legítimo» consiste en una posición individualizada en relación con la actuación administrativa, que se produce porque el acto que puede resultar del procedimiento afecte a su «círculo vital» de manera positiva y cierta, ya por implicar una ventaja ya un perjuicio. Y la jurisprudencia ha precisado que no es necesario que tal interés tenga contenido económico, bastando un interés de índole moral. En todo caso, los intereses legítimos son accionables ante los tribunales, y de aquí que un sector de la doctrina hable de «derechos reaccionales» o impugnatorios (GARCÍA DE ENTERRÍA).

— *El interés simple*. Es el interés de cualquier ciudadano a que tanto el resto de los ciudadanos como la propia Administración cumplan las normas del ordenamiento, y que normalmente carece de protección jurisdiccional, salvo en aquellos casos en los que el ordenamiento otorga lo que se denomina una «acción pública» o popular.

1.2.2. *Situaciones jurídicas pasivas*

Las situaciones jurídicas pasivas suponen una posición desfavorable o de gravamen para el administrado, y también responden a diversas clases.

— *El deber y la obligación.* Dentro de las situaciones de subordinación es tradicional distinguir el deber en sentido estricto de la obligación: mientras el primero nacería directamente de una norma —por ejemplo, el deber ordenado en el art. 31 CE de todo ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos—, la obligación, en cambio, nacería en el ámbito de una relación jurídica determinada entre la Administración y el administrado —mediante un contrato o un acto—. Sin embargo, lo cierto es que los deberes públicos necesitan para su efectividad de un proceso de concreción sucesiva (LÓPEZ PELLICER), que en último término se concreta en actos de aplicación —así el genérico deber de pagar los tributos establecido en la Constitución, a través de los actos de liquidación se concreta en la obligación de abonar una cantidad determinada—.

— *La carga.* Es una condición que el ordenamiento impone a los ciudadanos para que éstos puedan ejercitar sus derechos —por ejemplo, la exigencia contenida en el art. 4.1.c) LPAC a los titulares de intereses legítimos de comparecer en el procedimiento para tener la condición de interesados en el mismo—. A diferencia del deber que se ordena a satisfacer un interés ajeno, la carga está establecida en interés del propio sujeto sobre el que pesa, y por esta razón su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja.

1.3. LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN

En Derecho Administrativo es clásica la distinción entre dos tipos de administrados: de un lado, los que se encuentran en una *relación general de sujeción* a los actos de la Administración Pública o, desde el punto de vista de la Administración, «relación de supremacía general»; y, de otro lado, aquellos administrados que se encuentran en una *relación especial de sujeción* —o, desde el punto de vista de la Administración, «relación de supremacía especial»—, debido a su integración más o menos intensa en la propia organización de las Administraciones Públicas. Éste es claramente el caso de los funcionarios públicos y demás personal al servicio profesional de la Administración —STC 69/1989 respecto a un policía nacional— así como de los concesionarios de servicios públicos y otros contratistas, ligados a la Administración en virtud de una relación contractual —así parece desprenderse del art. 25.4 LRJSP—, e incluso de las personas internas en establecimientos públicos o instituciones «totales», como los centros penitenciarios —SSTC 74/1985, 2/1987—. Más cuestionable es la extensión de esta noción a situaciones en las cuales la relación entre el administrado y la Administración es menos intensa —caso de alumnos de centros públicos— e, incluso, meramente episódica —usuarios de todo tipo de servicios públicos—, y para las cuales puede ser injustificada la aplicación de esta categoría.

En el caso de los funcionarios públicos —y también de los concesionarios— el fundamento de esta categoría se ha explicado tradicionalmente en el tópico de la «voluntariedad» en el ingreso en la Administración —o de contratar con ésta—. Esta voluntariedad vendría a constituir un modo de «cheque en blanco», que otorgaría a la Administración poderes casi omnímodos, con un amplísimo margen en la configuración de los deberes estatutarios de dichos sujetos, posibilitando incluso la modulación

de determinados derechos constitucionales. Así, se entiende que en los casos de *relaciones de especial sujeción* se flexibilizan determinadas garantías formales: como son las reservas de ley —por ejemplo, en materia sancionadora, donde se permite un mayor juego de la potestad reglamentaria, tal como se verá en el tema correspondiente—, así como otros derechos, incluso fundamentales —caso del principio *non bis in idem* o del derecho a la presunción de inocencia ambos también en materia sancionadora—.

No obstante, se trata de una clasificación actualmente polémica, tanto por su carácter meramente aproximativo, es decir, por la falta de un criterio firme para deslindar ambas categorías, como por las consecuencias jurídicas que se pretenden extraer de esta clasificación (SANTAMARÍA PASTOR, BAÑO LEÓN). Y, en esta línea, aun sin dejar de utilizar esta categoría, la última doctrina del Tribunal Constitucional —STC 132/2001— parece relegar la relevancia dogmática de la misma al afirmar que la categoría «relación especial de sujeción» no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la Ley de acuerdo con la Constitución, ha modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos, admitiendo, además, que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa.

1.4. LA CAPACIDAD DE LOS ADMINISTRADOS

Al igual que en Derecho Civil, la capacidad de obrar en Derecho Administrativo es la aptitud, no ya para ser titular de derechos —lo cual dependerá de cada norma—, sino para ejercer eficazmente los derechos y deberes derivados de las relaciones jurídico-administrativas. En líneas generales, el Derecho Administrativo ha sido tradicionalmente menos formalista que el Derecho Civil para exigir una capacidad de obrar.

Asimismo, no existe una regulación general de las causas limitativas o que excluyen la capacidad de obrar, sino que en cada sector se establecen diversos tipos de circunstancias que modifican la capacidad de obrar de los administrados, si bien las más comunes son las siguientes:

— *La menor edad.* La LPAC —art. 3— establece que tendrán capacidad de obrar, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación «esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo, sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate». Con lo cual la norma nada aclara, sino que se limita a establecer un reenvío a las normas sectoriales. No obstante, la doctrina (GONZÁLEZ NAVARRO) entiende que el principio o regla general debe ser la extensión de la capacidad de obrar a los menores de edad. Es decir, el menor de edad tiene capacidad para el ejercicio y defensa —en vía administrativa— de aquellos derechos que le reconozca el ordenamiento, salvo que se establezca lo contrario. Y, en este sentido, debe señalarse que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara que el menor tiene derecho a ser oído en cualquier procedimiento administrativo (o judicial) en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez —art. 9.1—. Más aún, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, se establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva —art. 2.1—.

— *La nacionalidad*. Tradicionalmente, la condición de extranjero suponía una merma en la titularidad y ejercicio de situaciones jurídico-administrativas. Sin embargo, hoy en día, se parte de un principio de igualdad de derechos fundamentales entre españoles y extranjeros —art. 3 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social—. Así, según esta Ley —art. 6.2—, los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local. De este modo, salvo en lo relativo al acceso a los cargos y funciones públicas, derecho inicialmente reservado por la Constitución —art. 13.2— a los nacionales, son, en realidad, muy escasas las modulaciones de la capacidad administrativa de los administrados por razón de su condición de extranjería —por ejemplo, límites a inversiones en determinados sectores de interés estratégico nacional—.

— *La condena penal y la sanción administrativa*. Los condenados por determinados delitos y sanciones administrativas pueden ver afectada su capacidad en ciertos ámbitos: acceso a la función pública —art. 56.1 TREBEP—, obtención de determinados permisos —caso del permiso de conducir, licencia de caza...—, o incapacidad para contratar con las Administraciones Públicas —art. 60 TR Ley del Sector Público—, o para percibir subvenciones públicas —art. 13.2 LGS—.

1.5. ESPECIAL REFERENCIA A LA VECINDAD ADMINISTRATIVA

Una de las circunstancias modificativas de la capacidad en Derecho Administrativo es la vecindad administrativa, la cual se determina por la residencia en un Municipio. En principio, tienen la condición de «vecinos» de un municipio los residentes en el mismo tanto españoles como extranjeros, y tanto los mayores de edad como los menores. La condición de vecino determina la titularidad frente a la Administración municipal correspondiente de una serie de derechos públicos subjetivos enunciados en la LRBRL —art. 18—, que vendrían a constituir el llamado «Estatuto del vecino». Asimismo, la vecindad administrativa, unida a la nacionalidad española, puede determinar también la adquisición de la condición política de ciudadano de la Comunidad Autónoma correspondiente —por ejemplo, art. 5.1 EA para Andalucía; art. 4.1 EA Aragón, art. 9.1 EA Baleares; art. 7.1 EA Castilla y León; art. 7.1 EA Cataluña—.

Si bien la residencia en un Municipio es un hecho —es decir, es residente quien efectivamente habita en un Municipio—, la LRBRL —art. 15— hace depender la adquisición de la condición de vecino de un dato meramente formal: la inscripción en un registro administrativo, como es el Padrón Municipal de Habitantes. Esto es así por razones de seguridad jurídica, pues de lo contrario habría que dejar, en principio, la determinación de la vecindad a la mera declaración del interesado. Por ello, la Ley opta por un criterio que, aunque formal, es objetivo y fácilmente constatable: el dato de la inscripción en el Padrón Municipal. Los datos obligatorios que debe contener la inscripción en el Padrón son: nombre y apellidos, sexo, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, número del DNI —o, tratándose de extranjeros, del documento que lo sustituya—, domicilio habitual y certificado o título escolar o académico que se posea —art. 16.2 LRBRL—.

Asimismo, aunque la Ley opte —como acaba de verse— por un criterio formal para determinar la condición legal de «residente», ello no significa en modo alguno que no haya de procurarse en todo momento que los datos formales del Padrón se correspondan con la realidad, es decir, que todas las personas que de hecho habiten

en un Municipio se inscriban, y adquieran así la condición de residentes. Por esta razón, la LRBRL —art. 15— establece que toda persona —por tanto, ya sea nacional o extranjera— que viva en territorio español tiene el deber de inscribirse en el Padrón del Municipio en el que resida habitualmente. Respecto de los menores e incapacitados, la obligación de empadronarlos corresponde a los padres, tutores o residentes mayores de edad con los que habiten. En caso de que se viva en varios Municipios debe empadronarse únicamente en aquel en que habitara durante más tiempo al año. De este modo, se quiere lograr que todas las personas que vivan en territorio español estén empadronadas en algún Municipio y sólo en uno, pues de lo contrario se duplicarían los derechos y deberes y se desvirtuarían las informaciones estadísticas. Ahora bien, la inscripción en el Padrón se articula de dos formas diferentes:

— *A solicitud del interesado por cambio de residencia.* Toda persona que cambie de residencia dentro del territorio español está obligada a inscribirse en el nuevo Municipio en el que va a vivir, sin que curiosamente la norma establezca un plazo para cumplir este deber. Para ello el interesado debe dirigirse directamente al Ayuntamiento del Municipio de destino solicitando el alta, y corresponde a éste comunicarla al Municipio de procedencia, donde se dará de baja en el registro. Ahora bien, a pesar de que la Ley habla de «solicitar» el alta de la inscripción, dado que la libre elección de residencia es un derecho fundamental —art. 19.1 CE—, debe entenderse que la actuación del Ayuntamiento es estrictamente reglada.

— *De oficio por el Ayuntamiento.* La inscripción en el Padrón del Municipio en el que se resida es —como acaba de verse— un deber legal. Asimismo, es claro que los Ayuntamientos tienen un legítimo interés a que consten legalmente como residentes quienes de hecho lo son, pues el dato de población oficial determina múltiples efectos. Así, por ejemplo, buena parte del montante de las aportaciones financieras del Estado a los Municipios depende del número oficial de habitantes, el cual determina también —como nos consta— el número de miembros de la Corporación municipal. Por ello, el ordenamiento faculta al Alcalde para, previa audiencia al interesado, inscribir de oficio a aquellos, españoles o extranjeros, que llevan más de dos años habitando en el municipio. Si el interesado acepta expresamente el alta de oficio, su declaración escrita implicará la baja automática en el padrón en el que hubiera estado inscrito hasta entonces. En caso contrario, el alta de oficio sólo podrá llevarse a cabo con el informe del Consejo de Empadronamiento, órgano de colaboración entre la Administración General del Estado y los Entes Locales en materia padronal.

Por último, en cuanto a los efectos de la inscripción en el Padrón, los datos que constan en el Padrón constituyen prueba no sólo de la residencia en el Municipio, sino también del domicilio habitual en el mismo —art. 16.1 LRBRL—. No obstante, la LRBRL —art. 18.2— precisa que la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente. Sin embargo, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, volvió a reformar la LRBRL —art. 16.1— para establecer que, en el caso de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente, la inscripción en el Padrón Municipal, que sólo surte efectos por el tiempo que subsista el hecho que la motivó, deberá renovarse cada dos años. El transcurso de este plazo, sin que el interesado proceda a la renovación, será causa para acordar la caducidad de la inscripción, la cual podrá declararse sin necesidad de audiencia previa al interesado.

2. DERECHOS GENERALES DE LOS CIUDADANOS EN SUS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2.1. TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

2.1.1. *Configuración*

La publicidad o transparencia de las Administraciones Públicas se considera hoy en día como un corolario ineludible de todo Estado democrático, en el cual los ciudadanos deben poder controlar el ejercicio del poder público, lo que requiere el acceso a las fuentes de información públicas. En este sentido, la Constitución —art. 105.b)— establece que la «Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos». De este modo, el derecho de acceso a los documentos administrativos constituye un derecho constitucional, si bien —debido a su ubicación fuera del Título I— la jurisprudencia —SSTS 30-1-1989 (RJ 1989\405), y 30-3-1999 (RJ 1999\3246)— considera que no es un derecho fundamental sino un derecho constitucional de configuración legal, interpretación que es hoy en día cuestionada a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual el acceso a las informaciones de interés público es el presupuesto para la libertad de información (sentencias de 14 de abril de 2009 y 26 de mayo de 2009).

Hasta fechas bien recientes, la ordenación general de este derecho se encontraba, bajo la rúbrica de derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, en la Ley 30/1992, y era marcadamente deficiente y restrictiva, como ha reconocido el propio legislador. Actualmente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), contiene una ordenación más acorde con el panorama internacional, a la que se remite la LPAC —art. 13.d)—. No obstante, esta ley se declara (Disposición Adicional 1.^a) de aplicación meramente supletoria respecto aquellas materias que tengan previsto un régimen legal específico de acceso a la información (como sucede en materia de acceso a la información ambiental). Asimismo, al tratarse de una ley básica, la Ley 19/2013 admite expresamente que pueda ser desarrollada por la correspondiente normativa autonómica —arts. 5.2 y 12—. Y, en tal sentido, la mayoría de las Comunidades Autónomas cuenta con una ley propia en la materia, en algunos casos anteriores a la propia LTBG. Véase Anexo legislativo incluido al final del Tema.

La transparencia de la actuación de los poderes públicos se articula hoy en día mediante dos elementos, la publicidad activa y el acceso a la información pública, los cuales responden a dinámicas diferentes. La publicidad activa implica la difusión por propia iniciativa de la información que obra en poder de los poderes públicos. En el acceso a la información pública es la ciudadanía la que toma la iniciativa, recabando de los poderes públicos información que obra en su poder.

2.1.2. *Publicidad activa*

La Ley 19/2013 impone a los sujetos obligados la publicación en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web, de forma periódica y actualizada, de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública —art. 5.1—. Y define un conjunto de obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. Así, en materia de información institucional, organizativa y de planificación exige la publica-

ción de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento —art. 8—. Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden ordenar un régimen más amplio en materia de publicidad, que puede alcanzar a datos personales, siempre y cuando exista la correspondiente cobertura en norma con rango de ley —art. 11 LOPD—, con el límite infranqueable de los datos de carácter personal especialmente protegidos —art. 5.3—. Incluso las entidades locales están habilitadas para ampliar los deberes de publicidad activa previstos en las leyes, si bien tal publicidad no podrá alcanzar a los datos personales, debido a la mencionada reserva de ley —art. 11 LOPD—.

Para canalizar la publicación de tan ingente cantidad de información y facilitar el cumplimiento de estas obligaciones de publicidad activa, la Ley contempla la creación, en el ámbito de la Administración General del Estado, de un Portal de la Transparencia, que debe publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía —art. 10.2—. <http://transparencia.gob.es/>

2.1.3. *Sujetos del derecho de acceso*

Aun cuando tanto la Ley 30/1992 como la LRBRL —art. 70.3— atribuyeron este derecho a los «ciudadanos», la jurisprudencia admitió expresamente la titularidad de este derecho por parte de extranjeros y personas jurídicas (STS 23-5-2007, Ar. 3.311), si bien se cuestionó si el derecho podía ser ejercitado por una Administración pública (STS 3 de junio de 2011, recurso 2849/2007). En todo caso, de modo inequívoco, la Ley 19/2013 declara que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley —art. 12—. De este modo, puede afirmarse que este derecho informativo es de titularidad universal.

Cuestión diferente a la de la titularidad es la legitimación para ejercer el derecho, es decir, la acreditación o alegación del ejercicio de un derecho o interés legítimo para acceder a la información. En este punto, la Ley 30/1992 estableció que los ciudadanos en general sólo podían acceder a los documentos relativos a procedimientos administrativos ya terminados. Por su parte, la Ley 19/2013 no impone ya esta exigencia, y declara expresamente que el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información —art. 17.3—.

De otro lado, mientras la Ley 30/1992 únicamente admitía como sujetos obligados a las Administraciones públicas, la Ley 19/2013 incluye, además, a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, así como a los órganos constitucionales y estatutarios (como el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, la Casa real o el Consejo General del Poder Judicial) «en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo» —art. 2.1—. Pero, además, de modo indirecto, se establece que las personas físicas y jurídicas privadas no pertenecientes al sector público que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de sus obligaciones de transparencia (art. 4).

2.1.4. Objeto del derecho de acceso

Aun cuando la Constitución refiere este derecho a los «archivos y registro administrativos», criterio seguido en su día por la Ley 30/1992, la Ley 19/2013 refiere el derecho a la «información pública», entendiéndose por tal los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos antes indicados y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones —art. 13—.

En todo caso, la información o el documento ha de existir como tal en el momento en que se solicite el acceso, pues este derecho no comprende el derecho a elaborar documentos o informaciones aún no producidos (STS de 2-6-2000, RJ 2000\6733). Así, la Ley 19/2012 contempla como causa de inadmisión que la solicitud se refiera a «información que esté en curso de elaboración», o bien que se refiera a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración —art. 18.1.a) y c)—. Asimismo, alguna ley autonómica declara excluidas las consultas jurídicas o las peticiones de informes o dictámenes. Es decir, no se reconoce un derecho a obtener informaciones «a la carta» o «a demanda», en la medida en que requieren un trabajo completo de elaboración *ad hoc* por parte de la autoridad pública.

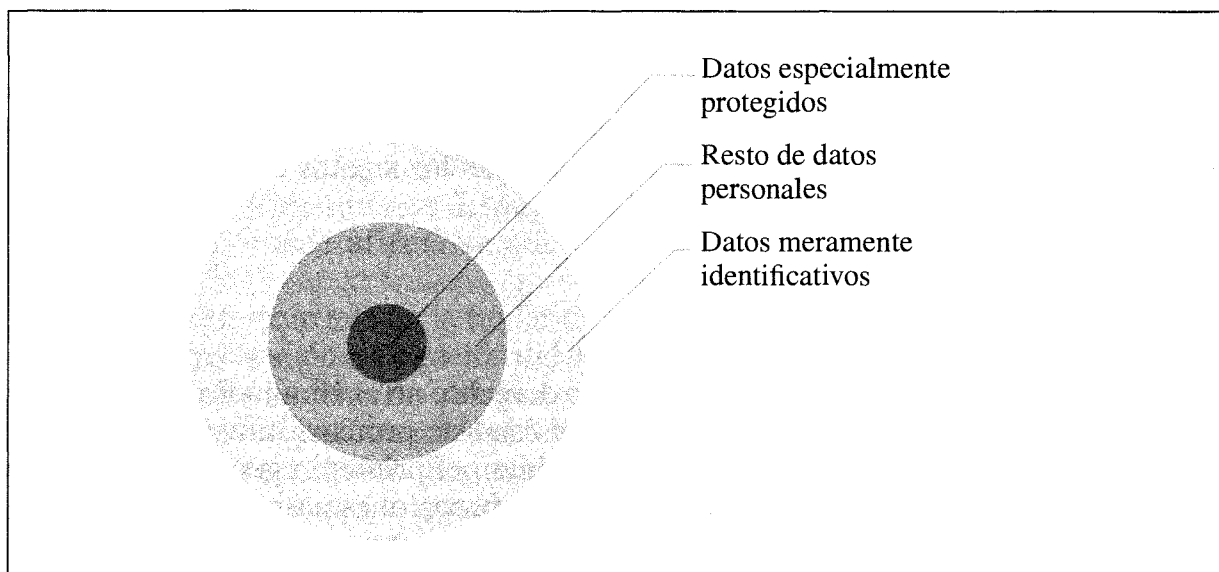
Respecto al contenido de la información, éste puede plasmar cualquier acto de la Administración, ya sean actos administrativos propiamente dichos, definitivos —resoluciones, licencias, concesiones...— o de trámite —actas de un órgano colegiado, informes, propuestas de resolución, actas de inspección, instrucciones, circulares...—, o ya sean actos de la Administración sujetos al Derecho Privado —p. j., contratos civiles—. Pero, además, debe observarse que el derecho de acceso no se circunscribe a los documentos producidos por la propia Administración o sujeto obligado, sino que también se considera información pública, a estos efectos, los documentos producidos por los propios administrados y en poder de los sujetos obligados (solicitudes, propuestas, facturas, reclamaciones...).

2.1.5. Límites del derecho de acceso

El derecho de acceso, como cualquier otro derecho, no es ilimitado, sino que está sujeto a ciertos límites justificados en la necesidad de protección de determinados derechos y principios constitucionales. Ahora bien, el principio general debe ser la publicidad y los límites a ésta deben constituir excepciones a esa regla general, y, como tales, han de tener un carácter tasado y deben ser interpretadas de modo estricto. La Ley 19/2013 ordena que la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso —art. 14.2—. De otro lado, aun cuando la Ley no lo explicita, de la economía de la Ley se desprende que los límites previstos en la misma tienen un carácter tasado. Asimismo, como manifestación de este criterio de proporcionalidad, se admite el acceso parcial a la información: en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en la Ley no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida —art. 16—.

— *Límites por razones de interés público.* La Ley 19/2013 —art. 14.1— establece que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para un conjunto muy amplio de intereses públicos, algunos de extraordinaria amplitud: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; la política económica y monetaria; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; o la protección del medio ambiente. Con todo, salvo en el caso de la información que se solicite tenga la calificación de «materia clasificadas», cuya no divulgación se impone al aplicador (salvo que se trate del Gobierno y acuerde la descalificación), en el resto de los casos habrán de aplicarse los criterios mencionados (prueba del daño y ponderación de intereses).

— *Límites por razones de interés privado.* La Ley 19/2013 contempla diversos intereses y bienes jurídicos privados, como la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; los intereses económicos y comerciales (expresión extraordinariamente amplia, que parece referirse el *secreto comercial e industrial* de las empresas, es decir, la información relativa a procesos de producción, estrategias comerciales, etc., y cuya difusión pueda perjudicar a su competitividad); o el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. Pero, sobre todo, destaca en este punto el límite derivado de la protección de los datos personales. De la Ley 19/2013 —art. 15— se desprende el siguiente esquema:



— Si la información solicitada únicamente contiene datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, con carácter general, se concederá el acceso a la misma, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida.

— Si la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano deberá realizar una ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Para la realización de la citada ponderación, dicho

órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios: *a)* el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español —art. 47—; *b)* la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos; *c)* el menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos; *d)* la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

— Si la información incluye datos especialmente protegidos, de acuerdo la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal —art. 7—, el acceso únicamente se podrá autorizar, en principio, en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

2.1.6. *Ejercicio del derecho de acceso*

— *Solicitud de acceso a la información.* El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud, que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Como se señaló antes, el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud —art. 17.3—.

— *Causas de inadmisión.* Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes —art. 18.1—: *a)* Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. *b)* Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. Esta causa de inadmisión parece relacionada con la regla de la LPAC —art. 70.4—, según la cual no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento. Por tanto, puede defenderse que, al menos, los informes, tanto preceptivos como facultativos, que forman parte del procedimiento, son accesibles. *c)* Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. *d)* Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. *e)* Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

— *Tramitación.* Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como de la suspen-

sión del plazo para dictar resolución —art. 19.2—. Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso.

— *Resolución*. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante —art. 20.1—. Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada —art. 20.4—.

— *Formalización del acceso*. El acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio. Cuando no pueda darse el acceso en el momento de la notificación de la resolución deberá otorgarse, en cualquier caso, en un plazo no superior a diez días. Si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información. El acceso a la información será gratuito. No obstante, la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente al original podrá dar lugar a la exigencia de exacciones en los términos previstos en la legislación de tasas y precios públicos que resulte aplicable —art. 22.4—.

— *Régimen de impugnaciones*. Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa, de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno u órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas —arts. 20.5 y 24.1 y disposición adicional cuarta—. La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada —art. 24.4—.

Órgano competente en materia de reclamaciones

C. A.	Órgano	Naturaleza	Competencia
Andalucía	Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía	Entidad pública	Director
L. Rioja	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno AGE	—	—
R. Murcia	Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia	Órgano colegiado	Consejo
Canarias	Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública	Órgano unipersonal, vinculado al Parlamento	Comisionado
Cataluña	Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública	Órgano colegiado, vinculación Parlamento y Gobierno	Comisión
Castilla y León	Comisión de Transparencia	Órgano colegiado adscrito al Procurador del Común	Comisionado
Aragón	Consejo de Transparencia	Órgano adscrito a la Administración autonómica	Consejo
C. Valenciana	Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno	Órgano adscrito a la Administración autonómica	Comisión ejecutiva
Galicia	Comisión de la Transparencia	Órgano colegiado independiente adscrito al Valedor del Pueblo	Comisión

2.2. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

2.2.1. *Configuración y límites*

La Constitución de 1978 es fiel reflejo de las tendencias favorables a la participación ciudadana en los asuntos públicos de la época en que es promulgada. Así, en su texto abundan los mandatos o llamadas a la participación —arts. 9.2, 27.5, 48, 51.1, 87.3, 105.a), 131.2...—. Pero, sobre todo, destaca el artículo 23.1 CE, según el cual los ciudadanos tienen el derecho fundamental a «participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». A partir de este precepto, un sector de la doctrina (PÉREZ MORENO, SÁNCHEZ BLANCO) ha inferido que el derecho a participar en las funciones administrativas es un derecho fundamental. En cambio, el Tribunal Constitucional —SSTC 51/1984, 119/1995, 166/2001— ha declarado que la participación en los asuntos públicos a la que se refiere el art. 23.1 CE es la participación «política» —la que se realiza mediante referéndum y elecciones a representantes en las asambleas legislativas y Corporaciones Locales—, pero no la participación «administrativa» en asuntos concretos, para la cual se requiere de un especial llamamiento legal.

En todo caso, esta participación administrativa sí tiene un fundamento general y expreso en el art. 129.1 CE, según el cual la «Ley establecerá las formas de participación de los interesados *en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar social*». A partir de este fundamento, puede decirse que el derecho a la participación administrativa en los casos previstos en dicho precepto es un *derecho constitucional* si bien *de configuración legal*. Y, en el resto de los casos, se trata de un *derecho de creación legal*.

El impulso de la participación ciudadana es especialmente relevante en aquellos ámbitos en los que están en juego los intereses colectivos. Así, debe destacarse que, en materia urbanística, se declara el derecho de los ciudadanos a participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental [RDL 2/2008 TR Ley del Suelo —art. 4.e)—]; y, en materia medioambiental, debe garantizarse que el público tenga posibilidades reales de participar en la elaboración de los planes y proyectos con importante impacto ambiental (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).

Hasta fechas recientes, la ordenación general de la participación ciudadana en la Administración pública estaba contenida en la legislación de régimen local. Así, la LRBRL —art. 18.1— declara que los vecinos tienen derecho a participar en la gestión municipal, si bien remitió —art. 69.2 LRBRL— la determinación de las formas, medios y procedimientos para articular esta participación a la potestad de autoorganización de cada Corporación Local. No obstante, la LRBRL estableció un límite a las fórmulas y mecanismos de participación ciudadana en la gestión administrativa, en el sentido de que no pueden menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley —art. 69.2— Asimismo, para impulsar esta participación, la reforma de la LRBRL efectuada por la Ley 57/2003 estableció que los Ayuntamientos «deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico (es decir, aprobadas por mayoría absoluta) procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales», si bien la Ley no prevé consecuencia alguna en caso de incumplimiento de este mandato.

No obstante, recientemente algunas Comunidades Autónomas han aprobado Leyes propias de participación ciudadana aplicables a la Administración autonómica (como la Ley 5/2010, de 21 de junio, canaria de fomento a la participación ciudadana), tendencia impulsada por las recientes leyes de transparencia y buen gobierno (citadas en el Anexo legislativo), y en las que se ordenan diversos instrumentos de participación ciudadana (audiencias, foros de consulta, paneles ciudadanos, jurados ciudadanos...).

2.2.2. *Las modalidades de participación funcional*

Está muy extendida en la doctrina la distinción entre una participación «funcional» y una participación «orgánica» (GARCÍA DE ENTERRÍA). En relación a las primeras, aun cuando existen otras fórmulas, como las *audiencias públicas*, esto es, reuniones informales en sesión pública entre representantes de la Administración y los ciudadanos para discutir o debatir sobre un asunto, las vías de participación ciudada-

na directa más importantes son las *iniciativas populares*, las *consultas populares locales* y las *informaciones públicas* (cuyo estudio tiene lugar en el Tema referente a la estructura del procedimiento administrativo) (Figura 1).

FIGURA 1

Clases de participación administrativa

PARTICIPACIÓN ORGÁNICA	ÓRGANOS COLEGIADOS DE COMPOSICIÓN PARTICIPATIVA	COMPOSICIÓN	CARÁCTER
		MINORITARIA	DECISORIO
		PARITARIA	
		MAYORITARIA	CONSULTIVO
PARTICIPACIÓN FUNCIONAL	INICIATIVAS POPULARES CONSULTAS POPULARES LOCALES TRÁMITES DE INFORMACIÓN PÚBLICA	CARÁCTER CONSULTIVO	

— *Las iniciativas populares*. En la línea enunciada de impulso de los mecanismos de participación ciudadana, la Ley 57/2003 de reforma de la LRBRL introdujo expresamente el derecho de los ciudadanos a ejercer la iniciativa popular —art. 18.1.h)—. Se trata, no obstante, de un derecho de ejercicio colectivo, pues la iniciativa popular debe estar suscrita, al menos, por un porcentaje de vecinos del municipio, que varía en función de una tabla (hasta 5.000 habitantes, el 20 por 100; desde 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 por 100; a partir de 20.001 habitantes, el 10 por 100). Más cuestionable es el criterio de la LRBRL —art. 70 bis— de restringir este derecho a los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, pues no se trata en sentido estricto de un derecho político. Asimismo, como es lógico, la iniciativa popular debe tratar sobre propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal (por ejemplo, una propuesta de ordenanza o de realización de obras públicas o de implantación o mejora de servicios públicos locales).

En todo caso, debe subrayarse que el derecho a formular iniciativas populares no comporta el derecho a que tales iniciativas sean acogidas en todo caso y en sus justos términos por el Ayuntamiento, pues ello supondría sustituir en sus funciones a los órganos representativos, algo prohibido —como nos consta— por la LRBRL —art. 69.2—. Como derecho de participación directa en los asuntos municipales, el derecho a la iniciativa ciudadana se contrae a dos obligaciones: primero, que la propuesta sea debatida, en todo caso, en el Pleno de la Corporación, con independencia de cuál sea el órgano competente para decidir si aprueba o no —y, en su caso, en qué términos—, la iniciativa popular; y segundo, que el órgano competente por razón de la materia (básicamente, Pleno o Alcalde en los Ayuntamientos de régimen general, y Pleno, Junta de Gobierno y Alcalde en los Municipios de gran población), se pronuncie expresamente sobre la

iniciativa. Por ello, la iniciativa popular puede considerarse una modalidad *específica* (al versar exclusivamente sobre asuntos de interés público de competencia municipal) y *cualificada* (al estar respaldada por una parte importante de la ciudadanía del municipio) del derecho genérico de petición —que se trata más adelante—.

— *Las consultas populares*. La LRBRL —art. 18.1.f)— reconoce a los vecinos el derecho a pedir la consulta popular «en los términos previstos en la Ley» y la propia LRBRL —art. 71— establece algunas condiciones, si bien remite en el resto a la «legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello». Sin embargo, hasta la fecha sólo en tres Comunidades Autónomas (Cataluña, Andalucía y Navarra) se ha procedido a regular de modo completo esta institución. En todo caso, la consulta debe versar sobre asuntos de competencia propia municipal y que sean «de especial trascendencia» para los vecinos, lo que debe interpretarse en el sentido de asuntos en relación con los cuales exista una posibilidad lícita de elección (competencias discrecionales), de modo que esta vía no es ejercitable en relación con las competencias de ejercicio reglado. Además, la exigencia de que se trate de asuntos de competencia propia local no debería entenderse de forma estricta, en el sentido de asuntos de la «exclusiva» competencia local, pues —como es sabido— la práctica totalidad de las materias son de competencia compartida con instancias territoriales superiores [en este sentido, STS 23-9-2008 (rec. 474/2006); STS 15-11-2012 (Rec. 546/2010)]. Ahora bien, la exigencia adicional de que se trate de asuntos de carácter «local» sí puede interpretarse en el sentido de que no concurra un interés supramunicipal prevalente.

Desde el punto de vista del procedimiento, la iniciativa para someter a los ciudadanos a una consulta popular local puede partir tanto de oficio del Ayuntamiento o de los propios ciudadanos empleando para ello el mecanismo antes tratado de la iniciativa popular —art. 70 bis—. Pero, en todo caso, la consulta debe ser aprobada por el Pleno del Ayuntamiento mediante mayoría absoluta y, posteriormente, autorizada por el Gobierno de la Nación —art. 149.1.32.^a CE—. Sobre estos actos conviene formular algunas observaciones. En contra de alguna jurisprudencia, debe entenderse que en el caso de que la consulta haya sido impulsada mediante una iniciativa popular, el Ayuntamiento únicamente puede denegar válidamente la aprobación de la convocatoria de la consulta si ésta adolece de alguno de los requisitos legales (número mínimo de firmas acreditadas o bien se refiere a materias excluidas de la consulta), tal como se establece expresamente en alguna norma autonómica (Ley Foral 27/2002 —art. 7.6—).

De otro lado, en caso de convocatoria de la consulta, la LRBRL no determina quiénes pueden participar en la misma, por lo que no debería existir inconveniente para abrir este proceso participativo a todos los vecinos mayores de edad. Finalmente, y en apoyo de la afirmación anterior, debe observarse que el resultado de la consulta no vincula jurídicamente al Ayuntamiento, pues —como los demás mecanismos participativos— la consulta popular local no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio —art. 69.2 LRBRL—.

2.2.3. *La participación orgánica*

La llamada participación orgánica consiste en la creación —y funcionamiento— de órganos colegiados integrados no sólo por representantes de la Administración sino parcial o exclusivamente por representantes de determinadas organizaciones sociales. De hecho, en nuestro ordenamiento han proliferado estos órganos de compo-

sición participativa, con muy diversas denominaciones —Consejos, Comités, Juntas, Comisiones...—. A diferencia de las anteriores modalidades de participación en las cuales podía intervenir cualquier ciudadano, en ésta participan exclusivamente determinados sujetos que actúan en representación de una concreta organización social —organizaciones sindicales, empresariales, de consumidores...—. Es importante subrayar que estas personas no ostentan la representación legal de los intereses del colectivo de que se trate —trabajadores, empresarios, consumidores...—, sino los de la entidad que las designa, y sólo de un modo indirecto e indiciario puede decirse que defienden los intereses de esos colectivos relacionados con las organizaciones sociales que representan.

Con estas fórmulas orgánicas de participación la Administración busca la concertación y aceptación de las medidas públicas con los principales agentes sociales de cada sector o con aquellos a los que políticamente interesa potenciar. Por esta razón, en la práctica, se ha privilegiado la participación de determinadas organizaciones sociales —como las sindicales, profesionales y empresariales—, con gran capacidad de presión —por ejemplo, de movilización social o de audiencia en los medios de comunicación social—, en detrimento de otras organizaciones sociales —como las de consumidores, de defensa del medio ambiente, o de vecinos— a las que se les otorga una participación francamente marginal. Ahora bien, lo cierto es que este tipo de participación, por su carácter exclusivo y privilegiado, presenta el riesgo de potenciar un «corporativismo» de nuevo cuño (SÁNCHEZ MORÓN); es decir, que los intereses sectoriales o parciales —los de un colectivo o grupo social— prevalezcan o al menos condicionen los intereses generales —los del conjunto de la comunidad—.

De hecho, como expresión cualificada de esta participación orgánica, debe mencionarse la llamada «participación institucional», que, de acuerdo con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical —arts. 6.3.a) y 7.1—, ostentan ante las Administraciones públicas las organizaciones sindicales y empresariales que tengan la consideración de «más representativas», considerada como parte integrante del contenido adicional del derecho de libertad sindical (STC 39/1986). Una de las manifestaciones más comunes de esta participación social son los Consejos Económicos y Sociales, pero, además, esta participación y colaboración institucional de las Organizaciones Sindicales y Empresariales Representativas ha sido objeto de ordenación general en algunas Comunidades Autónomas (Galicia, Cantabria, Islas Canarias, Illes Balears, C. Valenciana, Navarra).

Por otro lado, debido al límite antes mencionado, en general estos órganos de composición participativa desempeñan funciones consultivas, de propuestas y asesoramiento. De modo que, si bien en algunos casos esa consulta es preceptiva, es decir, obligatoria para la Administración, por lo general su sentido no será vinculante para ella. Por lo demás, la LRJSP —art. 15.2— prevé algunas peculiaridades para estos órganos: no se integran en la estructura jerárquica de la Administración, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado, y ostentan una cierta capacidad para establecer sus propias normas de funcionamiento interno.

2.3. LA COLABORACIÓN PRIVADA EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Todavía en estos supuestos de autoadministración está implícita la idea de participación ciudadana, pues en el fondo el legislador considera preferible encomendar la gestión determinados intereses públicos a los propios colectivos directamente afectados y

representados en la organización corporativa. Sin embargo, el actual fenómeno de la colaboración privada se extiende hoy en día mucho más allá de estos supuestos de auto-administración, para conformar una verdadera alternativa, estable y organizada, a la actuación directa por parte la Administración en el ejercicio de las funciones públicas, y que se encomienda, no ya a los propios colectivos directamente concernidos, sino a terceros que no tienen relación alguna con los destinatarios de su actividad materialmente pública.

Aunque este fenómeno de colaboración privada con la Administración en el ejercicio de funciones públicas se está extendiendo a múltiples funciones públicas (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ), cabe destacar su empleo en la actividad de fomento o de dispensación de subvenciones por parte de las Administraciones Públicas —tal como se aludirá en el Tema correspondiente—, así como en la actividad de inspección y control técnico de la actividad de terceros en los más diversos ámbitos —industria, vehículos, edificaciones, medio ambiente...—. Por lo general, para fundamentar este fenómeno se acude al principio de eficacia, en el sentido de descargar a la Administración de una función crecientemente compleja derivada del propio contenido técnico de las normas a aplicar, al tiempo que se abren campos nuevos a la iniciativa privada y, en su caso, al mercado. La consecuencia sustancial es que la actividad de control a cargo de la Administración pasa a un segundo plano: intervendrá cuando surja un desacuerdo entre los sujetos pasivos y las entidades colaboradoras, así como para supervisar la actividad de control de las propias entidades colaboradoras, de modo que vendría a constituir una especie de segunda línea defensiva de la legalidad.

En todo caso, y en coherencia con el principio de irrenunciabilidad de las competencias administrativas (art. 8.1 LRJSP), parece razonable entender que sólo por Ley se puede facultar a la Administración para que ésta habilite a un sujeto particular para el ejercicio de tan incisivas funciones públicas. La finalidad del *sistema de habilitación* consiste en garantizar que las entidades colaboradoras y su personal técnico cumplen los requisitos de capacidad, independencia, imparcialidad y responsabilidad establecidos en cada caso por el ordenamiento (así Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña —art. 92).

Asimismo, la Administración responsable de la función pública debe supervisar las actuaciones de las entidades colaboradoras en el ejercicio de sus funciones públicas, y, en caso de incumplimiento grave de las obligaciones a las que están sujetos las entidades habilitadas o sus técnicos, la Administración podrá acordar la suspensión o la retirada definitiva de la habilitación a la entidad colaboradora.

Por último, con objeto de salvaguardar la dimensión pública de esta actividad, debe postularse que, independientemente de cuál sea el título habilitante para el desarrollo de estas funciones —concesión o autorización, principalmente—, en caso de conflicto entre la entidad colaboradora y el sujeto inspeccionado, no se trata de un mero conflicto entre dos particulares que deba dirimirse por los órganos judiciales del orden jurisdiccional civil, sino que se trata de una relación jurídico-administrativa y, por tanto, el conflicto debe resolverse, en primera instancia, por la Administración titular de la función delegada (así Ley 26/2010 de Cataluña —art. 96), y, en su caso, por los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo (así STS de 24-9-1999).

2.4. EL DERECHO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Para precisar la posición subjetiva de los ciudadanos en relación con los servicios públicos deben diferenciarse tres planos.

2.4.1. *El derecho a la creación y mantenimiento de los servicios públicos*

Con carácter general, no existe un derecho subjetivo a la implantación de los servicios públicos, pues se suele reconocer a la Administración una potestad discrecional para decidir acerca de la implantación (y supresión) de un establecimiento o centro público, entre otras razones por las consecuencias de índole presupuestaria que ello supone, así como de distribución en el territorio de los recursos y equipamientos públicos. No obstante, en el ámbito local, la LRBRL —art. 18.1.g)— reconoce a los vecinos el derecho a exigir el establecimiento del correspondiente servicio público, «en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio» (es decir, los servicios municipales mínimos relacionados en el art. 26.1 LRBRL). Y, en este sentido, el T.R. de la Ley de Haciendas Locales —art. 170— faculta a los vecinos para formular reclamaciones contra el presupuesto municipal por omitir el crédito «necesario» para el cumplimiento de las obligaciones exigibles al Ayuntamiento en virtud de precepto legal. El problema se presenta cuando la Ley delimita a algunos servicios mínimos de un modo abstracto o genérico («medio ambiente urbano»). Asimismo, lo cierto es que la inclusión en el presupuesto del crédito correspondiente no equivale evidentemente a la implantación efectiva del servicio, de modo que esta fórmula presenta una eficacia muy relativa (GARCÍA DE ENTERRÍA).

2.4.2. *El derecho de acceso a los servicios y prestaciones públicas*

En la delimitación del derecho de acceso al servicio o prestación ya implantada pueden diferenciarse, a su vez, dos tipos de problemas. De un lado, el servicio o prestación puede tener un destinatario universal o puede reservarse a determinados tipos de colectivos. A este respecto, es claro que las normas que regulen el derecho a acceder a los centros y prestaciones públicas deben respetar el derecho al acceso igualitario a los servicios públicos, de modo que no deben contener discriminación alguna por razón de sexo, raza o religión, ideología o cualquier otra condición o circunstancia personal o social —art. 14 CE—. Ahora bien, esta exigencia no impide que, en cumplimiento del mandato constitucional de promover la igualdad material de las personas y grupos —art. 9.2 CE—, las normas puedan contener una discriminación positiva o compensatoria en favor de determinados colectivos, si bien tal delimitación de los destinatarios del servicio debe realizarse atendiendo a criterios razonables y objetivos (por ejemplo, personas mayores, discapacitadas...), y no arbitrarios. En tal sentido, debe señalarse que los nuevos Estatutos de Autonomía vienen a declarar el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos (EA Cataluña —art. 30.1—, EA Aragón —art. 16.1—), así como leyes dirigidas explícitamente a esta finalidad (como la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia).

De otro lado, puede suceder que el servicio o centro tenga una capacidad de admisión o respuesta limitada (por ejemplo, una operación quirúrgica en el servicio de salud o el acceso a una plaza en un centro de servicios sociales), o la prestación económica esté limitada por la correspondiente consignación presupuestaria. En tales casos es preciso definir los criterios que van a determinar la preferencia o prioridad en el acceso al servicio o prestación. A este respecto, el criterio más objetivo es el temporal (el llamado «régimen de cola»), en virtud del cual prevalece la regla *prior tempore potior iure*. Pero este criterio no es necesariamente el más idóneo para la asignación de los recursos públicos, por lo que puede ser sustituido por otros criterios más equitati-

vos, como el grado de necesidad objetiva del servicio, la situación sociofamiliar y económica del solicitante (por ejemplo, Leyes de Administración Local de Galicia 5/1997 —art. 297—, Aragón 7/1999 —art. 199— y La Rioja 1/2003 —art. 200—).

Asimismo, en relación con el acceso a los bienes y servicios a disposición del público deben tenerse en cuenta dos principios de alcance transversal, como son los relativos a las políticas en materia de discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad —art. 2—), y el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres —art. 15—). Además, debería generalizarse un derecho ciudadano a recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos (EA Castilla y León —art. 12—).

2.4.3. *La posición del usuario de los servicios públicos: la calidad de los servicios públicos*

En general, cuando el ciudadano accede finalmente a un servicio público, sobre todo si éste supone una relación no episódica sino continuada, el ya usuario del servicio público accede a un conjunto de derechos y también de deberes que conforman un régimen estatutario, y que en función de los casos puede suponer una relación de especial sujeción. Aun cuando tal régimen es muy diverso, pueden destacarse dos cuestiones. De un lado, debe entenderse que, si las características o la naturaleza del servicio lo permiten, la Administración debe establecer las técnicas de participación de los usuarios en la prestación del servicio, con la finalidad de garantizar su adecuado funcionamiento y su mejora (por ejemplo, Ley de Galicia 5/1997 de Administración Local —art. 298—). Y, de otro lado, debe destacarse el derecho a la calidad de las prestaciones del servicio público, para lo cual la Administración debe implantar modelos de gestión que posibiliten su mejora continua y la evaluación de la calidad (por ejemplo, Ley de Navarra 15/2004 de la Administración —art. 13—; Ley de las Islas Baleares 3/2003 de la Administración —art. 39—), así como deben generalizarse las cartas de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores (EA Cataluña —art. 30.3—; EA Andalucía —art. 137—). Aun cuando carece de fuerza vinculante, puede mencionarse la llamada «Carta de compromisos con la calidad de las administraciones públicas españolas», aprobada por la Conferencia Sectorial de Administración Pública celebrada el 16 de noviembre de 2009.

En relación con las *Cartas de Servicios*, en el ámbito de la Administración del Estado, se encuentran ordenadas por el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, y disposiciones similares se encuentran en los ordenamientos autonómicos. De acuerdo, con el RD 951/2005, las Cartas de Servicios son documentos escritos de acceso público que contienen un conjunto de informaciones de interés para los ciudadanos en relación con los órganos y organismos de la Administración: servicios que presta, derechos concretos de los ciudadanos y usuarios en relación con los servicios; forma de colaboración o participación de los ciudadanos y usuarios en la mejora de los servicios, disponibilidad de libros de quejas y sugerencias, compromisos de calidad —como plazos previstos para la tramitación de procedimientos, horarios y lugares de atención al público, indicadores para la evaluación de la calidad...—.

La resolución por la que se aprueba cada carta de servicios debe publicarse en el *BOE*, y las cartas deben estar a disposición de los ciudadanos en todas las dependencias administrativas del organismo correspondiente con atención al público así como en la dirección de Internet www.060.es —art. 11.4—. Además, para que este instrumento no se banalice, es fundamental que se realice un control continuo del grado de cumplimiento de los compromisos declarados en su carta de servicios, a través de los indicadores establecidos al efecto, del análisis de las reclamaciones por incumplimiento de aquéllos y de las evaluaciones de la satisfacción de los usuarios —art. 12.1—.

2.4.4. *El derecho a formular quejas y sugerencias*

Vinculado a la calidad de los servicios públicos, en el ámbito de la Administración del Estado, se regula en el citado RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se ordena el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, y disposiciones similares se encuentran en los ordenamientos autonómicos. Además, el derecho a formular quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos ha sido reconocido expresamente en algún Estatuto de Autonomía (EA Castilla y León —art. 12—). El problema estriba en la ausencia de normas generales aplicables a las Administraciones Locales. No obstante, debe recordarse que la reforma de la LRBRL —art. 132.1— operada por la Ley 57/2003 obliga a los municipios de gran población a crear un órgano, que en el resto de los Municipios tiene carácter facultativo —art. 20.1.d) LRBRL—, que denomina *Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones*, para la defensa de los derechos de los vecinos ante la Administración municipal.

Las *sugerencias* son iniciativas que formulan los usuarios para mejorar la calidad de los servicios. Por su parte, las *quejas* son manifestaciones de insatisfacción de los usuarios con los servicios recibidos, y los motivos que justifican su formulación son muy variados, como las tardanzas, desatenciones o por cualquier otro tipo de actuación irregular que los ciudadanos observen en el funcionamiento de las dependencias administrativas o, en general, de la actividad administrativa. Por tanto, no se trata propiamente de actuaciones ilegales con relevancia procedimental, para las cuales existen otros mecanismos de reacción por parte de los afectados, sino que estas figuras están pensadas para los casos de mal funcionamiento del servicio administrativo —p. j., incumplimiento de horarios de atención al público—. De aquí que estas figuras carecen de la naturaleza de recursos administrativos, pues su función estriba, más que en la tutela de los eventuales derechos e intereses legítimos del ciudadano que formula la queja o sugerencia, en la creación de cauces para la mejora del funcionamiento objetivo de la Administración. Así, en algún caso se prevé un reconocimiento público de aquellas sugerencias que hayan posibilitado una mejora de los servicios (Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Castilla y León —art. 29—).

Las quejas y sugerencias deben formularse por escrito, bien presencialmente mediante la cumplimentación del formulario correspondiente, bien por correo postal, o bien por medios telemáticos —debiendo en este caso estar suscritas con la firma electrónica del interesado—. Para el ciudadano que formula la queja o sugerencia, el principal efecto de la misma consiste en el derecho a obtener una contestación. La dependencia afectada por una queja o sugerencia debe informar, en el plazo de 20 días hábiles, al ciudadano de las actuaciones realizadas y de las medidas, en su caso, adoptadas —art. 16 Real Decreto 951/2005—. Si transcurrido el plazo anterior el ciudadano no hubiera obtenido ninguna respuesta de la Adminis-

tración, podrá dirigirse a la Inspección a fin de conocer los motivos que han originado la falta de contestación y solicitar la adopción de las medidas oportunas. Ahora bien, dado que las quejas no tienen en ningún caso la calificación de recurso administrativo, en consecuencia, su interposición no paraliza los plazos establecidos en la normativa vigente para la formulación de los recursos procedentes ni, al mismo tiempo, condiciona, en modo alguno, el ejercicio de otras acciones o derechos por aquellos que se consideren interesados en el procedimiento —art. 19 Real Decreto 951/2005—.

2.5. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

A partir del art. 18.4 CE, según el cual la «ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», el Tribunal Constitucional ha delimitado el derecho a la protección de los datos personales como un derecho fundamental autónomo y distinto del derecho a la intimidad (art. 18.1. CE), y cuya finalidad es garantizar a las personas un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado (STC 292/2000).

Su desarrollo normativo de cabecera se encuentra en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), desarrollada a su vez por el Real Decreto 1.720/2007, de 21 de diciembre. Este derecho se aplica a cualquier relación jurídica, incluidas las relaciones entre particulares, si bien presenta notables particularidades cuando el tenedor de los datos es una Administración pública, pues las Administraciones públicas recaban a través de distintos medios (incluidos los deberes legales de información) gran cantidad de datos personales de los ciudadanos, archivándolos en ficheros que configuran una información extremadamente sensible, pues facilitan perfiles muy definidos de cada sujeto (ingresos, propiedades, enfermedades...).

2.5.1. *Presupuestos para la aplicación de la LOPD*

La aplicación de la LOPD —art. 2.1— requiere dos premisas, una relativa al contenido de la información y otra a la estructura en la que se contiene. De un lado, es necesario que la información en cuestión contenga «datos de carácter personal», esto es, cualquier información (numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo) concerniente a personas físicas identificadas o identificables —art. 3.a)— y, además, vivas. Por tanto, este derecho no alcanza a los datos referidos a personas jurídicas ni a las personas físicas fallecidas (art. 2 RD 1.720/2007). De otro lado, los datos de carácter personal han de estar registrados en un «fichero», entendiéndose por tal todo conjunto organizado de datos de carácter personal que los haga susceptibles de tratamiento. Y debe aquí subrayarse que no es necesario que se trate de un fichero automatizado, sino que también se incluyen los ficheros no automatizados siempre que su organización permita acceder sin esfuerzos desproporcionados a sus datos personales (art. 5 RD 1.720/2007). Además, la LOPD tampoco será de aplicación si se efectúa un previo procedimiento de disociación de los datos personales, de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable alguna —art. 11.6 LOPD—.

2.5.2. Clases de datos personales

— *Datos públicos y datos protegidos.* No todo dato ligado a una persona tiene la misma protección —art. 7 LOPD—, lo que permite graduar el nivel de seguridad de los ficheros en función de la naturaleza del dato, (FERNÁNDEZ SALMERÓN, GUICHOT) distinguiéndose así entre:

1) Datos «públicos»: son aquellos que la Ley declara expresamente de libre utilización y se encuentran en fuentes accesibles al público —art. 3 *i*) LOPD—, como el censo (electoral) promocional (que se envía a los partidos en períodos electorales), los listines telefónicos, los diarios y boletines oficiales, los medios de comunicación y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales. En relación a este tipo de ficheros el interesado puede declarar su negativa a que los datos figuren en fuentes accesibles al público.

2) Datos protegidos: son los que gozan de algún tipo de protección, que a su vez puede clasificarse en tres niveles —art. 7—:

a) *Nivel de protección alto:* afecta a los datos más sensibles, como los relativos a la ideología (afiliación sindical o a partidos políticos), religión y creencias, origen racial, salud (datos sanitarios), y vida sexual. Estos datos sólo pueden ser recabados con consentimiento expreso del interesado o cuando una Ley lo prevea expresamente.

b) *Nivel de protección medio:* aplicable a datos referentes a infracciones penales o administrativas cometidas por los ciudadanos, los relativos a hacienda pública (cumplimiento de obligaciones tributarias, deudas ante la Administración, ejecución forzosa de actos por vía de apremio...), y los relacionados con servicios financieros (datos bancarios, otorgamiento de ayudas, etc.). Tales datos sólo pueden incluirse en los ficheros con la amplitud que expresamente permitan las respectivas normas reguladoras.

c) *Nivel de protección básico:* aplicable, por defecto, a los datos no incluidos en ninguno de los grupos anteriores y que se encuentren incluidos en el concepto de dato personal —art. 3.a) LOPD—: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

2.5.3. Régimen de los datos personales

— *Tratamiento de los datos personales.* Como principio general —art. 4 LOPD—, sólo pueden recogerse datos de carácter personal para su tratamiento automatizado cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades para las que se hayan obtenido (*principio de calidad del dato*). Cuando se recaben datos de carácter personal que vayan a ser objeto de tratamiento ha de recabarse, como regla general, el consentimiento del interesado —art. 6.1—, lo cual suele hacerse incluyendo una casilla que debe marcarse por el mismo en los impresos que se le suministran. Las Administraciones públicas no necesitan este consentimiento para ciertos datos —art. 6.2 LOPD—, entre los que destacan los necesarios para el ejercicio de sus competencias y cuando se encuentren en fuentes accesibles al público. Sea o no precisa la autorización, cuando se recaben los datos se debe advertir en todo caso a su titular de los siguientes extremos —art. 5 LOPD—: la existencia del fichero, la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información; el carácter obligatorio o facultativo de las respuestas frente a las preguntas que se

formulen acerca de sus datos y de las consecuencias que suponga la negativa a suministrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición frente a los datos incluidos en el fichero; y la identidad y dirección del responsable del tratamiento de los datos o de su representante. Estos extremos también suelen incluirse en los impresos o formularios, mediante notas aclaratorias.

— *Creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas.* Sólo puede hacerse mediante un reglamento publicado en el diario oficial correspondiente —art. 20 LOPD—, debiendo además inscribirse el fichero en el Registro General de Protección de Datos mantenido por la Agencia Española de Protección de Datos —art. 39.2 a) LOPD—, que es de consulta pública y gratuita por cualquier ciudadano —art. 14—. Cada fichero ha de tener un responsable —opcionalmente, también un encargado del tratamiento—, que garantice su seguridad y evite la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado a los datos —art. 9—.

— *Derechos de los titulares de datos personales.* La LOPD reconoce: a) El derecho a conocer la existencia de ficheros donde se recojan los datos que nos afecten; c) El derecho de acceso al contenido de tales ficheros —art. 15—; y d) Los derechos de rectificación y cancelación de los datos incorrectos o innecesarios —art. 16—. Además, es también de gran importancia el régimen de comunicación o cesión a terceros de los datos personales.

— *Cesión o comunicación de datos personales a terceros.* En principio, para que la cesión o comunicación resulte lícita es preciso obtener previamente el consentimiento expreso (escrito) del interesado —art. 11—. Ahora bien, la aplicación rigurosa de esta exigencia a los datos en poder de las Administraciones Públicas es problemática pues en el actual Estado de las Autonomías es imprescindible la comunicación de datos entre Administraciones para el ejercicio de sus respectivas competencias. En tal sentido, la LOPD —art. 11— exceptúa la regla general del consentimiento cuando la cesión esté autorizada en una Ley, los datos se encuentren en fuentes accesibles al público, o que el tratamiento de los datos obedezca a una relación jurídica libremente aceptada por el interesado que necesariamente implique su cesión a un tercero (por ejemplo, la prestación de asistencia sanitaria a través de entidades privadas en régimen de concierto). Existe un régimen especial para las Administraciones Públicas —arts. 11.2 e) y 21 LOPD—, que permite la cesión de datos entre ellas a efectos históricos, estadísticos o científicos, así como la cesión de los datos necesarios para el ejercicio de las competencias de cada Administración (por ejemplo, cesión por las Universidades de los datos de los estudiantes para la concesión de becas por parte de la Administración del Estado).

2.6. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea hecha en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (y que adquirió carácter vinculante tras la entrada en vigor a finales de 2009 del Tratado de Lisboa), declaró entre los derechos de ciudadanía el «derecho a una buena administración» —art. 41—. Se trata de un derecho complejo, pues engloba diversas facultades que se reconocen no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas: derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable; derecho a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del

secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

La Constitución española de 1978 no reconoció expresamente un tal derecho a una buena administración, si bien sí se ha interpretado la imposición implícita de un «deber jurídico de buena administración», entendido como un deber de diligencia que se correspondería con un derecho al «procedimiento administrativo debido» (PONCE SOLÉ). En todo caso, algunos de los Estatutos de Autonomía reformados, inspirándose en el mencionado precepto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea han venido a reconocer un «derecho a una buena Administración» (EA Comunidad Valenciana —art. 9.2—; EA Cataluña —art. 30—; EA Baleares —art. 14—; EA Andalucía —art. 31—; EA Castilla y León —art. 12—). Al margen de la limitada eficacia de estos derechos estatutarios (SSTC 247/2007, 31/2010), lo cierto es que las formulaciones empleadas por los distintos Estatutos son muy diversas, tanto en la titularidad del derecho (ciudadanos en unos casos, personas en otros) como en su contenido.

El elemento común a las distintas formulaciones consiste en el derecho a que las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma traten los asuntos que les conciernen a los ciudadanos de modo equitativo e imparcial y en un plazo razonable. A partir de aquí algunos Estatutos añaden facultades diversas: derecho a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican (EA Cataluña —art. 30—; EA Andalucía —art. 31—); derecho a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz (EA Andalucía —art. 31—). En todo caso, se trata de un derecho de configuración legal. Y, a este respecto, algunas Comunidades Autónomas ya han procedido a aprobar una ley que ordena los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica (Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública; Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña; Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears).

2.7. EL DERECHO DE PETICIÓN

2.7.1. Configuración

La Constitución —art. 29.1— establece que todos «los españoles tendrán el derecho de petición individual o colectiva en la forma y con los efectos que determine la Ley». Se trata, por tanto, de un derecho fundamental —de la Sección 1.ª del Capítulo II—, y su función es la de norma de cierre del sistema, es decir, a falta de aplicación de otros derechos más específicos —como, por ejemplo, el derecho de acceso a la información pública—. La regulación legal de este derecho está contenida en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, que configura a este derecho como un cauce de expresión en defensa de los derechos e intereses legítimos y como vía de participación ciudadana en las tareas públicas.

2.7.2. Sujetos del derecho

Aun cuando la Constitución refiere expresamente este derecho a los «españoles», Ley Orgánica 4/2001 —art. 1—, de acuerdo con la jurisprudencia anterior, reconoce

la titularidad del derecho a «toda persona natural o jurídica», prescindiendo de su nacionalidad, en la línea antes mencionada de equiparación de derechos entre españoles y extranjeros. En cuanto a los sujetos destinatarios de este derecho, lo son no sólo las Administraciones Públicas, sino también otras instituciones públicas —como las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos, si bien en estos casos no es de aplicación la Ley Orgánica 4/2001, por respeto a la autonomía organizativa de estas instituciones—. El ámbito de competencia de cada uno de los posibles destinatarios determinará su capacidad para atender las peticiones que se les dirijan.

2.7.3. *Objeto de las peticiones*

Las peticiones pueden versar sobre cualquier asunto o materia comprendido en el ámbito de competencias del sujeto destinatario, con independencia de que afecten exclusivamente al peticionario o sean de interés colectivo o general —por ejemplo, la adopción de una disposición de carácter general—. Ahora bien, dado el carácter residual de este derecho, no son objeto del mismo aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento establezca un procedimiento específico —art. 3— (más correctamente, un título o respaldo jurídico específico, del cual el procedimiento no es más que el corolario adjetivo). Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha declarado que no puede ser objeto del derecho de petición el acceso a los archivos y registros públicos que cuenta con un derecho propio (STS 23-6-1999, recurso de casación 561/1993). De este modo, el derecho de petición no serviría tanto para ejercer derechos específicos como formular peticiones basadas, por ejemplo, en la equidad (STS 17-2-2003, Rec. 176/2000).

2.7.4. *Ejercicio del derecho*

En principio, el derecho de petición puede ejercitarse de un modo individual o colectivo, si bien esta última modalidad está excluida para los miembros de las Fuerzas o institutos armados o de los cuerpos sometidos a disciplina militar, los cuales únicamente pueden ejercer este derecho individualmente —art. 29.2 CE—. Se trata, así, de evitar las proclamas, manifiestos y pronunciamientos militares característicos de nuestra historia contemporánea. Por lo demás, la Ley Orgánica 4/2001 —art. 4.1—, de acuerdo con la Constitución —art. 29.1—, requiere que la petición se formule por escrito. Así, la Ley precisa que en el escrito debe constar el nombre y domicilio del peticionario, e incluirá su identidad, nacionalidad, objeto y destinatario de la petición.

2.7.5. *Tramitación y contestación de las peticiones*

El ejercicio del derecho de petición, sin ningún otro título jurídico que fundamente la solicitud —p. j. un derecho subjetivo específico—, no da evidentemente derecho a obtener lo pedido. Este derecho permite dirigir peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado —SSTC 161/1988, 242/1993, 108/2011—.

Ahora bien, según la Ley anterior, la autoridad únicamente estaba obligada a extender un acuse de recibo de la petición, y a la comunicación al interesado de la deci-

sión que «pueda» adoptarse. De este modo, parecía que la Administración no estaba obligada a resolver sobre el fondo de la petición. Por el contrario, la jurisprudencia —STC 242/1993— declaró que la Administración estaba obligada a resolver expresamente las peticiones, ya sea estimándolas o denegándolas. En todo caso, la Ley Orgánica 4/2001 —art. 11— establece terminantemente que, una vez admitida a trámite una petición, la autoridad u órgano competente vendrán obligados a contestarla —y a notificar la contestación— en el plazo máximo de tres meses. La contestación debe recoger, al menos, los términos en los que la petición ha sido tomada en consideración por parte de la autoridad u órgano competente e incorporará las razones y motivos por los que se acuerda acceder a la petición o no hacerlo.

En caso de falta de contestación en plazo, de la LPAC —art. 24.1— se desprende que a falta de resolución expresa de la Administración se entenderán desestimadas las solicitudes. Pero lo cierto es que el Tribunal Constitucional —STC 242/1993— reputó la pasividad del órgano destinatario que no contesta la petición como vulneradora del derecho fundamental. Por esta razón, la Ley Orgánica 4/2001 —art. 12— obvia la atribución de significado alguno a la falta de contestación en plazo —es decir, no acude a la técnica del silencio administrativo—, y se limita a declarar que el solicitante podrá instar la protección jurisdiccional en caso de omisión de contestar en el plazo establecido, aspecto éste al que se ciñe la tutela judicial.

Finalmente, la Ley Orgánica 4/2001 —art. 1.1— reconoce la llamada «cláusula de indemnidad», con arreglo a la cual del ejercicio del derecho de petición no puede derivarse perjuicio alguno para el peticionario», y que viene a incorporar la tradicional prohibición de cualquier tipo de represalias sobre el peticionario. No obstante no resultarán exentos de responsabilidad quienes con ocasión del ejercicio del derecho de petición incurriesen en delito o falta (se excluye, por tanto, la sanción administrativa).

3. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

3.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Más allá de antecedentes remotos en instituciones del Antiguo Régimen (como el Justicia Mayor de Aragón o el Procurador General de Asturias), la figura del Defensor del Pueblo, con las características con las que hoy se conoce, surgió en Suecia con la Constitución de 1809, que asignó al «Ombudsman» facultades para controlar la Administración, y con objeto de garantizar su independencia frente al rey y el gobierno, atribuyó al Parlamento la competencia para su designación. Pues bien, desde mediados del siglo XX la figura no ha dejado de difundirse (Dinamarca en 1953, Noruega en 1962, Gran Bretaña en 1967, Francia en 1973, Portugal en 1975...), alcanzado en 1992 a la Unión Europea, como garantía de los derechos de ciudadanía europea.

Asumiendo así la experiencia de figuras análogas del derecho comparado, la Constitución Española de 1978 acogió en su artículo 54 esta institución: «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales». La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, desarrolló esta previsión constitucional, y poco después inició su funcionamiento la institución, alcanzando desde entonces un cierto reconocimiento por la opinión pública.

Ahora bien, la misma Ley Orgánica 3/1981 contempló la posibilidad de existencia de órganos similares al Defensor del Pueblo estatal en las Comunidades Autónomas, figura que se recogió expresamente en algunos Estatutos de Autonomía (como el de Andalucía de 1981). Y en tal sentido la figura, con diversas denominaciones, se implantó en la mayoría de las Comunidades Autónomas: en 1983, en Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz; en 1984, en Cataluña, el Sindic de Greuges; en 1984, en Galicia, el Valedor do Pobo; en 1985, en el País Vasco, el Ararteko; en 1985, en Aragón, el Justicia de Aragón; en 1985, en Canarias, el Diputado del Común; en 1988, en la Comunidad Valenciana, el Sindic de Greuges; en 1993, en las Islas Baleares, el Sindic de Greuges; en 1994, en Castilla y León, el Procurador del Común de Castilla y León; en 2000, en Navarra, el Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra; en 2001, en Castilla-La Mancha, el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha; en 2005, en Asturias, el Procurador General del Principado; en 2006, en La Rioja, el Defensor del Pueblo; en 2008, en la R. Murcia, el Defensor del Pueblo. De hecho, fue aprobada la Ley Orgánica 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, si bien al inicio se plantearon dudas sobre el alcance de la supervisión de los comisionados parlamentarios autonómicos en relación con las Entidades Locales de su territorio (STC 142/1988), en la práctica se ha impuesto un control general sobre la actividad de las Entidades locales, no confinado al reducido ámbito de las competencias delegadas o asignadas, práctica institucional que se vio refrendada por las últimas reformas estatutarias (art. 78 EA Cataluña, art. 128 EA Andalucía, art. 59 EA Aragón, art. 18 EA Castilla y León, art. 51 EA Baleares). Ahora bien, tampoco es admisible la pretensión de algún Estatuto de reclamar exclusividad al comisionado autonómico para el control de las Administraciones de la Comunidad (STC 31/2010), de modo que la competencia del Defensor del Pueblo estatal no se puede limitar a la administración estatal.

Pero, además, la legislación de régimen local de alguna Comunidad Autónoma extendió al ámbito local la posibilidad de creación de esta figura (caso de Cataluña con la incorporación de la figura del síndico de agravios, a partir de la reforma de la Ley 8/1987 municipal y de régimen local operada por la Ley 3/2002), e incluso, sin necesidad de previsión legal expresa, algunos Ayuntamientos de grandes ciudades han creado un Defensor del Vecino en ejercicio de su potestad de auto-organización (Málaga, Zaragoza...). Incluso se han creado también figuras similares de ámbito sectorial, como es el caso del Defensor Universitario, previsto por la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (disposición adicional 14.^a), o el defensor del menor (creado en 1996 en la C. de Madrid, y extinguido en 2012). Con todo, debido a la crisis presupuestaria (o excusándose en ella), algunas Comunidades Autónomas han procedido a suprimir su comisionado parlamentario (Castilla-La Mancha en 2011, Murcia en 2012, Asturias en 2013), o a dejarlo en suspenso (La Rioja, 2013). La figura permanece en las CC AA siguientes: Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra y País Vasco.

3.2. ESTATUTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo estatal es elegido por las Cortes Generales mediante una mayoría cualificada (de tres quintas partes, al menos, en el Congreso) para un período de cinco años, y esta mayoría cualificada también se impone expresamente en algu-

nos Estatutos de Autonomía (art. 78 EA Cataluña, art. 51 EA Baleares). El Defensor del Pueblo ejerce sus funciones con imparcialidad e independencia (no está sujeto a mandato imperativo ni a instrucción alguna), es inviolable por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, e inamovible, pues solo puede ser destituido y suspendido por las causas que establece la ley. Además, para garantizar su independencia, goza de autonomía reglamentaria, organizativa, funcional y presupuestaria de acuerdo con las leyes.

3.3. ACTUACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo puede iniciar de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos —art. 9.1—. Con todo, debe señalarse que en alguna Comunidad Autónoma la competencia de supervisión del comisionado parlamentario se extiende a los organismos privados vinculados o que dependen de la Administración, así como a las empresas privadas que gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indirecta (EA Cataluña —art. 78—).

Podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna, y no podrán constituir impedimento para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario: Toda queja se presentará firmada por el interesado (se admite por medios electrónicos), con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado, y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma —art. 15 Ley Orgánica 3/1981—.

El Defensor del Pueblo registrará y acusará recibo de todas las quejas que se formulen, que tramitará o rechazará. En este último caso lo hará en escrito motivado (rechazará las quejas anónimas y podrá rechazar aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión). El Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional.

Admitida la queja, el Defensor del Pueblo promoverá la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma. Todas las actuaciones del Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado y no será preceptiva la asistencia de Letrado ni de Procurador. En todo caso, el Defensor del Pueblo dará cuenta del contenido sustancial de la solicitud al Organismo o Dependencia administrativa procedente con el fin de obtener un informe escrito sobre el asunto. Los sujetos requeridos por el Defensor del Pueblo están obligados a colaborar en sus investigaciones (si bien no siempre está adecuadamente regulados los mecanismos destinados a garantizar el cumplimiento de dicha obligación).

Ahora bien, debe subrayarse que el Defensor del Pueblo no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, ni tampoco para imponer medidas coercitivas. Lo que podrá hacer, en su caso, es sugerir la modificación de los criterios utilizados por la Administración. Asimismo, si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los ad-

ministrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma. El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Además, en el caso del Defensor del Pueblo estatal está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo —art. 162.1 CE—. Sus decisiones no serán susceptibles de recurso.

Finalmente, como consustancial a su condición de Alto Comisionado del Parlamento, el Defensor del Pueblo debe rendir a aquél cuentas de su actividad, lo cual se efectúa ordinariamente mediante la presentación de un informe anual de su gestión. Estos informes, que son públicos, constituyen una excelente fuente para conocer el funcionamiento real de las Administraciones públicas.

ANEXO. LEYES AUTONÓMICAS DE TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN PÚBLICAS

La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.

Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.

Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Ley 3/2014, de 11 septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.

Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información de Canarias.

Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.

Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León.

Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana.

Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

ÁLVAREZ CARREÑO, S.M.: *El derecho de petición: estudio jurídico en los sistemas italiano, alemán, comunitario, estadounidense y español*, Comares, Granada, 1999.

ÁVILA RODRÍGUEZ, C.: *La tutela parlamentaria de la buena Administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados Parlamentarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

BLANES CLIMENT, M. A.: *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2014.

CANALS AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.

COLOM PASTOR, B.: *El derecho de petición*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CUETO PÉREZ, M.: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, 2008.

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C.: *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- DÍEZ, L.: *Los Defensores del Pueblo (Ombudsmen) de las Comunidades Autónomas*, Senado, Madrid, 1999.
- EMBIU IRUJO, A.: *El ciudadano y la Administración*, INAP, Madrid, 1994.
- ESCOBAR ROCA, G.: *Los Defensores del Pueblo. Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *La información y participación ciudadana en la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIO, J. M.: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi-Thomson, 2014.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *La protección de los datos personales en las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2003.
- GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GUICHOT REINA, E.: *Datos personales y Administración pública*, Civitas, Madrid, 2005.
- *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GUICHOT, E. (coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A.: *Derecho Constitucional a Participar y la Participación Ciudadana Local*, Barcelona 2007.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- LLÁCER MATA CÁ, M. R.: *Protección de datos personales en la Sociedad de la Información y la vigilancia*, La Ley, Madrid, 2011.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- MEDINA ALCOZ, L.: *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MESTRE DELGADO, J. F.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, 2.ª ed., 1998.
- MIGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- PADRÓS REIG, C.: *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Madrid, 2001.
- PÉREZ MORENO, A.: «Crisis de la participación administrativa», *RAP* núm. 119 (1989), pp. 91-132.
- RAMS RAMOS, L.: *Derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, 2009.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M.: «El derecho de acceso a la información pública», *IVAP*, Oñati, 2015.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y SENDÍN GARCÍA, M. A.: *Transparencia, acceso a la información y Buen Gobierno*, Comares, 2014.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: «La participación como coadyuvante del Estado Social y Democrático de Derecho», *RAP* núm. 119 (1989), pp. 133-171.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980.
- TOSCANO GIL, F.: «Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal», *RGDA*, núm. 31, 2012.
- TRONCOSO REIGADA, A.: *Comentarios a la Ley de Protección de Datos*, Civitas, Madrid, 2010.
- VVAA: *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2014.

TEMA 4

LA POTESTAD REGLAMENTARIA

1. PRELIMINAR: LA FUERZA DE LEY Y LAS NORMAS DE ESTE RANGO

1.1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES Y DEMÁS NORMAS CON RANGO DE LEY

Las Leyes disfrutan de una posición central en el sistema de fuentes que puede resumirse en las características siguientes:

— *Subordinación de la Ley a la Constitución.* La Ley no es ejecución de la Constitución. Dentro del marco que establece ésta, la Ley actúa con plena *libertad de configuración normativa*, libertad que no puede reducirse a una mera discrecionalidad administrativa, sino que supone una libertad política de configuración de contenidos normativos y, por tanto, de un nivel superior a la discrecionalidad que, en ocasiones, concede la propia Ley a la Administración. Los principios de pluralismo político y democrático exigen que el contenido material de la Constitución sea un marco amplio que posibilite sucesivamente políticas completamente diferentes, de tal modo que sobre una misma materia —por ejemplo, el régimen urbanístico— pueden sucederse Leyes diversas e, incluso, antagónicas. En definitiva, la Ley es esencialmente innovadora, pues le corresponde definir las grandes decisiones políticas. Por tanto, el mecanismo relacional Ley-Reglamento no es trasladable a la relación Constitución-Ley.

— *Primacía de la Ley.* En virtud de esta propiedad, la Ley presenta una expansividad ilimitada, en el sentido de que ningún ámbito o materia le está vedado. La Ley puede ocuparse de cualquier materia e imponer así su voluntad incondicionalmente a la Administración, que no puede invocar la existencia de espacios libres de Ley.

— *Presunción de legitimidad de la Ley.* Como se ha señalado antes, el Tribunal Constitucional sólo debe proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la Constitución, pues sólo está legitimado para rechazar una opción política del legislador cuando el carácter unívoco de la interpretación así lo imponga. Ello obliga al Tribunal Constitucional a apurar las posibilidades interpretativas, anulando sólo cuando la interpretación alternativa no sea razonable sin forzar el texto ni las técnicas hermenéuticas.

— *Fuerza de Ley.* Significa que todas las normas con rango de Ley tienen una supremacía jerárquica, de tal modo que pueden derogar a cualquier norma anterior de inferior rango —«fuerza activa»—, y se resisten a ser derogadas por otra norma posterior de rango inferior —«fuerza pasiva»—.

— *Privilegio de inmunidad judicial.* Según la Constitución —art. 117.1— los Jueces y Tribunales ordinarios están sometidos «al imperio de la Ley». Como se ha dicho antes, la Constitución establece un sistema de Justicia Constitucional concentrada, atribuida en exclusiva a un órgano —el Tribunal Constitucional—, que se con-

figura al margen del Poder Judicial, como un tribunal especial en el sentido técnico del término, esto es como un caso de jurisdicción no judicial. No obstante este privilegio jurisdiccional de la Ley conoce dos excepciones: de un lado, las Leyes preconstitucionales en los supuestos de contradicción frontal con la Constitución se consideran en situación de «pérdida de vigencia», de tal modo que el Juez ordinario puede por sí mismo declarar la derogación de la Ley por la Constitución, en virtud de la Disposición Derogatoria 3.^a de la Constitución; y, de otro lado, las Leyes, aun posteriores a la Constitución, que no sean conformes al Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, deben ser inaplicadas por los Jueces y Tribunales, en virtud de los *principios de primacía y aplicación directa* del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional de los Estados miembros.

Estas características son trasladables, con matices, a las demás normas que, sin ser Leyes, gozan de rango de Ley: Decretos Legislativos (arts. 82.1 y 85 CE) y Decretos-Leyes (art. 86 CE). Si bien estas disposiciones gubernativas presentan singularidades propias, como son la subordinación del Decreto-Legislativo a la Ley de delegación y, en consecuencia, la posibilidad de un control judicial añadido al constitucional, o la sujeción de los Decretos-Leyes a los presupuestos habilitantes y límites materiales ordenados por la Constitución.

1.2. LAS RESERVAS DE LEY

Las reservas de ley constituyen un mandato constitucional en virtud del cual la Constitución establece que determinadas materias han de ser reguladas necesariamente por la Ley. Si no existieran las reservas de Ley, el legislador podría regular cualquier materia como estimara oportuno: así en materias muy sensibles, como los derechos fundamentales, la Ley podría limitarse a remitir «en blanco» su regulación al Reglamento. Para evitar que se produzca esta situación, la Constitución impone que en ciertas materias, que considera relevantes, la Ley debe cumplir un contenido normativo mínimo. De este modo, la técnica de las reservas de Ley no implica sólo un límite a la potestad reglamentaria, a la que se sustrae la materia de que se trate, sino que significa también un límite para el propio legislador (SANTAMARÍA PASTOR, DE OTTO).

El fundamento de técnica de las reservas de Ley es doble. De un lado, descansa en la legitimación democrática directa de los productos normativos emanados del órgano de representación política —art. 66.1 CE en el caso de las Cortes Generales, o art. 25 del Estatuto en el caso del Parlamento andaluz—; y, de otro lado, en la «calidad» del procedimiento legislativo, presidido por los principios de publicidad y contradicción (GARCÍA MACHO, BAÑO LEÓN). Por estas razones, la Ley incorpora, como ninguna otra norma emanada de los poderes constituidos, el principio democrático.

En cuanto a la determinación de las reservas de Ley, la Constitución contiene a lo largo de su articulado una gran cantidad de reservas de Ley sobre materias determinadas. La más relevante es la prevista en el art. 53.1, en virtud del cual se reserva a Ley «la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales». Pero también existen muchas otras reservas que se refieren a órganos e instituciones del Estado —el Gobierno, el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado...—. Para algunos autores (EMBED IRUJO) no hay más reservas de Ley que las establecidas expresamente por la Constitución, pero la mayoría de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTAMARÍA PASTOR) entiende que puede inferirse de la Constitución —en particular, de la cláu-

sula del libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE— una reserva general de Ley implícita respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos. Una postura intermedia entre las dos anteriores consiste en defender una aplicación más limitada del principio de legalidad, circunscrito a las medidas que puedan afectar negativamente a la libertad, y que únicamente exigiría la necesidad de una autorización legal, sin necesidad de que la ley contenga una regulación de la materia (REBOLLO PUIG).

Finalmente, señalar que el Tribunal Constitucional tiene establecido que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias preconstitucionales respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución (SSTC 11/1981, 41/1987, 29/1989, 61/1990, entre otras).

2. EL REGLAMENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTOS Y CLASES

2.1. CONCEPTO DE REGLAMENTO

Por Reglamento se entiende la norma que emana de la Administración Pública y que se sitúa en el ordenamiento jurídico con un rango formal inferior al de las Leyes y demás normas con fuerza de Ley. Desde un punto de vista descriptivo, se estima que la inmensa mayoría de las normas que componen el ordenamiento son Reglamentos, y normalmente se caracterizan por un contenido marcadamente técnico, no político, así como por una vigencia fugaz —por su carácter apegado a las coyunturas económicas y sociales—, llegándose a hablar de «legislación motorizada». Desde un punto de vista conceptual, los Reglamentos presentan los siguientes caracteres:

— *Carácter normativo.* El Reglamento es ante todo una norma jurídica, una norma de Derecho objetivo y, en este sentido, tiene carácter general, abstracto o impersonal. No se da para un determinado caso, situación o relación jurídica singular, sino para regular todos los casos que se refieran al supuesto de hecho que contempla y que en el futuro puedan presentarse. Los Reglamentos son lo que las leyes administrativas llaman «disposiciones administrativas generales». Por esto, el concepto de Reglamento, a diferencia del concepto de Ley, es un concepto material.

— *Carácter secundario.* El Reglamento está subordinado a la Ley —art. 97 CE—, la cual ostenta una situación de primacía respecto al Reglamento, hasta el extremo de que la Ley puede restringir libremente el ámbito de acción del Reglamento hasta los límites que estime oportunos. De este modo, el ámbito material de la potestad reglamentaria es *residual*. En tal sentido, la LPAC —art. 128.2— establece que los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

— *Carácter gubernativo.* Debido a la peculiar posición de la potestad reglamentaria ante el principio de legalidad, esta potestad administrativa está reservada —al menos en su alcance externo— a los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas generales o territoriales, que son los que presentan una inequívoca legitimación democrática, aunque sea «indirecta» (DE OTTO, EMBID IRUJO). En este sentido, la LPAC —art. 128.1— declara que el ejercicio de la potestad reglamentaria corres-

ponde al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos, y a los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la LRBRL. No obstante, como se verá, se admite la potestad reglamentaria de las llamadas autoridades administrativas independientes.

— *Carácter fiscalizable judicialmente.* Mientras que las leyes disfrutan, en principio, de inmunidad judicial, la Constitución —art. 106.1— establece que los tribunales controlan la potestad reglamentaria. En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial —art. 6— dispone que los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

2.2. FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

2.2.1. Desde el punto de vista práctico

La falta de agilidad del procedimiento legislativo hace que sea materialmente imposible que las Asambleas Legislativas puedan regular mediante Ley todas las diversas y cambiantes situaciones y circunstancias en que pueda hallarse la Administración al aplicar la Ley. Además, la composición política y no técnica de las Cámaras Legislativas determina que no sean idóneas para regular materias marcadamente técnicas (GARRIDO FALLA). En definitiva, estos argumentos en favor de la potestad reglamentaria se basan en el principio de eficacia, en el sentido de que la potestad reglamentaria por su agilidad y versatilidad es un instrumento necesario en un Estado Social (SANTAMARÍA PASTOR). Y debe añadirse que no se trata con esto de sustraer poder al Legislativo, sino todo lo contrario, de descargarlo para evitar que tenga que detenerse en cuestiones de detalle, y pueda así cumplir su verdadera función de adopción de las decisiones fundamentales del proceso político.

2.2.2. Desde el punto de vista jurídico-positivo

Legalmente, la potestad reglamentaria existe porque así lo reconoce la Constitución, independientemente de que si no lo hiciera así probablemente habría que fundamentarla en algún tipo de costumbre constitucional (GARCÍA DE ENTERRÍA). A este respecto, la Constitución —art. 97— establece que «el Gobierno ejerce... la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes». De esta atribución constitucional se extraen las consecuencias siguientes (DE OTTO):

— La potestad reglamentaria del Gobierno tiene un fundamento directo e inmediato en la Constitución, de modo que no puede concebirse como una atribución del legislador. Se establece así expresamente un vínculo directo entre la Constitución y el Reglamento, sin mediación de la Ley; si bien las consecuencias que de tal atribución inmediata se extraen varían sensiblemente según los autores.

— La Constitución atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno al margen de la función ejecutiva. Es decir, la Constitución concibe la potestad reglamentaria como una potestad distinta y separada de la función de ejecutar las leyes, puesto que expresamente distingue, por un lado, una función ejecutiva y, por otro lado, una potestad reglamentaria. Este dato es muy importante porque significa que la potestad reglamentaria del Gobierno, aunque sujeta a la Ley por el principio de jerarquía normativa,

no se circunscribe a los límites conceptuales de la «ejecución» de las leyes. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando el Gobierno de la Nación ejerce su potestad reglamentaria en desarrollo de una Ley: «contra ciertas corrientes jurisprudenciales y doctrinales hemos de afirmar que la misión de los reglamentos no es sólo llevar a cabo una mecánica repetición de los preceptos de la ley con alguna pequeña aclaración complementaria de carácter organizativo o procedimental, sino que su cometido es la precisión y el desarrollo de los mandatos legales, y esto puede conllevar una interpretación que se efectúa legítimamente, pese a que en alguna ocasión pueda frustrar expectativas derivadas de la misma generalidad de los términos empleados por el legislador» (STS 11-2-2005, rec. 3/2003).

— La Constitución únicamente reconoce y ordena reservas de ley, pero en ningún caso establece reserva reglamentaria alguna, sino que en virtud del principio de primacía de la Ley, ninguna materia le está vedada o sustraída a la Ley. Si bien desde el punto de vista de la técnica legislativa debe reconocerse que la regulación de determinadas materias, de carácter marcadamente técnico, resultaría más propio que fuese objeto de normas reglamentarias que de normas de rango legal, la Constitución configura un sistema de fuentes que «no contempla reservas al reglamento, lo cual implica que a la ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario» (SSTC 5/1981, 73/2000, 104/2000). No obstante, la jurisprudencia ha llamado la atención sobre el hecho de que la regulación mediante norma con rango de ley de «cuestiones claramente reglamentistas» puede dar lugar a situaciones de abuso, al limitar el derecho a la tutela judicial de los ciudadanos (STS 8-2-2005, La Ley JURIS, 11.204/2005).

En todo caso, según un sector de la doctrina, estas coordinadas constitucionales de la potestad reglamentaria del Gobierno responden adecuadamente a la posición constitucional del Gobierno y a su legitimación democrática —«indirecta»—, así como justifican una construcción de la misma más acorde con la «realidad de las cosas», presidida por la incuestionable sobrecarga del legislador, así como con su función en el marco de un Estado social de Derecho (SANTAMARÍA PASTOR, PAREJO ALFONSO, EMBID IRUJO, entre otros).

2.3. CLASES DE REGLAMENTOS

En virtud de la relación del Reglamento con la Ley, se diferencian tres clases de reglamentos:

— *Reglamentos ejecutivos*. Son los Reglamentos que se dictan sobre la base de una Ley preexistente y en virtud de la técnica de la *remisión normativa* —Reglamentos *secundum legem*—. Ahora bien, esta remisión normativa comprende formas de colaboración entre la Ley y el Reglamento muy variadas: desde los Reglamentos que se limitan a preparar la ejecución propiamente dicha de la Ley, disponiendo los instrumentos técnicos necesarios —p. ej., regulando trámites procedimentales u organizando un registro o un servicio de inspección—, hasta los Reglamentos que dan contenido a una remisión abierta de la Ley, regulando una materia sin ningún condicionamiento material o de contenido. Por esta razón, un sector de la doctrina (TORNOS MAS, DE LA CRUZ) distingue entre *Reglamentos propiamente ejecutivos* —los que desarrollan, completan o aplican una Ley— y *Reglamentos remitidos* —los dictados sobre la base de una remisión pero sin límite material, de modo que no desarrollan el contenido de

Ley alguna—. En todo caso, la jurisprudencia tiene declarado que la misión de los reglamentos ejecutivos no es sólo llevar a cabo una mecánica repetición de los preceptos de Ley con alguna pequeña aclaración complementaria de carácter organizativo o procedimental, sino que su cometido es la precisión y el desarrollo de los mandatos legales, lo cual puede conllevar una interpretación que se efectúa legítimamente, pese a que en alguna ocasión pueda frustrar expectativas derivadas de la misma generalidad de los términos empleados por el legislador (STS 11-2-2005, Ar. 1.466). Con todo, se considera que un reglamento ejecutivo no debe incluir requisitos no previstos en la Ley (STS 27-10-2004, Rec. 17/2003).

De otro lado, de acuerdo con la LPAC —art. 129.4—, las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

— *Reglamentos independientes*. Son los Reglamentos dictados sin una ley previa —Reglamentos *praeter legem*— a cuya ejecución se atienda; es decir, Reglamentos que regulan materias de las que no se ha ocupado el legislador. Se trata de un figura tradicional en España, y de la cual el Gobierno hace en la práctica un uso frecuente y generalmente admitido por la jurisprudencia principalmente en el ámbito de los llamados Reglamentos «administrativos» —a los que nos referiremos más abajo—.

— *Reglamentos de necesidad*. Esta figura ha tenido tradicionalmente la finalidad de cubrir situaciones de emergencia en las que se habilitaba al Ejecutivo a dictar normas incluso contrarias a la Ley —Reglamentos *contra legem*—. Ahora bien, el ordenamiento vigente se limita a prever diversas «cláusulas de apoderamiento» —Ley Orgánica 4/1981 de Estados de Alarma, de Excepción y Sitio; Ley 2/1985 de Protección Civil, Ley 14/1986 General de Sanidad, y art. 21.1 LRBRL—, en virtud de las cuales cuando se den determinadas circunstancias excepcionales ciertas autoridades administrativas que normalmente carecen de potestad reglamentaria van a poder dictar determinados Reglamentos —Bandos militares, de alcaldes...—, sin sujetarse a un procedimiento reglado y con eficacia temporal —STS 12-7-1993, Ar. 6.191—, es decir, limitada al período de mantenimiento de la situación excepcional, y que, por tanto, carecen de eficacia derogatoria, simplemente suspenden las normas ordinarias. Ahora bien, hechas estas particularidades, estos Reglamentos se hallan sometidos al régimen común de respeto de la Ley y a su control por los tribunales (SANTAMARÍA PASTOR), de modo que ya no puede decirse que son Reglamentos *contra legem*.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS

3.1. PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN

La Ley 30/1992 no llegó a establecer un régimen básico relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo algunos preceptos dispersos. En esta inhibición del legislador estatal pudo estar influida por la configuración por el Tribunal Constitucional (STC 15/1989) del procedimiento de elaboración de disposiciones generales como un procedimiento administrativo especial.

En todo caso, esta laguna ha sido cubierta por la LPAC (Título VI). Así, siguiendo de cerca lo ya ordenado en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la

LPAC —art. 129.1— establece que en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

— *Principios de necesidad y eficacia*: en su virtud, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

— *Principio de proporcionalidad*: la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación «imprescindible» para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, éstos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta.

— *Principio de seguridad jurídica*: la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas. Principio que hasta la fecha se ha visto ignorado por una legislación profusa y fugaz.

— *Principio de transparencia*: en cuya virtud, 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 la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno —art. 7—; 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.

— *Principio de eficiencia*: la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

De otro lado, la LPAC impone nuevas reglas a la actividad de producción normativa:

— *Planificación normativa*. Anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente (así art. 25.1 Ley del Gobierno). Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente —art. 132.2 LPAC—. La inclusión de una propuesta normativa que no figure en el plan anual normativo debe estar justificada en la memoria —art. 25.3 Ley del Gobierno—.

— *Evaluación normativa*: Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste que suponen para la

Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas estos últimos. El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente —arts. 130.1 LPAC y 25.2 Ley del Gobierno—. En el caso de la Administración del Estado, se trata de un informe anual, en el que se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas —art. 28 Ley del Gobierno—.

3.2. LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Con carácter general, la LRJSP —art. 9.2.b)— prohíbe la delegación de la potestad reglamentaria (adopción de disposiciones de carácter general), por tanto, esta potestad únicamente pueden ejercerla los órganos que la tengan atribuida como competencia propia. No obstante, existen excepciones. Así, en el ámbito local, se permite que el Pleno de los municipios de gran población pueda delegar la aprobación de Ordenanzas locales en Comisión —art. 123.3 LRBRL—.

FIGURA 1

Titularidad de la potestad reglamentaria y forma de las disposiciones

TIPO DE ADMINISTRACIÓN	ÓRGANOS COMPETENTES	FORMA DE LAS DISPOSICIONES
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	• CONSEJO DE MINISTROS	• REAL DECRETO DEL CONSEJO DE MINISTROS
	• PRESIDENTE DEL GOBIERNO	• REAL DECRETO DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO
	• COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO	• ORDEN DEL MINISTRO DE LA PRESIDENCIA
	• MINISTROS	• ORDEN DEL MINISTRO COMPETENTE
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA	• CONSEJO DE GOBIERNO	• DECRETO DEL CONSEJO DE GOBIERNO
	• PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD	• DECRETO DEL PRESIDENTE
	• CONSEJEROS	• ORDEN DEL CONSEJERO
ENTIDADES LOCALES	• PLENO DE LA CORPORACIÓN	• REGLAMENTOS Y ORDENANZAS

3.2.1. *La titularidad de la potestad reglamentaria en el ámbito estatal*

— *Potestad reglamentaria originaria.* Dado que la Constitución —art. 97— atribuye directamente la titularidad de la potestad reglamentaria al Gobierno en su conjunto, se entiende que no precisa que la Ley le conceda tal potestad. Según la Ley 50/1997, del Gobierno —art. 25—, los Reglamentos dictados por el Consejo de Mi-

nistros revisten la forma de «Real Decreto», debido a que son expedidos por el Rey —art. 62.f) CE—, si bien se trata de un trámite puramente formal y de carácter debido.

— *Potestad reglamentaria derivada*. En cambio, la Constitución no atribuye expresamente la potestad reglamentaria a los Ministros. No obstante, la doctrina mayoritaria entiende que la Constitución no prohíbe que por Ley puedan efectuarse atribuciones concretas de la potestad reglamentaria en favor de órganos distintos del Gobierno. Ahora bien, se trataría no ya de una potestad reglamentaria originaria —como es la del Gobierno, en el sentido de atribuida directamente por la Constitución—, sino de una potestad reglamentaria *derivada*, fruto de específicas habilitaciones legales. Así, la Ley 50/1997, del Gobierno —art. 4.1—, atribuye a los Ministros la competencia para ejercer la potestad reglamentaria «en las materias propias de su Departamento» —también art. 61.a) LRJSP—. No obstante, la mayoría de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, ENTRENA CUESTA) considera que esa atribución genérica se circunscribe al ámbito autoorganizativo o doméstico del Ministerio, incluyendo acaso a las relaciones especiales de supremacía, de modo que en el resto de los casos sería precisa una expresa habilitación legal, y así se pronuncia la jurisprudencia (STS 20-1-2005).

Además, la LRJSP —art. 57.3— y la Ley 50/1997 del Gobierno —art. 2.1— atribuyen al Presidente del Gobierno potestad reglamentaria en materia organizativa, mediante «Real Decreto». Los Reglamentos dictados por los Ministros se titulan con el nombre de «Orden Ministerial», y ésta denominación sirve también para designar a los Reglamentos dictados por las Comisiones Delegadas del Gobierno. Por su parte, las autoridades administrativas inferiores al Ministro —incluidos los Secretarios de Estado— no pueden ser titulares de potestad reglamentaria alguna, ni siquiera derivada, sino meramente de la facultad de dictar instrucciones y circulares internas. Por lo demás, mediante un acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 (versión actual, *BOE* de 9 de abril de 2009), se dispuso la numeración de las Órdenes ministeriales, mediante tres grupos de caracteres (código alfabético de tres letras del Departamento ministerial, número correlativo según orden de publicación cada año en el *BOE*, y año de adopción de la Orden).

3.2.2. *La titularidad de la potestad reglamentaria en el ámbito autonómico*

Dado que las Comunidades Autónomas disponen de potestad legislativa, el reconocimiento de la potestad reglamentaria no plantea problemas. De hecho, la Constitución se refiere expresamente a esta potestad al prever —art. 153.c)— el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de la Administración de dichas Comunidades y de sus «normas reglamentarias». La cuestión se reduce, pues, a determinar qué órganos de la Administración autonómica son titulares de esta potestad, cuestión ésta que debe resolver el ordenamiento propio de cada Comunidad Autónoma. En la mayoría de las Comunidades Autónomas esta cuestión está resuelta por el Estatuto, y en las restantes hay que acudir a las respectivas Leyes de Gobierno y Administración.

En líneas generales, el criterio más extendido consiste en atribuir la titularidad de la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, si bien se suele admitir que los Consejeros hagan uso de esta potestad, dentro de su ámbito competencial cuando les habilite una ley o un reglamento aprobado por el Consejo de Gobierno (Aragón, La Rioja). A falta de habilitación legal expresa, la potestad de los consejeros debe ceñirse al ámbito autoorganizativo propio de su departamento, sin que pueda incluirse aquí el estatuto de sus funcionarios (STS 19-7-2007).

De otro lado, está extendida la atribución al Presidente de la Comunidad Autónoma de una potestad reglamentaria circunscrita al ámbito organizativo —básicamente en relación con la creación, modificación y supresión de Consejerías—. Por lo demás, los Reglamentos aprobados por el Consejo de Gobierno adoptan la forma de «Decretos», y las disposiciones generales aprobadas por los Consejeros adoptan la forma de «Orden».

3.2.3. *La titularidad de la potestad reglamentaria en el ámbito local*

La Constitución omite toda referencia expresa a una posible potestad reglamentaria de las Entidades Locales, si bien la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) la entiende implícita en el *status* de autonomía que la Constitución —art. 137— garantiza a los Municipios y Provincias —la llamada «autonomía local»—, así como en el hecho de confiarles —arts. 140 y 141 CE— el «gobierno» y administración de las respectivas colectividades (SANTAMARÍA PASTOR). En este sentido, la LRBRL —art. 4.1— reconoce a los Municipios, Provincias e Islas, entre otras potestades públicas, la potestad reglamentaria.

La cuestión consiste en determinar qué órganos son competentes para aprobar los Reglamentos locales. A este respecto, la LRBRL atribuye la competencia para dictar Reglamentos al Pleno de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales —arts. 22.2 y 33.2—. Además, se trata de una competencia indelegable en el Alcalde o Junta de Gobierno —art. 23.2.b) LRBRL—, si bien, en relación con los Municipios de gran población, la Ley 57/2003 ha admitido —como se apuntó antes— la delegación de esta potestad en las Comisiones del Pleno —art. 123.3 LRBRL—.

Con todo, la principal cuestión es determinar el alcance de la facultad tradicional de los Alcaldes para dictar «Bandos» —arts. 21.1 y 124.4.g) LRBRL—. A este respecto, la doctrina (SANTAMARÍA PASTOR) entiende que en un Estado democrático tales Bandos únicamente pueden consistir en actos administrativos generales o meras proclamaciones recordatorias de obligaciones legales, tal como recoge expresamente alguna norma autonómica (Ley de Aragón 7/1999 de Administración Local —art. 142.1—). Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido, en ocasiones, que bajo esta forma puedan dictarse Reglamentos en materia de regulación de servicios municipales. A nuestro parecer, el contenido normativo de los Bandos de Alcaldía es sólo admisible a título de reglamentos de necesidad —arts. 21.1.j) LRBRL— y como reglamentos organizativos, referentes a la determinación de los niveles complementarios inferiores —arts. 21.1.a), 123.1.c) y 124.4.k) LRBRL—.

3.3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

3.3.1. *Reglas generales*

Tradicionalmente, el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general se ha considerado como un conjunto de trámites de desigual eficacia y de carácter predominantemente interno, tal modo que con relativa frecuencia se incumplían sin que ello tuviese, según la jurisprudencia, relevancia invalidatoria. Como ha señalado el Supremo, la levedad con la que se ha tratado tradicionalmente el procedimiento de elaboración de los reglamentos «constituye un incentivo para la emisión masiva de normas, propicia la aprobación precipitada de éstas, impide la depuración de numerosos defectos en los que un texto no debidamente madurado incurre, no garantiza la adecuada valoración y ponderación de los distintos intereses públicos afectados por la norma,

e, invita a la unilateral y exclusiva visión política o burocrática de los problemas, por el escaso nivel de participación que se confiere a los potenciales destinatarios privados de la norma que se trata de acometer» (STS 13-10-2011, Rec. 304/2010). En cambio, actualmente se propugna una revalorización de la actividad de producción normativa de la Administración, y de las reglas relativas a los estudios de impacto del proyecto y de participación ciudadana y coordinación interadministrativa en su elaboración. Así, en la actualidad, pueden destacarse varias reglas procedimentales comunes:

— **Transparencia.** De acuerdo con la LTBG, las Administraciones públicas deben publicar en la web o sede electrónica los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda, así como las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública —art. 7.c)—.

— **Participación ciudadana.**

La propia Constitución —art. 105.a)— establece que la «Ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias que les afecten». No obstante, hasta fechas muy recientes, en los ámbitos estatal y autonómico la audiencia directa a los ciudadanos ha sido rigurosamente excepcional, siendo sustituida por la audiencia mediante la intermediación de organizaciones sociales, e incluso en este caso interpretándose esta participación de forma restrictiva.

Finalmente, la LPAC —art. 133— establece con carácter básico dos vías de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos:

— **Consulta pública.** Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma —art. 133.1—. No parece, por ello, que se contemple la participación de cualquier ciudadano. Asimismo, 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 de esta consulta pública —arts. 133.4 LPAC y 26.2 LRJSP—.

— **Audiencia e información públicas.** Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa (antes indicada), cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades, de modo que se trataría de una especie de trámite de información pública. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto —art. 133.2 LPAC—. No fija la LPAC un plazo mínimo para esta audiencia e información públicas, si bien en el caso

de la Administración es de 15 días hábiles, que podrá ser reducido en caso de tramitación urgente —art. 26.6 Ley del Gobierno—.

Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen —arts. 133.4 LPAC y 26.6 Ley del Gobierno—. Así, la jurisprudencia tenía declarado que una disposición puramente organizativa no afecta a los derechos e intereses de los administrados, de modo que no estaría sujeta a este trámite (STS 24-2-1999, Ar. 1.387).

De otro lado, como se ha apuntado antes, la jurisprudencia (STS 8-5-1992, Ar. 10.675, dictada en recurso extraordinario de revisión; STS 7-10-1998, Ar. 7.655; STS 20-3-2002; STS 25-6-2003, Rec. 456/2000) viene interpretando esta participación externa de un modo restrictivo, en el sentido de excluir la obligatoriedad de conceder audiencia a las Entidades asociativas, debido a su origen voluntario y a su, consiguiente, multiplicidad, restringiendo la obligatoriedad del trámite a las entidades que ostenten la representación legal de los derechos e intereses legítimos de un colectivo y no sean de carácter voluntario, lo cual supone reservar esta participación a las Entidades de carácter corporativo —caso de los Colegios Profesionales—, pues las asociaciones voluntarias de naturaleza privada, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan «por Ley» la representación a que aquel precepto se refiere (SSTS 24/4/2004, recurso de casación n.º 1144/2001; 10-10-2005, recurso n.º 69/2003). Estas organizaciones de afiliación voluntaria podrán ser consultadas de manera potestativa, según el juicio discrecional de la Administración, sin que esa decisión discrecional se considere atentatoria del principio de igualdad de trato entre las distintas asociaciones, mientras el ejercicio de esa facultad administrativa sea proporcional a las finalidades perseguidas y no sea carente de fundamentación objetiva y razonable (STS 5-7-2005, Rec. 166/2003).

Ahora bien, no son escasas las sentencias de esta misma Sala del Tribunal Supremo que matizan esa jurisprudencia, señalando que la audiencia preceptiva de las entidades indicadas no impide que otras asociaciones de origen voluntario puedan personarse en el procedimiento y tener en él la participación y garantía de ese derecho de audiencia. Lo que no es exigible es que la Administración conozca su existencia y otorgue el trámite de audiencia a todas (SSTS de 15-6-2005, Rec. 56/2003; 6-10-2005, Rec. 31/2003; 12-6-2008, Rec. 3.215/2004; 13-10-2011, Rec. 304/2010). Y, en el caso particular de los sindicatos, no puede desconocerse que a estas organizaciones la Constitución —art. 7— les atribuye una especial posición y que la participación en el proceso de formación de los reglamentos es una forma cualificada de hacer valer los intereses que representan (STS de 31-5-2004, Rec. 1.557/1999). Con la redacción actual tanto de la LPAC como de la Ley del Gobierno, cabe entender que la restricción se refiere exclusivamente a la posibilidad adicional de recabar directamente la opinión de las organizaciones en cuestión.

— Impacto de género. De otra parte, siguiendo el criterio ya anticipado por la Ley 30/2003, de 13 de octubre por la que se modificó la Ley 50/1997 del Gobierno, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —art. 19— establece que los proyectos de disposiciones de carácter general que se sometan a aprobación del Consejo de Ministros deben incorporar un informe sobre su impacto por razón de género (precepto que, aun cuando se refiere al Consejo de Ministros tiene el carácter de norma básica —disposición final primera—).

3.3.2. *El procedimiento de elaboración de los Reglamentos estatales*

— *Iniciación.* De la Ley del Gobierno se deduce que este procedimiento de elaboración de reglamentos se inicia exclusivamente de oficio, y no a instancia de interesados. Y, en ese sentido, la jurisprudencia —STS 24-3-1995, Ar. 3.235— considera que el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye un acto político o de Gobierno, de tal modo que no sería susceptible de control jurisdiccional. Por otro lado, con relativa frecuencia las leyes imponen a la Administración un plazo para la aprobación de sus Reglamentos de desarrollo, discutiéndose ¿qué ocurre si la Administración dicta el Reglamento fuera del plazo legal? En general, se entiende que el Reglamento dictado fuera del plazo legal no es por este solo motivo ilegal, de modo que estaríamos ante un supuesto de mera responsabilidad política, pues la declaración de nulidad del Reglamento lejos de beneficiar a los administrados no haría más que alargar la situación de incertidumbre.

Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido para los procedimientos de aprobación de disposiciones generales la posibilidad de apartarse o desistir de la iniciativa, porque en el ejercicio de la potestad reglamentaria, «existe no sólo un significativo margen de discrecionalidad y de decisión sino que, además, en el curso de su elaboración pueden aparecer razones fundadas que haga replantear su legalidad u oportunidad» (STS de 26 de abril de 2013, R.C. 2314/2010).

— *Actos preparatorios: la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.*

Tradicionalmente, la Ley ha obligado a la Administración a confeccionar con carácter previo a la elaboración de una norma de los estudios necesarios para garantizar el acierto y legalidad de la norma, incluyéndose más recientemente una memoria económica que contuviese la estimación del coste a que dará lugar. Si embargo, en la práctica estos requisitos se han omitido o banalizado con frecuencia y la jurisprudencia ha declarado que dicha omisión carece de relevancia anulatoria al no producir indefensión al administrado (STS 3-4-2002; STS 4-7-2006, Rec. 5.775/2000, referidas a la memoria económica). No obstante, la jurisprudencia más reciente ha empezado a mostrarse más exigente, vinculando la exigencia de informe sobre la necesidad y la oportunidad de la disposición a la discrecionalidad de la que dispone el titular de la potestad para optar entre diversas alternativas (STS 2-12-2005, Rec. 4.593/1999).

En todo caso, debe señalarse la relevancia que presentan hoy en día los estudios de impacto normativo —análisis de costes y beneficios, impacto ambiental, social...—. En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ya conminó a que las Administraciones Públicas impulsaran los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan.

En la actualidad la Ley del Gobierno, tras la modificación efectuada por la Ley 40/2015, ordena que el centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una *Memoria del Análisis de Impacto Normativo*, que deberá contener los apartados siguientes: *a)* Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación. *b)* Contenido y análisis jurídico, con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma. *c)* Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias. *d)* Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad. *e)* Se identificarán las cargas administrativas que conlleva la propuesta, se

cuantificará el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas con especial referencia al impacto sobre las PYME («test Pyme» de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea). f) Impacto por razón de género, que analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto. g) Un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública.

En sintonía con esta revalorización de los estudios previos, la jurisprudencia más reciente considera que la disposición debe anularse si las memorias económica y justificativa existentes en el expediente de elaboración no explican o justifican las determinaciones del proyecto ni lo valoran en términos económicos (STS 15 de diciembre de 2010, recurso de casación 2287/2008). De este modo, la jurisprudencia entra a enjuiciar la adecuación de estos estudios para cumplir los fines asignados: «La memoria económica, proporciona al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia. (...) En cuanto a la memoria económica, es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél, pero al menos es preciso la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse» (SSTS 27-11-2006, Rec. 51/2005; 16-12-2011, Rec. 6.507/2009).

— *Actos de instrucción.* Al margen del trámite de audiencia e información públicas, ya tratado antes, en la elaboración de los reglamentos estatales confluyen un conjunto de informes y dictámenes preceptivos. Los trámites más tradicionales son el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de que se trate —art. 26.5 Ley del Gobierno—, y el dictamen del Consejo de Estado —arts. 26.7 Ley del Gobierno y 23 Ley Orgánica del Consejo de Estado—, si bien este último sólo es obligatorio en relación con los Reglamentos ejecutivos (reglamentos que se dicten «en ejecución de leyes», así como sus modificaciones sustanciales), aplicando en este punto la jurisprudencia un criterio estricto. Así, el Tribunal Supremo (STS 15-7-1996, Ar. 6.394; STS 5-10-2006, Rec. 1.633/2001; STS 31-1-2007, Rec. 2.002/2002, STS 18-9-2008, Rec. 84/2006) considera que es necesario que el Reglamento innove el ordenamiento en desarrollo de la Ley, de modo que no deben ser considerados Reglamentos ejecutivos a estos efectos los Reglamentos puramente interpretativos, es decir los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice, como tampoco las disposiciones reglamentarias menores que se limitan a seguir o desarrollar otros Reglamentos, y los Reglamentos *extra legem* o independientes que establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración. Por tanto, sólo estarán excluidos del preceptivo dictamen los reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles, esto es, el organizativo interno de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad (STS 24-7-2003, Rec. 1.417/2000).

FIGURA 2

Procedimiento de elaboración Reglamentos estatales

Además, en determinados supuestos (cuando la propuesta normativa afecte a la organización, personal, procedimientos...) es precisa la intervención del MHAP, bien mediante aprobación o informe previos —art. 26.5—. Asimismo, tras la modificación efectuada por la Ley 40/2015, la Ley del Gobierno —art. 26.9— asigna al Ministerio de la Presidencia determinadas funciones con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno.

De otro lado, las leyes especiales con frecuencia ordenan la intervención de otros órganos colegiados de carácter sectorial y de composición parcialmente participativa (por ejemplo, el Comité de Salud, el Consejo de Coordinación Universitaria o la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza). La omisión de estos trámites, puede comportar la invalidez del procedimiento (así STS 27-10-2003, Rec. 495/2001, en relación con el Consejo de Coordinación de Seguridad Industrial).

3.3.3. *El procedimiento de elaboración de los Reglamentos autonómicos*

En este ámbito la principal cuestión ha consistido en determinar si en la elaboración de los Reglamentos autonómicos ejecutivos debe o no solicitarse el dictamen del Consejo de Estado. A este respecto, el Tribunal Constitucional —STC 205/1992— distingue dos situaciones: si la Comunidad Autónoma no dispone de órgano consultivo propio, deberá solicitar el dictamen del Consejo de Estado, por entender que este dictamen constituye una garantía para los ciudadanos gracias a la autonomía orgánica y funcional de dicho órgano. Pero si la Comunidad Autónoma dispone de un órgano consultivo propio, el Tribunal Constitucional entiende que la intervención de este órgano autonómico excluye la del Consejo de Estado (figura 3).

FIGURA 3

Dictamen de los reglamentos ejecutivos CCAA

COMUNIDADES AUTÓNOMAS SIN CONSEJO CONSULTIVO PROPIO	DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO
COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON CONSEJO CONSULTIVO PROPIO	DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO AUTONÓMICO

Asimismo debe destacarse el acierto de algunas leyes autonómicas que ordenan la intervención en el procedimiento de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma cuando el proyecto de disposición afecta a sus competencias (art. 45, Ley 4/2001, de Islas Baleares; art. 38, Ley 4/2005, de La Rioja; art. 79 Ley 26/2011, de Cataluña).

Pero, sobre todo, debe destacarse que algunas leyes autonómicas recientes han reconocido el derecho de los ciudadanos a participar en la elaboración de disposiciones de carácter general mediante la remisión de sugerencias (que deben ser tenidas en cuenta), así como el derecho a proponer iniciativas reglamentarias (Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto —arts. 44 y 45—; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura —arts. 40 y 41—).

3.3.4. *El procedimiento de elaboración de los Reglamentos locales*

— *Aprobación inicial*. Corresponde al Pleno de la Corporación realizar la aprobación inicial del Reglamento —art. 49 LRBRL—, previo informe de la Comisión

Informativa y de Control correspondiente. Asimismo, debe destacarse la posibilidad, abierta por la reforma de la LRBRL operada por la Ley 57/2003, de iniciar este procedimiento en virtud de iniciativa popular —art. 70 bis—.

— *Información pública.* Seguidamente, el proyecto de ordenanza debe someterse a un trámite de información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días —art. 49 LRBRL—, durante el cual cualquier ciudadano puede plantear todo tipo de reclamaciones y sugerencias. Asimismo, alguna norma autonómica —la Ley de Aragón 7/1999, de Administración Local, art. 140.1— ordena la audiencia previa a las asociaciones vecinales y de defensa de los consumidores y usuarios establecidos en su ámbito territorial que estén inscritas en el Registro correspondiente de asociaciones vecinales y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

— *Aprobación definitiva.* Finalizado el período de información pública, el Pleno en un acto unitario debe resolver todas las reclamaciones y sugerencias y proceder a la aprobación definitiva del Reglamento. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional —art. 49.c), tras la reforma de la Ley 11/1999—. Por lo demás, aunque la regla general es que para la aprobación de ordenanzas basta la mayoría simple, la LRBRL —art. 47.3— exige la mayoría absoluta para determinados Reglamentos locales: el Reglamento orgánico municipal y las ordenanzas urbanísticas.

3.4. EFECTOS DE LOS REGLAMENTOS

3.4.1. *El principio de publicidad*

Debido a su naturaleza normativa, los Reglamentos, están sujetos al principio de publicidad de las normas garantizado por la Constitución —art. 9.3—. En este sentido, la LPAC —art. 131.1— establece que los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos. Adicionalmente, y de manera facultativa, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios. Igualmente, la LRBRL —art. 70.2— dispuso que los Reglamentos locales no entran en vigor hasta tanto tenga lugar la completa publicación de su texto en el «Boletín Oficial» de la provincia, prescripción ésta de carácter básico, de modo que no es sustituible por la publicación del reglamento local en el Diario Oficial autonómico (STC 239/1999).

Por otro lado, para la integración de la eficacia del reglamento es aplicable la regla general del art. 2.1 del Código Civil del plazo de *vacatio legis* de 20 días desde su completa publicación. No obstante, en el caso de los reglamentos estatales, la Ley del Gobierno —art. 23— establece que las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta, prevén el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

3.4.2. *El principio de jerarquía*

La LPAC —art. 128.3— establece que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior. La infracción de este principio es

sancionada con la nulidad de la disposición —art. 47.2 LPAC—. Ahora bien, la LPAC no determina el orden jerárquico sino que se limita a declarar que las disposiciones administrativas «se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes» —art. 128.3—. En todo caso, hay que señalar que el principio de jerarquía entre Reglamentos sólo entra en juego en las relaciones entre Reglamentos pertenecientes a un mismo subsistema normativo, es decir, dentro de cada ordenamiento territorial, pero no así entre normas pertenecientes a distintos ordenamientos —como un Reglamento estatal y otro autonómico—, cuyas relaciones se ajustan al principio de competencia (PAREJO ALFONSO).

Para los Reglamentos del Estado, la Ley 50/1997, del Gobierno —art. 24.2—, establece la siguiente jerarquía normativa: 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros, 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial. Para los Reglamentos de las Comunidades Autónomas, las Leyes de Gobierno y Administración suelen establecer un orden similar, en función del rango del órgano que las hubiera aprobado y su orden en la jerarquía se ajustará al de los órganos de que dimanen (caso de Andalucía, Aragón, Extremadura o Cantabria entre otras). Por último, los Reglamentos locales, dado que son emanación de un mismo órgano, no están sujetos a relación jerárquica entre sí.

3.4.3. *El principio de irretroactividad*

La Constitución —art. 9.3— declara garantizar la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La infracción de este principio es sancionada con la nulidad de la disposición —art. 47.2 LPAC—. Dejando de lado las normas sancionadoras —que se estudian más adelante—, la cuestión consiste en determinar qué se debe entender por disposiciones restrictivas de «derechos individuales». A este respecto, el Tribunal Constitucional establece dos precisiones: ha de tratarse de «derechos» y no de meras «expectativas» —STC 108/1986—, asimismo, el Tribunal Constitucional ha rechazado la equiparación de los «derechos individuales» a la huidiza teoría de los «derechos adquiridos» (LÓPEZ MENUDO), y ha circunscrito la garantía de la irretroactividad a los derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución. A este respecto, debe señalarse que el Tribunal Supremo —STS 26-1-1991, Ar. 1.477— ha descartado que las normas tributarias sean odiosas y limitativas de los derechos subjetivos, proclamando en consecuencia su posible eficacia retroactiva, eso sí cuando una disposición de rango legal lo permita, de acuerdo con el art. 2.3 Código Civil —STS 8-11-1999, Ar. 9.087—.

3.4.4. *El principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos*

Los Reglamentos, en cuanto normas que integran el ordenamiento jurídico, vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos —art. 9.1 CE—. La sujeción de los ciudadanos a los Reglamentos es obvia, pues no es otra su finalidad; ahora bien, la sujeción de los poderes públicos a Reglamentos no ha sido siempre tan evidente. El principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos alude a que los Reglamentos vinculan a la propia Administración de la que emanan, de forma que los actos administrativos dictados por ella deberán respetar los preceptos de los Reglamentos, como condición inexcusable para su validez. Así, la LPAC —art. 37.1— dispone que: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo esta-

blecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas».

El fundamento de este principio se encuentra en el principio de legalidad (GARCÍA DE ENTERRÍA): la Administración Pública, como sujeto del derecho que es, está sometida a todo el ordenamiento y, por tanto, también a sus propios Reglamentos. Cuestión distinta es que el propio Reglamento pueda contener la autorización de *dispensas*, es decir, de excepciones a las reglas por él establecidas. En tal caso, el principio que debe presidir esta cuestión será el de igualdad —art. 14 CE—, que proscribire las discriminaciones infundadas (SANTAMARÍA PASTOR).

4. LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

4.1. LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO EN MATERIAS RESERVADAS A LEY

Según la intensidad de la regulación exigida por la Constitución, se distinguen dos clases, si bien debe advertirse que el valor de esta clasificación es meramente descriptivo o pedagógico:

— *Reservas de Ley absolutas*. En estos casos —«sólo por Ley»— la materia reservada debe ser regulada exclusivamente por la Ley, sin que se admita remisión alguna al Reglamento. La Ley debe regular por sí misma de forma completa y agotadora la materia, sin que sea lícito que reenvíe dicha función normadora al Reglamento. Por su parte, el Reglamento no puede entrar, en modo alguno, a regular estas materias, ni como Reglamento ejecutivo ni menos aún como Reglamento independiente.

— *Reservas de Ley relativas*. En estos supuestos —«mediante Ley», «de acuerdo con la Ley»— la Ley tiene capacidad para optar por regular la materia por sí misma de forma íntegra —como en el caso anterior—, o bien puede limitarse a regular el contenido o núcleo esencial de la materia reservada, y remitir el resto de la regulación al Reglamento (GARCÍA DE ENTERRÍA). Ahora bien, el legislador no puede «disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva» —STC 99/1987—. En cuanto a la capacidad del Reglamento, incluso en estos casos de reservas de Ley relativas no puede entrar espontáneamente, sino que es precisa la preexistencia de una Ley; es decir, en estas materias no cabe la potestad reglamentaria independiente. Pero, además, la mayoría de la doctrina considera que es preciso que la Ley contenga una habilitación normativa específica —la remisión normativa—. De otro lado, desde un punto de vista de los contenidos, el Reglamento debe limitarse a cumplir la función de *complemento indispensable* de la Ley, es decir, a regular aspectos de detalle o secundarios.

4.2. LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO EN MATERIAS NO RESERVADAS A LEY

4.2.1. *Capacidad de la Ley*

La doctrina es unánime al señalar que no hay, en principio, materia alguna vedada a la actuación del legislador, debido a que la Constitución no reserva a la potestad

reglamentaria la regulación de materia alguna. La primacía de la Ley dota a ésta de una capacidad normadora máxima que le permite disponer plenamente sobre el ámbito de acción del reglamento, de modo que la regulación legal podrá tener la extensión e intensidad que estime conveniente. En este ámbito la Ley puede llevar a cabo dos tipos de operaciones:

— *Autorreserva de Ley*. Mediante esta técnica la Ley prohíbe al Reglamento la regulación de una materia concreta, que la propia Ley reserva para sí misma —autorreserva o también llamada «reserva formal de Ley»—. Para un sector de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) esta autorreserva de ley se produce automáticamente al aprobarse una Ley —la cual produciría una *congelación de rango*—. Por el contrario, para otro sector del hecho de que una norma sea jerárquicamente inferior a otra no se desprende en modo alguno que no pueda regular la materia de la que ésta se ocupa, sino tan sólo que no puede contradecirla. De este modo, la autorreserva de Ley debe ser establecida expresamente por cada Ley, no es un efecto automático de su aprobación; será, por tanto, una cuestión de interpretación de cada Ley (DE OTTO, REBOLLO PUIG).

— *Deslegalización*. Dado que las autorreservas son establecidas por Ley —no por la Constitución—, otra Ley posterior podrá también suprimir dicha autorreserva. Y a esta operación se la llama *deslegalización*. La opinión más extendida entiende que «deslegalizar» supone rebajar al rango reglamentario una norma con fuerza de ley, pero manteniéndose la validez de lo dispuesto en la norma degradada; de este modo, hasta tanto sea derogada, la Ley «deslegalizada» estará vigente transformada en un Reglamento (GARCÍA DE ENTERRÍA). En cambio, otros autores mantienen que el efecto de la deslegalización consiste únicamente en privar de fuerza pasiva a las disposiciones legales vigentes, de tal modo que en este intervalo de tiempo la Ley «deslegalizada» sigue disfrutando de rango legal (REBOLLO PUIG).

4.2.2. *Capacidad del Reglamento*

— *Si existe Ley previa*. Desde un punto de vista formal, se discute si el Reglamento precisa una habilitación legal específica o no. La solución a este tema vendrá de si se acepta o no la teoría antes señalada de la «congelación de rango». Es decir, quienes opinan que la aprobación de una Ley comporta esa «congelación de rango», entienden que el Reglamento precisa de una habilitación legal específica. En cambio, quienes opinan que la «congelación de rango» no es un efecto automático de la aprobación de una Ley, consideran que el Reglamento no precisa de habilitación legal, salvo que la Ley establezca una «autorreserva». Por su parte, desde el punto de vista de los contenidos, es común en la doctrina aplicar a este ámbito los mismos criterios que pretenden delimitar la acción del reglamento en materias reservadas a ley. Se trata, en concreto, de la doctrina del denominado *complemento indispensable*, lo cual puede constituir una generalización injustificada en las materias no reservadas a ley.

— *Si no existe Ley previa*. En este punto lo que se cuestiona es la admisión o no del *Reglamento independiente*. A este respecto, pueden distinguirse dos grandes posturas, según se entienda que el principio de legalidad vincula o no a la potestad reglamentaria. Para un sector de la doctrina la aplicación general del principio de legalidad administrativa, entendido como vinculación positiva, significa que sólo es posible dictar un reglamento cuando lo autorice la ley y en los términos que ésta disponga. En cambio otro sector de la doctrina (PAREJO ALFONSO, EMBID IRUJO) defiende la admi-

sibilidad de los reglamentos independientes en nuestro Derecho. Para ello se observa que la Constitución —art. 97— separa nítidamente —como ya se señaló— la potestad reglamentaria del concepto unitario de ejecución, y atribuye aquélla directa y genéricamente no a la Administración como organización vicarial sino al Gobierno —que, como se dijo, responde a una cierta legitimación democrática—. Además, se subraya que el mencionado art. 97 declara que la potestad reglamentaria debe ser ejercida «de acuerdo con las leyes», de modo que no es necesario, por principio y en todo caso, que el Gobierno sea autorizado por el Parlamento para dictar un reglamento, sino que en las materias no reservadas a la ley, mientras ésta no haga uso de su poder, la Constitución no impide al Gobierno el ejercicio originario o independiente de la potestad reglamentaria. Así, en general, se admite el Reglamento independiente en el ámbito organizativo como una derivación de la potestad del Gobierno de *dirección de la Administración* —art. 97 CE—, y, con matices, en el ámbito de las relaciones de supremacía especial y de la Administración prestacional (figura 4).

FIGURA 4

Las relaciones entre la ley y el reglamento

MATERIAS RESERVADAS A LEY	RESERVA ABSOLUTA DE LEY	LA LEY DEBE REGULAR LA MATERIA EN SU INTEGRIDAD	NO SE PERMITE NINGÚN TIPO DE REGLAMENTO
	RESERVA RELATIVA DE LEY	LA LEY OPTA POR REGULAR LA MATERIA EN SU INTEGRIDAD	NO SE PERMITE NINGÚN TIPO DE REGLAMENTO
		LA LEY REGULA EL CONTENIDO ESENCIAL	SE ADMITE EL REGLAMENTO EJECUTIVO
MATERIAS NO RESERVADAS A LEY	EXISTE LEY PREVIA	LA LEY OPTA POR REGULAR LA MATERIA EN SU INTEGRIDAD (AUTORRESERVA DE LEY)	NO SE PERMITE NINGÚN TIPO DE REGLAMENTO
		LA LEY REGULA EL CONTENIDO ESENCIAL	SE ADMITE EL REGLAMENTO EJECUTIVO
	NO EXISTE LEY PREVIA	-	¿ADMISIÓN DE LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES?

5. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

5.1. CONTROL EN VÍA ADMINISTRATIVA

Como se verá en el Tema correspondiente, las actuaciones administrativas son recurribles, con carácter general, ante la propia Administración mediante el sistema de recursos administrativos (la llamada «vía administrativa de recurso»). Sin embargo, en relación con los reglamentos, siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, la LPAC —art. 112.3— dispone: «Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa». Ahora bien, lo que la LPAC prescribe en este precepto es el recurso «directo» contra una disposición reglamentaria, pero

es perfectamente admisible impugnar un acto administrativo mediante un recurso administrativo fundado únicamente en la nulidad del reglamento del cual dicho acto es aplicación. De hecho, la propia LPAC permite que en este caso el recurso administrativo pueda interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición —art. 112.3—.

Como también se verá en otro Tema, con independencia de la posibilidad de que los afectados por una actuación administrativa puedan interponer un recurso administrativo, la Ley habilita a la propia Administración para declarar de oficio las actuaciones que se reputen nulas de pleno derecho. A este respecto, la Ley 30/1992, en su versión original de 1992, remitió la revisión de oficio únicamente a los supuestos de nulidad de los actos administrativos, dejando aparentemente fuera de la revisión de oficio a las disposiciones reglamentarias. Sin embargo, la reforma de la Ley 30/1992 efectuada en 1999 contempló expresamente la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias, pero excluyendo que esta vía pudiera emplearse por los interesados como una «acción de nulidad» (exposición de motivos Ley 4/1999), de tal modo que sólo puede ejercerse de oficio por la Administración para depurar del ordenamiento las disposiciones administrativas. En tal sentido, la LPAC —art. 106.2— establece que en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

5.2. VÍA DE EXCEPCIÓN O INAPLICACIÓN JUDICIAL

El art. 106.1 CE dispone que «Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», precepto que reitera la LOPJ —art. 8—. Ahora bien, existen dos grandes vías jurisdiccionales para combatir las posibles ilegalidades: de un lado, la vía de la inaplicación y, de otro lado, los recursos contencioso-administrativos.

La primera vía está prevista expresamente en la LOPJ: «los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa» —art. 6—. Esta facultad de los órganos jurisdiccionales de privar de eficacia a un Reglamento ilegal se justifica en el hecho de que la aplicación de un Reglamento ilegal significaría la desobediencia del juzgador a la Ley, y la Constitución —art. 117.1— establece que los jueces y tribunales están sometidos únicamente al imperio de la Ley (De Otto).

Ahora bien, debe subrayarse que esta vía puede —y debe— ser utilizada por cualquier juez o tribunal, independientemente del orden jurisdiccional al que pertenezca, de modo que no está reservada en exclusiva a los jueces del orden contencioso-administrativo. En su virtud, el juez analiza el reglamento y, si vulnera alguno de los límites anteriores, no lo tomará en consideración para resolver el caso, aplicando, en su lugar, la norma que el reglamento vulnera. Por este mecanismo, por tanto, no se expulsa al reglamento del ordenamiento jurídico, sino que permanecerá vigente, aún sin que llegue a aplicarse por los tribunales de justicia (de aquí que también sea llamado «remedio pasivo»). No obstante, la Administración podrá continuar dictando actos de aplicación singular del reglamento, pesando sobre los particulares la carga de recurrir individualmente cada uno de estos actos, hasta que el reglamento sea formalmente expulsado del ordenamiento por algún otro mecanismo.

5.3. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

La jurisdicción contencioso-administrativa tiene asignado específicamente el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra los reglamentos. Esta competencia deriva, en primer término, del art. 106.1 CE. Pero también se reconoce en los arts. 9.4 y 24 LOPJ, y asimismo, en los arts. 1 y 25.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Por ello, podrá plantearse recurso contencioso-administrativo contra un reglamento que haya vulnerado sus límites formales o materiales.

La doctrina señala la existencia de dos tipos distintos de recursos contra reglamentos, en función de la pretensión alegada por el particular. Estos recursos aparecen reflejados en el art. 26.1 LJCA. Además, la Ley 29/1998 creó un proceso contencioso-administrativo especial en materia reglamentaria, calificado como «cuestión de ilegalidad», regulado en los artículos 123 ss. de la Ley. Analicemos cada uno de estos instrumentos de garantía procesal.

FIGURA 5

TIPO DE RECURSO	OBJETO	PLAZO	FUNDAMENTO JURÍDICO	EFFECTOS DE LA SENTENCIA
DIRECTO	Reglamento	2 meses desde publicación en diario oficial	Vicios materiales y formales	<i>Erga omnes</i>
INDIRECTO	Acto de aplicación	2 meses desde notificación del acto	Vicios materiales y principio de jerarquía	<i>Inter partes</i> (salvo regulación de cuestión de ilegalidad)

5.3.1. *Recurso directo*

El *objeto* de este recurso es la impugnación de un reglamento, esto es, se persigue conseguir la anulación del reglamento mismo (de ahí el calificativo de recurso «directo», pues el objeto del recurso es directamente impugnar un reglamento). El *fundamento jurídico* del recurso es la vulneración por parte de un reglamento de alguno de los límites formales o sustanciales de la potestad reglamentaria.

Este recurso tiene un *plazo de interposición* restringido: dos meses desde la fecha de publicación del reglamento (art. 46.1 LJCA). El plazo no se compadece con el alcance del vicio: si el reglamento es nulo de pleno Derecho, debería poderse recurrir siempre, y no sólo por un plazo restringido de dos meses. No obstante, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han reconocido en reiteradas ocasiones que esta sujeción a un plazo para recurrir no vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva (STC 32/1989; SSTS 21-7-2010, casación 4822/2008, y 12-11-2010, rec. casación 2686/2006). A diferencia de lo que sucedía con la LJCA de 1956, el texto vigente no contempla reglas específicas en materia de legitimación para recurrir, por lo que estamos en este punto a la norma general, que se recoge en el art. 19 LJCA. La materia es objeto de estudio en otro lugar de la asignatura, pero baste con saber que pueden interponer el recurso tanto las personas físicas que ostenten un derecho o interés legítimo o directo en la impugnación del reglamento, como personas jurídicas cuyos intereses se vean afectados por el reglamento (sindicatos, asociaciones, corporaciones, etc.).

A diferencia de lo que ocurre con los actos administrativos, el recurso contencioso-administrativo contra reglamentos se debe interponer directamente, sin que quepa plantear previamente un recurso administrativo (art. 107.3 LRJPAC). El recurso no se interpondrá siempre ante un mismo tribunal, sino que existen reglas de competencia, según cuál sea la autoridad que hubiera dictado un reglamento: por ejemplo, los reglamentos dictados por el Consejo de Ministros son susceptibles de recurso directo ante el Tribunal Supremo, y los reglamentos dictados por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en cuestión.

El art. 72.2 LJCA establece una importante novedad: las sentencias que anulen una disposición reglamentaria serán publicadas en el mismo *Boletín Oficial* en que hubiera sido publicado el reglamento anulado. De esta forma, se mejora la seguridad jurídica, al conferirse publicidad general a la sentencia recaída.

Efectos de la sentencia: la sentencia declarará la nulidad radical del reglamento, con efectos *erga omnes*, esto es, generales, expulsándolo del ordenamiento jurídico, y haciéndolo insusceptible de nuevos actos de aplicación posteriores a la fecha de publicación de la sentencia en el correspondiente diario oficial. El art. 73 de la nueva LJCA regula expresamente los efectos de la sentencia en relación con los actos de aplicación del reglamento, disponiendo que estas sentencias no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o de los actos administrativos firmes que hubieran aplicado el reglamento antes de la publicación de la sentencia de anulación del reglamento, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de sanciones aún no ejecutadas completamente (STS 3-7-2007, Ar. 6.606). Por tanto, como regla general, la sentencia no tendrá efectos retroactivos, siendo insusceptibles de revisión los casos de aplicación ya fenecidos. Por el contrario, es excepción a esta regla la materia sancionadora, en la que podrán revisarse los casos firmes cuando ello suponga la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

Esta solución, que zanja una anterior polémica, derivada de la inexistencia de tratamiento expreso del tema en el Derecho positivo, merece crítica, dado que los vicios de que adolecen los reglamentos, como ya sabemos, son de nulidad radical, y por consiguiente, la sentencia debería influir sobre todos los casos singulares de aplicación del reglamento que hubieran tenido lugar previamente. De otro lado, frente a los actos que aún no hayan adquirido firmeza, podrá sustanciarse recurso contencioso-administrativo, con base en la anulación del reglamento operada por la sentencia. En este sentido, puede afirmarse que la sentencia tiene efectos *ex tunc* (desde que se dictó el reglamento), pero sin que llegue a afectar a sus actos de aplicación que ya sean firmes.

5.3.2. *Recurso indirecto*

El *objeto* de este recurso no es el de atacar al reglamento, sino a un acto de aplicación del mismo; pero el *fundamento jurídico* del recurso es un vicio de nulidad de que adolece el reglamento. En resumen, el recurso indirecto es el que se interpone contra un acto administrativo, debido a que el reglamento del que es aplicación es nulo de pleno derecho. Con arreglo a la cadena de la legalidad, los vicios de que adolezca un eslabón se contagian al siguiente y contaminan la actuación con un vicio de igual naturaleza. Así, de ser inválido un reglamento, también lo son sus actos de aplicación. Por tanto, el recurso indirecto no es verdaderamente un recurso contra el reglamento, sino contra sus actos de aplicación, pero fundado en la invalidez del reglamento. De

este modo se consigue, sin embargo, un control indirecto de la potestad reglamentaria, por cuanto en el proceso se analizará la validez del reglamento, de manera que, si se le considera incurso en vicios de nulidad, se fallará estimando la pretensión de anulación de su acto de aplicación. Por ello se le denomina «recurso indirecto», porque se consigue un control indirecto de la potestad reglamentaria, mediante un recurso interpuesto contra un acto administrativo. Ahora bien, en la interposición de un recurso indirecto no cabe invocar como regla general defectos de tipo procedimental o formal (STS 21-4-2008, Ar. 185456). Para que un recurso indirecto prospere, tiene que fundarse en vicios materiales del reglamento en cuestión. Esto es así porque el sentido del recurso indirecto es posibilitar que con ocasión de la aplicación de cualesquiera disposición general pudieran depurarse los vicios de ilegalidad en que pudiesen incurrir cuando dicha ilegalidad se proyecta sobre el acto concreto de aplicación, pues es precisamente en su aplicación concreta cuando más fácilmente se ponen de relieve consecuencias difícilmente advertibles en una consideración abstracta de la norma. Pero ello no significa transformar la impugnación indirecta de los reglamentos en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación (STS 17 de junio de 2005, RC 8049/1997). Por esta razón, los vicios formales sólo pueden provocar la declaración de nulidad del reglamento mediante recurso directo. Una vez vencido el plazo de interposición del recurso directo, debe entenderse que se subsanan los vicios formales en que hubiera incurrido el procedimiento de elaboración de la disposición.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha ido evolucionando con el tiempo, llegando a aceptar la posibilidad de impugnar indirectamente disposiciones generales por defectos formales en dos supuestos excepcionales. De un lado, se ha admitido el recurso indirecto en supuestos en los que el vicio formal resulta de especial gravedad, como en caso de omisión completa y absoluta del procedimiento (STS 27-10-2007, recurso de casación 9657/2003); y, de otro lado, en el caso de planes urbanísticos se ha admitido la impugnación indirecta basada en la manifiesta incompetencia del órgano que lo aprobó definitivamente (STS 26-12-2007, Rec. 344/2004).

La *legitimación* para recurrir se circunscribe en este caso, como es natural, al destinatario del acto, sin que pueda interponer el recurso un tercero interesado en la anulación del reglamento.

Plazo de interposición: el recurso deberá interponerse, conforme a las reglas generales de interposición de recursos contra los actos administrativos, en el plazo de dos meses desde que se notifica el acto a recurrir (art. 46.1 LJCA). Por consiguiente, el plazo de interposición es restringido en lo que se refiere a la impugnación de cada acto administrativo de aplicación del reglamento, pero en la medida que dichos actos pueden dictarse sin límite temporal alguno, durante todo el período de vigencia del reglamento en cuestión, en realidad el recurso indirecto contra reglamentos permanece siempre abierto: bastará que se produzca un acto de aplicación del reglamento para que pueda interponerse el recurso indirecto.

Con este recurso pretende evitarse que los vicios de que adolezca el reglamento se subsanen por el simple transcurso del plazo de interposición del recurso directo sin impugnación del reglamento. En efecto, si sigue siendo posible basarse en la nulidad del reglamento para impugnar el acto, ello significa que el vicio del reglamento no se subsana por el hecho de no haber sido impugnado el propio reglamento mediante un recurso directo.

Los *efectos de la sentencia*, en este caso, se circunscriben a las partes en litigio. Es decir, que cuando conoce un recurso indirecto, el tribunal contencioso-administrativo

no puede fallar la anulación del reglamento, que permanecerá vigente y desplegando efectos *pro futuro*. Ello se debe a que, como sabemos, el recurso indirecto es un recurso al acto, no al reglamento, por lo que la jurisprudencia entiende que no se encuentra habilitada para declarar la nulidad del reglamento, sino tan sólo del acto, que fue el objeto del recurso.

Esto convierte el recurso indirecto contra reglamentos en un mecanismo comparable a la inaplicación judicial del art. 6 LOPJ: detectando el tribunal la nulidad del reglamento, no lo tomará en consideración para resolver el caso en examen, sin que pueda, no obstante, declarar su nulidad. En consecuencia, el reglamento seguirá vigente, permanecerá en el ordenamiento jurídico, y será susceptible de actos singulares de aplicación, que deberán ser recurridos individualmente por los particulares a quienes dichos actos afecten.

Por otra parte, se debe saber que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no estima los recursos indirectos basados únicamente en vicios formales del reglamento. Para que un recurso indirecto prospere, tiene que fundarse en vicios materiales del reglamento en cuestión. Los vicios formales sólo pueden provocar la declaración de nulidad del reglamento mediante recurso directo. Una vez vencido el plazo de interposición del recurso directo, debe entenderse que se subsanan los vicios formales en que hubiera incurrido el procedimiento de elaboración de la disposición. La única excepción es la vulneración del principio de jerarquía normativa, frente al que también se admite la interposición de recursos indirectos.

Además, para interponer el recurso contencioso-administrativo indirecto puede resultar preciso interponer previamente un recurso administrativo, cuestión que se estudia en otro lugar de la asignatura.

5.3.3. *La cuestión de ilegalidad*

Como se ha comprobado antes, en principio, los efectos de la sentencia de estimación de un recurso indirecto se limitan a la anulación del acto administrativo de aplicación impugnado pero no del Reglamento ilegal, el cual seguiría encontrándose vigente. Como declaró la propia exposición de motivos de la LJCA de 1998, el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existía, determinadas disposiciones se aplicaban en unos casos o ámbitos y se inaplicaban en otros.

La solución, según la exposición de motivos de la LJCA de 1988, «pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones en solo órgano, el que cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos *erga omnes*». De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general (propiedad que se atribuye, en todo caso, el Tribunal Supremo cuando conozca de un recurso indirecto). Y para cuando el órgano competente del recurso indirecto sea otro distinto del que pueda conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introdujo la *cuestión de ilegalidad*. Así, la LJCA de 1998 —art. 27.1— dispone que cuando un Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la *cuestión de ilegalidad* ante el Tribunal competente para conocer el recurso directo contra la disposición.

De este modo, la cuestión de ilegalidad es un proceso contencioso-administrativo especial que tiene por objeto la producción de una sentencia con efectos generales en relación con reglamentos que hayan sido considerados nulos con ocasión de un recurso indirecto. Constituye, por tanto, un mecanismo de depuración de reglamentos ilegales cuyo plazo de impugnación directa ya hubiera transcurrido, siendo el presupuesto de hecho del proceso la previa tramitación de un recurso contencioso-administrativo indirecto, en el que se hubiera anulado el acto impugnado por considerarse nulo el reglamento.

De tal manera que se anudan dos procesos contencioso-administrativos consecutivos: el primero, un recurso indirecto en que se anula el acto por nulidad del reglamento; un segundo proceso, denominado cuestión de ilegalidad, que tiene por objeto verificar directamente la validez del reglamento, en orden a producir una sentencia con efectos generales en la materia. Este proceso ostenta caracteres próximos a la cuestión de inconstitucionalidad (que se reflejan incluso en su denominación), pero existen evidentes diferencias.

Por ejemplo, el tribunal que conoce del recurso indirecto no suspende su tramitación en tanto que se sustancia la cuestión de ilegalidad, sino que primero dicta sentencia en el recurso indirecto, y posteriormente tramita la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer de ella. El tribunal competente para resolver la cuestión de ilegalidad no será el Tribunal Constitucional, sino el mismo tribunal que resulte competente para conocer del recurso directo contra reglamentos. Anteriormente hemos aclarado que esta información, de carácter procesal, se ofrece en otro lugar de la asignatura, pues dificultaría su comprensión en este momento. Como expresa la exposición de motivos de la LJCA de 1988: «La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del Reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez».

5.4. CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este control es excepcional, pues el control de la potestad reglamentaria corresponde como regla general a los tribunales ordinarios, y en particular, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se produce en distintas vías:

— *Impugnación de los reglamentos autonómicos por parte del Gobierno.* De acuerdo con la Constitución —art. 161.2—, el Gobierno se encuentra legitimado para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas. La impugnación, que puede basarse en cualquier vicio de inconstitucionalidad, provoca la suspensión inmediata del reglamento, debiendo el Tribunal Constitucional ratificarla o levantarla en el plazo de cinco meses.

— *Conflicto de competencia.* Los reglamentos que incurran en un conflicto positivo de competencia pueden asimismo ser recurridos ante el Tribunal Constitucional —art. 161.1.c) CE—. El conflicto se sustanciará sin especialidades de ninguna clase.

— *Recurso de amparo.* Frente a un reglamento que vulnere un derecho o libertad fundamental, los ciudadanos podrán interponer un recurso de amparo, previo agotamiento de la jurisdicción ordinaria sin satisfacción de la parte —art. 161.1.b) CE—. El agotamiento de la jurisdicción puede producirse por cualquiera de los mecanismos

anteriormente descritos, pero muy especialmente, mediante recurso contencioso-administrativo directo o indirecto. La sentencia declarará la nulidad del reglamento con efectos *erga omnes*, con independencia de la vía que se haya seguido en la jurisdicción ordinaria (tanto recurso directo, como indirecto). Así lo confirman las SSTC 61/1990, de 29 de marzo, y 78/1990, de 26 de abril.

6. OTRAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

6.1. LA COSTUMBRE

Según el Código Civil —art. 1.3—, la costumbre «solo regirá en defecto de Ley aplicable». Sin embargo, debido al principio de legalidad (juridicidad), el Derecho Administrativo es un derecho fundamentalmente positivista, integrado en su casi totalidad por normas escritas —Leyes y Reglamentos— y, por esta razón, la costumbre presenta en Derecho Administrativo un valor francamente limitado (PARADA VÁZQUEZ).

En todo caso, pueden diferenciarse dos supuestos en los que la costumbre actúa como *fuerza supletoria* o subsidiaria del Derecho Administrativo. De un lado, algunas normas escritas —por lo demás, escasas y sobre aspectos marginales— remiten expresamente la regulación de determinadas cuestiones a la costumbre local: p. ej., en relación con el funcionamiento de la Asamblea Vecinal de los municipios en régimen de Concejo Abierto —art. 29 LRBRL—, o el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales, cuando no sea susceptible de aprovechamiento colectivo —art. 75 TRRL—, materia en la que la costumbre prevalece sobre las ordenanzas (STS 21-2-2007). Por otro lado, en ausencia de remisión legal expresa, sólo en ocasiones excepcionales la costumbre ha sido aplicada por la jurisprudencia para cubrir lagunas de la norma escrita.

6.2. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Distinto de la costumbre de origen social, es el precedente administrativo, es decir, la reiteración por parte de la Administración en la aplicación de un determinado criterio para supuestos sustancialmente idénticos. Estos usos o prácticas de la Administración se diferencian de la costumbre, primero porque se trata de usos o reglas deducidos del comportamiento de la Administración sin intervención de los administrados, cuya conducta aquí es irrelevante; y, segundo, porque la práctica o precedente administrativo no tiene por qué estar avalado por un cierto grado de reiteración o antigüedad, bastando un único comportamiento en el caso del precedente (PARADA VÁZQUEZ). De este modo, al faltar el elemento espiritual de la costumbre o conciencia colectiva sobre la intención de producir Derecho (BOQUERA OLIVER), estas prácticas administrativas no se pueden asimilar a la costumbre propiamente dicha. Además, en Derecho Administrativo, las Administraciones Públicas sólo pueden producir Derecho en ejercicio de la potestad reglamentaria —con las exigencias y límites antes señalados—.

Por estas razones, la doctrina entiende que los precedentes administrativos no constituyen normas de Derecho y, en consecuencia, tampoco vinculan, en principio, a la propia Administración, la cual puede apartarse de ellos. Ahora bien, la Administración no puede modificar sus criterios arbitrariamente. Por el contrario, existen dos tipos de límites para la Administración: desde un punto de vista formal, siguiendo el criterio de las leyes anteriores, la LPAC —art. 35.1.c)— obliga a la Administración a motivar las resoluciones que se separen del criterio seguido en actuaciones preceden-

tes, de modo que la Administración debe exponer las razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de criterio operado; y desde un punto de vista material, la Administración no puede eludir determinados principios generales del Derecho constitucionalizados, como son los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 CE—, igualdad en la aplicación de la Ley —art. 14 CE— y objetividad de la actuación administrativa —art. 103.1 CE—, principios éstos que reclaman un mismo tratamiento ante casos o situaciones iguales, vedando, pues, la discriminación de trato en los casos en que concurran las mismas circunstancias (LÓPEZ PELLICER).

Desde la perspectiva de los administrados, para que el precedente sea invocable sobre la base del principio de igualdad ante la Ley, la jurisprudencia viene exigiendo los requisitos siguientes: que exista una relación de identidad o semejanza entre el caso litigioso y el invocado a título de precedente; que no exista una razón de interés público relevante que justifique un cambio de criterio; y que el precedente alegado sea ajustado a Derecho, pues en el caso de precedentes ilegales se considera que debe prevalecer el principio de legalidad sobre el de igualdad, de modo que no puede reclamarse igualdad en la ilegalidad (SSTS 23-4-2007; 15-1-2008, RJ 2008/848; 7-2-2011, RC 5438/2009; 16-1-2012, RC 4273/2010), criterio éste que puede dar lugar a agravios en el caso de potestades administrativas de intervención o gravamen —caso de la potestad sancionadora—.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALONSO GARCÍA, R.: *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992.
- BAÑO LEÓN, J. M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.
- BELLO PAREDES, S.: *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*, INAP, Madrid, 2002.
- BLANQUER, D.: *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid, 1998.
- BLASCO DÍAZ, J. L.: *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- EMBED IRUJO, A.: «La potestad reglamentaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 29 (1991), pp. 73-123.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Estudio preliminar a nota bibliográfica sobre la potestad reglamentaria», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 17 (1994), pp. 263 ss.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *El control jurisdiccional de los Reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GARCÍA MACHO, R.: *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.
- LÓPEZ MENUDO, F.: *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, IGO, Sevilla, 1982.
- MELERO ALONSO, E.: *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MOROTE SARRIÓN, J. V.: *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- REBOLLO PUIG, M.: «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *Revista de Administración Pública*, n.º 125 (1991), pp. 7-173.
- SÁNCHEZ GOYANES, E.: *La potestad normativa del municipio español*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000.
- TOSCANO GIL, F.: *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006.
- «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

BLOQUE TEMÁTICO 2

LA ORGANIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

TEMA 5

LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. LA ESTRUCTURA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1.1. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Cada Administración pública individualmente considerada constituye básicamente una organización social (BAENA), es decir, una ordenación de medios personales, reales y financieros para el cumplimiento de un fin. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, como ya se avanzó en el Tema 3, el criterio que permite determinar cuándo una organización pública dada constituye una Administración pública es el de la *personalidad jurídica*. Es decir, no se trata de un criterio material (en función, p. ej., de que la organización alcance ciertas dimensiones o complejidad estructural), sino que el único criterio definitivo es el dato puramente *formal* en virtud del cual el ordenamiento jurídico atribuye a una organización pública personalidad jurídica propia. En este sentido, tan Administración es la enorme y compleja Administración general del Estado, que engloba a todos los Ministerios y sus órganos periféricos, como el más humilde de los Ayuntamientos españoles.

Ahora bien, como todas las personas jurídicas, las Administraciones Públicas actúan necesariamente a través de concretas personas físicas, lo que plantea el problema, común a todas las personificaciones inmateriales, de determinar cuándo la actuación de persona física puede ser imputada a la Administración. Para resolver esta cuestión, el ordenamiento jurídico cuando crea una Administración Pública no se limita a atribuir personalidad jurídica a tal entidad, sino que desglosa las funciones generales de la organización —las *competencias*— y las asigna a unidades funcionales abstractas, llamadas *órganos administrativos*, al frente de los cuales se sitúan determinadas personas físicas —los *titulares* de los órganos—. Dicho de otro modo, el ordenamiento no se detiene en las fronteras externas marcadas por la personalidad jurídica, sino que penetra en el interior de la Entidad, a la cual estructura en una red de *unidades funcionales abstractas* (SANTAMARÍA PASTOR), es decir, unidades que tienen asignadas una parcela de las funciones genéricas de la organización en su conjunto.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, únicamente son órganos administrativos propiamente dichos las unidades a las cuales el ordenamiento jurídico les atribuye *competencia* para expresar externamente la voluntad de la Administración a la

que pertenecen, de forma que aquélla queda vinculada por esa actuación, la cual se imputa directamente a la Administración como un todo. Así, por ejemplo, cuando un alcalde firma un contrato se entiende que vincula no a él a título personal sino a la entidad en nombre de la cual actúa. De este modo, únicamente son órganos administrativos las unidades funcionales dotadas por el ordenamiento de competencia, es decir, de *capacidad de imputación jurídica*, o lo que es igual, de capacidad para vincular externamente a través de sus actos a la entidad en la que se encuadran. En este sentido, la LRJSP —art. 5.1— dispone que tendrán «la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se le atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo» (figura 1).

FIGURA 1

Estructura de las Administraciones Públicas

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO CON PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA
ÓRGANO ADMINISTRATIVO	UNIDAD INTERNA DE UNA ADMINISTRACIÓN DOTADA DE <i>COMPETENCIA</i> EXTERNA
UNIDAD ADMINISTRATIVA	UNIDAD INTERNA DE UNA ADMINISTRACIÓN SIN <i>COMPETENCIA</i> EXTERNA

1.2. CRITERIOS DE ESTRUCTURACIÓN DE LOS ÓRGANOS

Como se ha dicho, cada Administración Pública no es una organización simple —integrada por un único órgano administrativo—, sino compleja, estructurada por una pluralidad, mayor o menor según los casos, de órganos administrativos. A este respecto, existen tres criterios de estructuración de las Administraciones Públicas:

— *Criterio material*. Supone la distribución de la competencia por fines o materias —*ratione materiae*—, es decir, se trata de un reparto funcional o por especialización en un sector o subsector de las funciones asignadas a la organización. Éste es el criterio que preside la tradicional estructuración de la Administración General del Estado en departamentos ministeriales, y que han asumido también las Administraciones de las Comunidades Autónomas mediante la división en Consejerías. Pero, incluso, dentro de un mismo Ministerio o Consejería este criterio funcional sirve para delimitar diversos órganos —como las Direcciones Generales— dedicados a una parcela específica de las funciones del Departamento.

— *Criterio jerárquico*. Sirve para distribuir la competencia entre órganos que tienen la competencia funcional sobre una misma materia —p. ej., un Director General y un Ministro—. En estos casos, el criterio jerárquico ordena la distribución competencial mediante un reparto vertical, atribuyendo inicialmente a los órganos superiores de la estructura las competencias y potestades de mayor trascendencia. En cambio, este criterio jerárquico no interviene entre órganos con distinta competencia material —p. ej., entre un Delegado Provincial de Educación y un Consejero de Sa-

lud—, y ello por innecesario, pues las relaciones entre estos órganos están articuladas con arreglo al criterio de la competencia.

— *Criterio territorial*. Se aplica para distribuir la competencia entre órganos de una misma Entidad con idénticas competencias materiales y situados a un mismo nivel jerárquico —p. ej., entre dos Delegaciones Provinciales de una misma Consejería—. Para ello se establece un reparto horizontal, por razón de territorio —*ratione loci*—, fijando las oportunas divisiones o circunscripciones territoriales —autonómicas, provinciales...— (figura 2).

FIGURA 2

Criterios de estructuración de los órganos

CRITERIO MATERIAL	REPARTO FUNCIONAL O POR ESPECIALIZACIÓN POR MATERIAS O SECTORES	DIVISIÓN DE DEPARTAMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN
CRITERIO JERÁRQUICO	REPARTO VERTICAL EN FUNCIÓN DE LA TRASCENDENCIA DE LAS COMPETENCIAS	DIVISIÓN ENTRE ÓRGANOS SUPERIORES Y SUBORDINADOS
CRITERIO TERRITORIAL	REPARTO HORIZONTAL MEDIANTE DEMARCACIONES TERRITORIALES	DIVISIÓN ENTRE ÓRGANOS CENTRALES Y PERIFÉRICOS

1.3. LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Los órganos administrativos están desempeñados por una o varias personas físicas, que son los titulares de los órganos.

1.3.1. *El procedimiento de investidura*

Para adquirir la condición de titular de un órgano es necesario que se haya completado debidamente el correspondiente procedimiento de «investidura». De hecho, el ejercicio de funciones públicas de modo ilegítimo puede ser constitutivo de delito de usurpación —arts. 402 y 402 bis Código Penal—. A este respecto, caben dos formas básicas de adquisición de la titularidad de un órgano: bien mediante procedimientos electivos más o menos democráticos —p. ej., los Concejales de un Ayuntamiento o el Rector de una Universidad—, o bien mediante designación por el titular de otro órgano —p. ej., los Ministros y Consejeros autonómicos—. A este respecto, debe señalarse que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, los poderes públicos deben procurar atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan —art. 16—.

Independientemente del modo de adscripción, suelen ser requisitos comunes la publicación de la elección o nombramiento en el boletín oficial que corresponda, así como

la efectiva toma de posesión del cargo. Asimismo, a efectos de transparencia, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, ordena la publicación de los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional —art. 6.1—.

Una vez adquirida la condición de titular de un órgano, al menos en los casos de titulares electos, el sujeto está asistido por el derecho constitucional al ejercicio de las funciones en igualdad de condiciones —art. 23.2 CE—, en el sentido de que este derecho implica el de no ser removidos del cargo si no es por causa y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos, así como el derecho a ejercer las funciones propias de su cargo en condiciones de igualdad —SSTC 10/1983, 28/1984—.

1.3.2. *La suplencia*

Para los casos de vacante, ausencia circunstancial —p. ej., por vacaciones o estancia fuera del territorio de la Administración— o enfermedad —siempre que sea transitoria— del titular de un órgano, con objeto de garantizar la continuidad en el funcionamiento de la Administración, la LRJSP —art. 13.1— prevé su *suplencia* por otra persona —«suplente»—, que sustituirá a aquél temporalmente en el ejercicio de sus competencias —p. ej., un Vicepresidente del Gobierno respecto al Presidente, o un Teniente de Alcalde respecto al Alcalde—. En todo caso, la suplencia tiene un carácter esencialmente temporal, circunstancial, pues su función consiste en evitar la paralización de los servicios, si la situación de suplencia se prolonga, debe nombrarse un nuevo titular. En cuanto a la designación del suplente, la LRJSP —art. 13.2— se limita a establecer una regla supletoria: si la norma correspondiente no designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano inmediato (superior) de quien dependa. Por lo demás, en cuanto a sus efectos, dado que la suplencia no supone alteración alguna de la competencia —art. 13.2—, por ello la Ley precisa que para su validez no es necesaria su publicación. No obstante, en las resoluciones y actos que se dicten mediante suplencia, se hará constar esta circunstancia y se especificará el titular del órgano en cuya suplencia se adoptan y quien efectivamente está ejerciendo esta suplencia —art. 13.4 LRJSP—.

De otro lado, los titulares de los órganos unipersonales no pueden abstenerse voluntariamente a intervenir en un asunto de su competencia —arts. 8.1 LRJSP y 88.5 LPAC—, fuera de los casos expresamente previstos por la Ley como motivo de abstención —art. 23.2 LRJSP—. Una abstención de *motu proprio* indebida o una orden de apartarse o una recusación improcedente afectan al regular reparto de la competencia (STS 17-7-2003, Rec. 5997/1999). En el caso de que el titular del órgano deba abstenerse, por lo general, entra en juego también el mecanismo de suplencia o sustitución —art. 13.1 LRJSP—.

1.3.3. *El cese*

Hay varias causas de cese comunes a los titulares de los órganos: el fallecimiento —obviamente—, la anulación de la elección o designación en virtud de sentencia judicial, la inhabilitación para el ejercicio de cargo público en virtud de condena penal firme, la incapacidad sobrevenida de carácter permanente, que en algunos casos precisa ser declarada formalmente, y la renuncia, la cual es configurada por la jurisprudencia (STC 214/1998; STS 23-1-2006, Rec. 231/2004) como una declaración de voluntad unilateral recepticia, de carácter personalísimo, lo que implica que no precisa la acepta-

ción del destinatario, pero su autor es libre de revocarla antes de que haya sido «tomada en conocimiento» por su destinatario —p. ej., el Pleno de una Corporación Local—. Asimismo, existen otras causas específicas de cada caso —extinción del mandato, destitución por el órgano que lo designó, incompatibilidad sobrevenida...—.

1.4. LAS CLASES DE ÓRGANOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

1.4.1. *Clases de órganos administrativos*

Los órganos administrativos se clasifican con arreglo a criterios diversos.

— *Desde el punto de vista funcional.* Se distinguen: los *órganos activos*, llamados también órganos de gestión, esto es aquellos cuya función exclusiva o predominante consiste en la emisión de declaraciones de voluntad, es decir, decisiones, resoluciones —p. ej., un Ministro, un Alcalde...—; *órganos consultivos*, cuya función exclusiva o predominante consiste en la emisión de declaraciones de opinión o juicio —p. ej., el Consejo de Estado o los Consejos Consultivos creados por las Comunidades Autónomas—; *órganos de control*, cuya función consiste en emitir actos de fiscalización de la actividad de los órganos activos —por ejemplo, la Intervención General en la Administración del Estado—. En relación con los órganos consultivos, según la LRJSP —art. 7—, la Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa (como los citados consejos consultivos), o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica (cuerpos de letrados de la Administración).

— *Desde un punto de vista territorial.* Desde esta perspectiva se distingue entre *órganos centrales* y *órganos periféricos*, siendo los primeros aquellos que tienen competencia sobre todo el territorio de la Administración Pública a la que pertenezca, y periféricos aquellos cuya competencia se circunscribe a una parte del territorio de la Administración de que se trate. Por esta razón tan central es el Consejo de Ministros como el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma.

— *Desde un punto de vista estructural.* Desde esta perspectiva se distinguen los *órganos unipersonales* y los *órganos colegiados*. En los primeros el titular del órgano es un única persona física —p. ej., un Alcalde, un Ministro—, mientras que en los colegiados la titularidad corresponde a una pluralidad de personas físicas ordenadas horizontalmente —p. ej., el Pleno de un Ayuntamiento—, de tal modo que todas ellas concurren a formar la voluntad, juicio u opinión del órgano, sin que ninguna de ellas, ni siquiera el Presidente, pueda arrogarse para sí esta facultad (SANTAMARÍA PASTOR). Debido a su complejidad estructural, los órganos colegiados plantean una problemática propia, que se trata seguidamente.

1.4.2. *Los órganos colegiados*

a) *Noción y funciones.* Puede considerarse válida, con carácter general, la noción contenida en la LRJSP —art. 20.1— para la Administración General del Estado, según la cual son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas («tres hacen colegio»), a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, y que actúen integrados en la Administración. Esta exigencia de un acuerdo de creación formal y las

funciones indicadas permiten diferenciar a los órganos colegiados de los meros grupos o comisiones de trabajo que puedan crearse para estudiar o preparar asuntos, sin que sus acuerdos puedan tener efectos frente a terceros —art. 22.3 LRJSP—.

Los órganos colegiados se crean para fines muy diversos: como el desempeño de funciones consultivas (p. ej., el Consejo de Estado), el impulso de la coordinación interna en una Administración (p. ej., una Comisión Interministerial), la promoción de la cooperación interadministrativa, dando entrada a representantes de otras Administraciones (p. ej., una Conferencia Sectorial), el fomento la participación de la sociedad civil, a través de representantes de organizaciones sociales (p. ej., el Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social), o la adopción de determinados juicios técnicos (p. ej., un tribunal de oposiciones o una mesa de contratación), sin que los fines indicados sean incompatibles entre sí. Por todo ello, no es de extrañar la extraordinaria proliferación de órganos colegiados en todos los niveles administrativos.

b) *Régimen jurídico*. La Ley 30/1992, siguiendo el criterio de la anterior Ley de Procedimiento de 1958, estableció una serie de reglas comunes para todos los órganos colegiados, si bien con una finalidad fundamentalmente supletoria, a falta de reglas específicas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional —STC 50/1999— consideró que buena parte de las reglas previstas en la Ley 30/1992 invadían las competencias organizativas de las Comunidades Autónomas, por lo que eran de aplicación a la Administración del Estado. Por su parte, la LRJSP —arts. 15 a 18— entre reglas básicas aplicables a los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas, y reglas aplicables a los órganos colegiados de la Administración General del Estado y de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de ella —arts. 19 a 22—, si bien no siempre es claro el criterio seguido por el legislador para discriminar las reglas básicas de aquellas que no lo son. Con carácter general, el régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas básicas, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran —arts. 15.1 y 20.3 LRJSP—.

Asimismo, los órganos colegiados con funciones consultivas (con autonomía orgánica y funcional), así como aquéllos en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, y pueden establecer o completar sus propias normas de funcionamiento —arts. 7 y 15.2 LRJSP—.

c) *Creación*. Con carácter general, la LRJSP —art. 15.3— se limita a ordenar que el acuerdo de creación y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados que dicten resoluciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros deberán ser publicados en el Boletín o Diario Oficial de la Administración Pública en que se integran. Adicionalmente, las Administraciones podrán publicarlos en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento (regla de publicidad activa). En realidad, al tratarse de órganos administrativos, el acuerdo de creación no sólo debe publicarse en un diario oficial, sino que debe estar plasmado en una ley o disposición general —así art. 22.1 LRJSP—, salvo que se trate de un órgano interadministrativo, en cuyo caso pueden ser creador mediante convenio entre las Administraciones participantes.

Asimismo, en relación con la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, la LRJSP —art. 20.2— precisa que la constitución de un órgano colegiado tiene como presupuesto indispensable la determinación en su norma de creación o en el convenio, de los siguientes extremos: a) Sus fines u objetivos. b) Su

integración administrativa o dependencia jerárquica. *c)* La composición y los criterios para la designación de su Presidente y de los restantes miembros. *d)* Las funciones de decisión, propuesta, informe, seguimiento o control, así como cualquier otra que se le atribuya. *e)* La dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

d) Estructura. Los órganos colegiados son órganos estructuralmente complejos pues, por una elemental cuestión de organización, en todo órgano colegiado existen al menos dos miembros cualificados —el Presidente y el Secretario—, que actúan como una especie de «órganos internos» del órgano colegiado, puesto que tienen asignadas unas funciones específicas sobre el resto de los miembros del órgano colegiado —llamados comúnmente «vocales»—.

— *Miembros cualificados.* En sus normas básicas, la LRJSP no entra a regular cómo han de ser designados el Presidente y Secretario de cada órgano. No obstante, debe resaltarse que la LRJSP —art. 16.1— prevé la posibilidad de que el Secretario sea tanto un miembro del órgano como una persona al servicio profesional de la Administración Pública correspondiente —tal como sucede tradicionalmente en el ámbito de la Administración Local—, en cuyo caso el Secretario carecerá de los derechos propios los miembros del órgano —básicamente tendrá voz, pero no voto—.

Por su parte, al Presidente y Secretario del órgano les corresponden determinadas atribuciones —que no derechos— en relación con el funcionamiento del mismo. Sin perjuicio de las referencias específicas que se harán más seguidamente, al Presidente le compete, en general, ostentar la representación del órgano, acordar la convocatoria de las sesiones y presidirlas, así como velar por el cumplimiento de la legalidad —art. 19.2 LRJSP—, y al Secretario velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas —art. 16.2—. Para la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.4— pormenoriza las funciones del Secretario (como recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano, sean notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento).

— *Vocales.* Los derechos de miembros del órgano colegiado se reconducen en última instancia al derecho a participar, en igualdad de condiciones, en la formación de la voluntad o juicio del órgano. El resto de los derechos previstos en la LRJSP —art. 19.3— recibir la convocatoria, participar en los debates...), y a los que se hará referencia en cada momento, son instrumentales de este derecho principal. Asimismo, es común que la condición de miembro de un órgano colegiado esté vinculada a la cualidad de ostentar la titularidad de un cargo público: son los llamados miembros «natos» —art. 19.3.c)—. Además, en determinados órganos colegiados, como los de carácter interadministrativo y/o participativos, determinados miembros del órgano pueden tener la condición de «portavoces» —art. 17.2 LRJSP—. En todo caso, los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano (—art. 19.3—, regla prevista para la Administración General del Estado, pero perfectamente generalizable).

En el ámbito de la Administración General del Estado, la LRJSP sí prevé reglas para la suplencia, de carácter eminentemente supletorio. Así, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden —art. 19.2—. Por su parte, la sustitución temporal del Secretario se realizará según lo dispuesto en

las normas específicas de cada órgano y, en su defecto, por acuerdo del mismo. Y los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiera —art. 19.3—.

e) *Funcionamiento*. La formación de la voluntad en los órganos unipersonales no plantea problemas, pues la voluntad de la persona física titular del órgano se imputa automáticamente a la voluntad del órgano. En cambio, en los órganos colegiados es necesaria una serie de reglas de constitución y funcionamiento de estos órganos que garanticen que la voluntad de los mismos se integra adecuadamente, posibilitando la participación de todos sus miembros.

— *Convocatoria de la sesión*. La reunión del órgano en «sesión» requiere lógicamente la previa convocatoria de los miembros del órgano. En función de la convocatoria se distinguen dos tipos de sesiones: «ordinarias», aquellas que responden a una periodicidad prefijada —semestral, mensual...—, ya sea en una norma o por acuerdo del órgano, y sesiones «extraordinarias», que serían las convocadas al margen de las sesiones ordinarias. Con carácter de norma básica, la LRJSP —art. 17.3— dispone que los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento.

Como regla aplicable inicialmente a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.2.a)— establece que corresponde al Presidente del órgano acordar la convocatoria tanto de las sesiones ordinarias como extraordinarias, así como la fijación del *orden del día*, «teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación», precepto que ha sido interpretado en el sentido de que la determinación de las convocatorias de las sesiones y el orden del día de las reuniones no constituyen decisiones discrecionales del presidente del órgano, el cual debe atender a las peticiones de todos los que ayudan a formar la voluntad del mismo en orden a que la colegialidad se vea reforzada, dado que el Presidente no lo es con efectos jerárquicos sino que solo es una figura de *primus inter pares* a la que la Ley atribuye determinadas funciones para un adecuado funcionamiento del órgano colegiado (STS 25-9-2009, RC 2581/2007).

Curiosamente, no establece la LRJSP como regla básica el derecho de los miembros del órgano colegiado a recibir la convocatoria de la sesión con el orden del día con una antelación mínima. Tal derecho sí se recoge para el ámbito de la Administración General del Estado —art. 19.3.a)—: recibir, con una antelación mínima de dos días, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.

Asimismo, de la LRJSP —art. 17.2— establece, con el carácter de norma básica, que no es necesaria la convocatoria si están reunidos, de manera presencial o a distancia, el Secretario y todos los miembros del órgano —*quórum universal*—, o, en su caso, las personas que les suplan, y, así lo deciden «todos» sus miembros (la Ley 30/1992 únicamente exigía un acuerdo adoptado por mayoría absoluta).

Corresponde al Secretario efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden del Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo —art. 19.4.b), norma no básica—. Sí es básica la regla según la cual, salvo que no resulte posible, las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos, haciendo constar en la misma el orden del día junto con la documentación necesaria para su deliberación cuando sea posible, las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión —art. 17.3—.

— *Constitución de la sesión.* Tradicionalmente, las sesiones de los órganos colegiados ha requerido, como es lógico, la presencia física de los miembros del colegio, si bien en algunos casos se ha admitido una suerte de delegación de voto. No obstante, la Ley 11/2007 introdujo la posibilidad de celebrar sesiones por medios telemáticos. Así, la LRJSP —art. 17.1—, establece con carácter de norma básica que todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario. En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

En todo caso, ya sea en sesión presencial o a distancia, para que el órgano se constituya válidamente debe cumplirse el llamado quórum de constitución o *quórum estructural*, es decir el número mínimo de miembros del órgano que deben reunirse. La LRJSP —art. 17.2— establece, como regla básica, que para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros. Con todo, la propia LRJSP —art. 17.3— admite, con carácter básico, que el régimen de convocatorias de los órganos podrá «prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano», número que por lógica será más reducido —p. ej., un tercio—. Así, alguna norma autonómica establece que en segunda convocatoria, si las normas propias del órgano no han especificado el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano, el quórum se alcanza con la asistencia de una tercera parte de los miembros, con un mínimo de tres (Ley 26/2010 de Cataluña —art. 17—).

— *Desarrollo de la sesión.* El desarrollo de la sesión está condicionado por el orden del día, en el sentido de que no podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que asistan todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la «urgencia» del asunto por el voto favorable de la mayoría —art. 17.4 LRJSP, norma básica—. Como reglas aplicables a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.3.b)— dispone que los miembros del órgano ostentan el derecho genérico a participar en los debates de las sesiones, si bien atribuye, asimismo, al Presidente la facultad de moderar el desarrollo de los debates e, incluso, de suspenderlos por causas justificadas —art. 19.2.c)—.

— *Adopción de acuerdos.* Los miembros del órgano participan en la adopción del acuerdo del órgano mediante el ejercicio de su derecho al voto —art. 19.3.c)—, ya sea votando a favor o en contra de la propuesta. Asimismo, en principio, el derecho al voto implica también el derecho a abstenerse a votar, es decir, la abstención es una manifestación del derecho al voto dentro de un órgano colegiado (llamada en ocasiones abstención voluntaria o activa, para distinguirla de la abstención obligatoria o pasiva del art. 23 LRJSP). Ello es posible gracias a la regla general de adopción de acuerdos por mayoría simple de los miembros presentes —art. 17.5 LRJSP, norma básica—, de tal modo que las abstenciones no obstaculizan la adopción de acuerdos y, por tanto, el ejercicio de la competencia por parte del órgano. Asimismo, los miembros del órgano pueden formular un voto particular, así como expresar el sentido de

su voto y los motivos que lo justifican —art. 19.3.c), norma no básica—. Ello es importante puesto que la LRJSP —art. 17.6— establece, ahora sí en una regla básica, que cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Ahora bien, como regla aplicable a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.3.c)— establece que no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, «tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan», lo cual parece lógico pues la inhibición que entraña la abstención parece incompatible con la representación de los intereses públicos que corresponde a dichos sujetos. No obstante, según el Supremo (STS 17-7-2003, rec. 5997/1999), esta prohibición debe interpretarse de forma estricta, pues se trata de un precepto limitativo de la libertad de actuación y, en suma, de la independencia de los miembros de los órganos colegiados. No puede extenderse, en consecuencia, a los miembros de cualquier órgano colegiado designados por la Administración, si esta designación no debe recaer precisamente en autoridades o funcionarios determinados que se incorporan al órgano en función de su competencia y actúan en éste como forma de ejercicio o prolongación de la misma.

En cuanto al quórum de adopción de acuerdos —también llamado *quórum de funcionamiento*—, es decir el número mínimo de miembros del órgano que deben votar favorablemente un acuerdo para que éste se entienda válidamente adoptado por el órgano, como se indicó antes, la LRJSP —art. 17.5— opta por la mayoría simple de los miembros asistentes, esto es por la concurrencia de un mayor número de votos positivos que negativos, no computándose las abstenciones ni las ausencias (en el mismo sentido, art. 47.1 LRBRL—). No obstante, las normas correspondientes podrán imponer mayorías cualificadas para la adopción de determinados acuerdos —p. ej., mayoría absoluta—.

En caso de empate, en un precepto aplicable a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.2.d)— recoge la regla según la cual el Presidente puede dirimir el empate (con el llamado voto de «calidad»), excepto si se trata de órganos participativos o de cooperación interadministrativa, en cuyo caso el voto del Presidente sólo será dirimente si así lo establecen sus propias normas.

— *El acta de las sesiones.* De cada sesión que celebre el órgano colegiado el Secretario debe levantar un *acta* en la que se documentan sus acuerdos. Como normas básicas, la LRJSP —art. 18.1— dispone que el acta especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar (cuando se asista a distancia, los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia —art. 17.5—) y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

De este modo, la Ley no requiere una transcripción literal de las deliberaciones de cada reunión, y ni siquiera el sentido del voto de los miembros en cada asunto. No obstante, la LRJSP —art. 18.1—, en una norma básica, permite que se graben las sesiones que celebre el órgano colegiado. En tal caso, el fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, «podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones».

De otro lado, como se señaló antes, el sentido del voto expresado por cada miembro en de cada asunto no es en absoluto irrelevante. Así, en un precepto aplicable a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.5— establece que, a solicitud

de los respectivos miembros del órgano, en el acta deberá figurar el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que, en ausencia de grabación de la reunión aneja al acta, aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma. Además, los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de dos días, que se incorporará al texto aprobado.

Con el carácter de norma básica, la LRJSP —art. 18.2— dispone que el Secretario elaborará el acta con el visto bueno del Presidente —así art. 19.2.f) y 4.d)—, que podrá aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente. Tradicionalmente, dado que la confección del acta requería de un trabajo del Secretario, su aprobación solía realizarse en la sesión siguiente del órgano. No obstante, gracias a las nuevas tecnologías, la LRJSP pretende impulsar que la aprobación del acta tenga lugar en la misma sesión. Así, establece con el carácter de norma básica que el acta se remitirá, a través de medios electrónicos, a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión. Y como regla aplicable a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.5— dispone que se considerará aprobada «en la misma sesión» el acta que, con posterioridad a la reunión, sea distribuida entre los miembros y reciba la conformidad de éstos por cualquier medio del que el Secretario deje expresión y constancia, regla de cierto interés para los casos de renovación de órganos colegiados.

— *Certificaciones de los acuerdos.* Como regla básica, la LRJSP —art. 17.7— dispone que quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo pueden dirigirse al Secretario del órgano colegiado para que les expida una «certificación» de sus acuerdos. La certificación será expedida por medios electrónicos, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no tenga obligación de relacionarse con las Administraciones por esta vía. Según la jurisprudencia, este derecho que comprende la facultad de obtener una información completa sobre el acuerdo adoptado (STS 25-10-2002). No obstante, debe observarse que en el ámbito local se prevé que cualquier ciudadano, sin necesidad de acreditar un interés especial, tiene derecho a obtener certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y de sus antecedentes —art. 70.3 LRBRL—.

Por otro lado, dado que —como nos consta— es posible que el acta no se apruebe en la misma sesión, en un precepto aplicable a la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 19.5— dispone que aun cuando no se haya aprobado el acta, el Secretario puede emitir certificación sobre los acuerdos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta. En estos casos de certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia. Por lo demás, corresponde al Presidente visar las certificaciones de los acuerdos del órgano —art. 19.2.f), precepto no básico—.

1.5. LAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS

Los órganos administrativos no son las únicas unidades funcionales en que se estructura una Administración Pública, sino que generalmente subordinados a los órganos administrativos existe un conjunto o red de *unidades administrativas*, que reciben

las denominaciones más diversas —Negociados, Secciones, Servicios, Direcciones...— y que tienen asignadas tareas de auxilio y apoyo a los órganos administrativos, pero que a diferencia de éstos carecen de capacidad para expresar externamente la voluntad de la Administración en la que están integrados —competencia—, sino que son unidades internas de la Administración, cuya creación y estructuración interna obedece a un elemental principio de división del trabajo interno en cada organización (SANTAMARÍA PASTOR). En este sentido, la LRJSP —art. 56.1, precepto no básico— establece que las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Las unidades comprenden los puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Pueden existir unidades administrativas complejas, que agrupen dos o más unidades menores.

Desde un punto de vista procedimental, estas unidades carecen, por lo general, de competencias resolutorias, de modo que su función se limita a la producción de actos de trámite: ordenación de los trámites del procedimiento —p. ej., recepción de los documentos en un registro, notificación de actos...—, y a su instrucción —p. ej., emisión de informes técnicos y de propuestas de resolución—. Desde un punto de vista subjetivo y en términos aproximativos, al frente y al cargo de estas unidades administrativas está, no ya la clase política, sino el personal al servicio profesional de las Administraciones Públicas, es decir la burocracia administrativa —como regla general, los funcionarios públicos—, y, por tanto, personal sujeto al principio de imparcialidad —art. 103.3 CE—, y cuya selección debe obedecer, no ya a criterios de confianza política, sino a los principios de mérito y capacidad —art. 103.3 CE— (figura 3).

FIGURA 3

Diferencias (aproximadas) entre órganos y unidades administrativas

DIFERENCIAS	ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS	UNIDADES ADMINISTRATIVAS
FUNCIÓN	DECISORIA	DE APOYO Y ASISTENCIA
ACTOS	RESOLUTORIOS	DE TRÁMITE
TIPO DE PERSONAL	AUTORIDADES Y CARGOS PÚBLICOS	PERSONAL AL SERVICIO PROFESIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN
PROVISIÓN	CARGOS DE DESIGNACIÓN O ELECCIÓN	SELECCION PÚBLICA (MÉRITO Y CAPACIDAD)
DURACIÓN	TEMPORAL	ESTABLE

2. LOS PRINCIPIOS ORGANIZATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2.1. EL PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN

La Constitución —art. 103.1— declara a la descentralización como uno de los principios que informan el sistema de Administraciones Públicas. La doctrina espa-

ñola viene conceptuando la descentralización de un modo abstracto, como una transferencia de competencias entre dos Administraciones Públicas, es decir, como una traslación de competencias *intersubjetiva* (GARRIDO FALLA). A partir de esta noción técnico-formal, se han distinguido dos clases de descentralización:

— *La descentralización territorial*. Es la descentralización tradicional, que opera entre Administraciones Públicas territoriales —p. ej., de la Administración del Estado a las Entidades Locales—, y que por ello ha tenido siempre un marcado carácter político: así, desde la Constitución de 1812, toda la historia del régimen local español ha girado en buena medida en torno a opciones políticas centralizadoras —generalmente las moderadas y conservadoras— o descentralizadoras —con matices, las liberales—.

— *La descentralización funcional*. También denominada *descentralización institucional* o por servicios, opera entre una Administración territorial y una Administración institucional o especializada, y así se expresa incluso la LRJSP —art. 88—. A diferencia de la anterior, esta operación obedece a una finalidad, en principio, exclusivamente técnica: se trata de crear un instrumento al servicio de una gestión más ágil y eficaz de los servicios y funciones públicas, pues al atribuirse personalidad jurídica propia a una parte de la organización administrativa, los actos de la nueva entidad así creada se imputan jurídicamente a ella y no a la Administración matriz, lo cual permite a esta Administración una gestión especializada de los servicios y funciones públicas. No obstante, la doctrina (ARIÑO ORTIZ) señala que la llamada descentralización funcional constituye en realidad una descentralización «ficticia», pues la Entidad que se crea presenta un carácter instrumental frente al Ente matriz, de modo que su autonomía es meramente formal. La vinculación de la entidad especializada con la organización matriz y los controles de ésta sobre aquélla son tan estrechos que existe una incuestionable relación de subordinación.

Abundando en esta postura, el concepto de descentralización debe ser conectado con la configuración del Estado español como un Estado Autonómico —arts. 2 y 137 CE—, es decir, un Estado que garantiza un pluralismo político territorial. La traslación de competencias de una Administración general a una Administración especializada no parece obedecer al principio constitucional de descentralización, sino a los principios de eficacia u objetividad, según se trate de Administraciones instrumentales o independientes, respectivamente. El principio de descentralización, como expresión del pluralismo político territorial, presenta dos vertientes:

— *Estructural*. Consiste en la creación de comunidades políticas —y consiguientemente de Administraciones Públicas generales—. Así la creación de las Comunidades Autónomas supuso un fenómeno genuino de descentralización, pero también se produce ésta, naturalmente a otra escala, cuando tiene lugar la creación de un Municipio por segregación de otro.

— *Dinámica*. Consiste en la traslación de competencias de una comunidad política mayor a otra menor —y consiguientemente entre sus Administraciones Públicas generales—: p. ej., del Estado a las Comunidades Autónomas a través de leyes de transferencia y delegación —art. 150.2 CE—, o del Estado y las Comunidades Autónomas a las Entidades Locales mediante las técnicas de delegación de competencias previstas en la LRBRL—arts. 27 y 37—, con la nota común de que la entidad que cede sus competencias se reserva la titularidad última sobre las mismas así como determinadas potestades de control sobre el Ente delegatario, si bien debe respetarse —para que exista una verdadera descentralización— la autonomía de gestión del Ente delegatario, algo que no ocurre con determinadas técnicas como la encomienda de gestión —art. 11 LRJSP—.

2.2. EL PRINCIPIO DE DESCONCENTRACIÓN

Generalmente se entiende que una Administración es «concentrada» cuando las competencias resolutorias están predominantemente atribuidas a los órganos superiores de la organización, y, a la inversa, se entiende que es «desconcentrada» cuando existe una mayor atribución de competencias resolutorias en los órganos inferiores. De este modo, concentración y desconcentración no son principios absolutos. La Constitución —art. 103.1— declara su preferencia hacia la desconcentración como principio del sistema administrativo. El principio —tendencial— de desconcentración consiste en trasladar competencias —tanto su titularidad como su ejercicio— de órganos superiores a órganos jerárquicamente dependientes aquéllos —art. 8.2 LRJSP—. Así debe subrayarse que la desconcentración, a diferencia de la descentralización, es una operación que se agota en el seno de una Administración Pública dada, es decir, que da lugar a una traslación de competencias *interorgánica*, y que por ello presenta un marcado carácter técnico, con la finalidad de descongestionar el trabajo de los órganos superiores de la Administración.

En todo caso, debe observarse que la desconcentración propiamente dicha exige una traslación de la titularidad misma de la competencia, lo que la diferencia de la delegación de competencias interorgánica que sólo afecta al ejercicio de la competencia —art. 8.1 LRJSP—. El principio de desconcentración presenta dos manifestaciones:

— Por un lado, constituye una directiva constitucional genérica en favor de una atribución a los órganos inferiores de las Administraciones Públicas de una cierto nivel de competencias, lo cual ha de operar en cada caso concreto mediante las normas legales y/o reglamentarias que procedan para alterar la distribución de competencias previamente existente. Por ello, la LRJSP —art. 8.2— se limita a disponer que las competencias atribuidas a los órganos administrativos «podrán» ser «desconcentradas» en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos «en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias».

— De otro lado, el principio de desconcentración constituye un principio de interpretación. Así, la LRJSP —art. 8.3— establece que si alguna disposición atribuye competencia a una Administración sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.

Sin embargo, entendemos que esta concepción de la desconcentración como simple transferencia competencial de los órganos superiores en los inferiores es errónea. La traslación de competencias entre órganos centrales subordinados no constituye más que una opción técnica, que como tal debe conectarse, en cada caso concreto, con el principio de eficacia, pero que no debe entenderse como una opción indiscriminada de la Constitución, pues en tal caso carecería de justificación su mención como principio con identidad propia. La desconcentración propiamente dicha debe significar algo más, y ese algo más estriba en que la operación de desconcentración debe tener una relevancia directa para los ciudadanos, y esta relevancia existirá cuando la traslación de competencias opere, no sólo entre órganos subordinados sino además entre órganos centrales y órganos periféricos de la Administración de que se trate, pues en tal caso se produce un claro beneficio para los administrados, al contar con una Administración, sino más participada —como ocurre con el principio de descentralización— sí, al menos, más próxima. Interpretada así, sí aparece justificada la opción genérica de la Constitución por el principio de desconcentración (figura 4).

FIGURA 4

Descentralización-desconcentración

DESCENTRALIZACIÓN AP → AP	DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL	AP GENERAL ↓ AP GENERAL
	DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL	AP GENERAL ↓ AP ESPECIALIZADA
DESCONCENTRACIÓN AP ↻	ÓRGANO ADMINISTRATIVO SUPERIOR ↓ ÓRGANO ADMINISTRATIVO INFERIOR	

2.3. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

2.3.1. *Concepto y ámbito*

Desde el punto de vista de su organización interna, cada Administración constituye una estructura de órganos vinculados por relaciones de supra y subordinación, que conforman una organización de tipo piramidal, si bien en ocasiones no hay un único vértice sino dos —caso de las Corporaciones Locales, en las cuales la jerarquía se reparte entre el Pleno y el Presidente—. En contra de lo que pudiera parecer a primera vista, esta subordinación de órganos no es contraria al principio democrático sino que es precisamente una exigencia de éste, pues garantiza que las decisiones adoptadas en el vértice de la pirámide organizativa por los órganos de Gobierno son ejecutadas por los órganos y agentes de la Administración Pública. De este modo, se asegura la subordinación del poder burocrático al poder político. En este sentido, la Constitución —art. 103.1— recogió expresamente el principio de jerarquía como uno de los principios que informan el sistema administrativo.

En cuanto al ámbito del principio de jerarquía, éste no funciona en las relaciones interadministrativas, pues el mero hecho formal de la personalidad jurídica propia impide el sometimiento jerárquico de dos organizaciones administrativas. Por tanto, su ámbito se reduce al seno de una misma Administración Pública, es decir en las relaciones interorgánicas. Pero incluso dentro de una misma Administración el principio de jerarquía no juega en todo tipo de relaciones interorgánicas pues cuando se establece una distribución funcional de la competencia —p. ej., entre dos Ministerios— o teniendo las mismas competencias materiales sus competencias se circunscriben a ámbitos territoriales diversos —p. ej., dos Delegados del Gobierno—: en tales casos, el principio que va a presidir la relación será el de competencia. De este modo, el principio de jerarquía actúa en las relaciones entre órganos con idéntica competencia material y territorial.

Asimismo, en otros casos el principio de jerarquía está expresamente excluido. Así, la LRJSP —art. 7, de carácter básico— establece que la Administración consul-

tiva (tanto si se articula mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional como a través de los servicios de la propia Administración activa), no podrá estar sujeta a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional. Y, de modo similar, los órganos colegiados de composición interadministrativa o participativa quedan integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado —art. 15.2 LRJSP—.

Y en otros supuestos la relación jerárquica se presenta debilitada: esto sucede cuando el órgano inferior es titular de competencias de carácter exclusivo, debido a su condición técnica —Tribunales de oposiciones, Comisiones resolutorias de concursos para la provisión de puestos de trabajo, instructores de expedientes sancionadores...—, así como en las actividades prestacionales basadas en una competencia profesional (confección de proyectos por ingenieros, tareas asistenciales prestadas por facultativos...). En este sentido, algunas normas sectoriales establecen que determinados funcionarios o agentes de la autoridad actúan, en el ejercicio de sus funciones, con plena autonomía técnica y funcional —caso de los Inspectores de Trabajo según la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social —art. 15.1—. En todos estos supuestos, con evidentes variaciones, no existe una verdadera relación de jerarquía sino de dirección, que únicamente permite a los órganos superiores un condicionamiento externo de la actividad. Así, por ejemplo, se puede ordenar que se elabore un informe sobre un asunto y en un plazo, o una inspección a un establecimiento concreto, pero no se puede exigir formalmente que el informe o el acta de inspección tenga un contenido o resultado concreto.

2.3.2. *Las técnicas de mando o dirección*

El principio de jerarquía es fundamento, a su vez, de diversas potestades o técnicas de dirección y control de la actividad de los subordinados por parte de los superiores. Las técnicas de mando o dirección tienen por objeto dirigir u ordenar la actividad de los órganos inferiores.

— *La orden de servicio.* Consiste en la imposición de una conducta al órgano o unidad inferior en relación con un asunto o conjunto de asuntos. Por su carácter concreto, el incumplimiento o desobediencia de una orden puede constituir una infracción disciplinaria de carácter muy grave —art. 95.2 EBEP—, e, incluso, una infracción de carácter penal —art. 410 Código Penal—. Ahora bien, el incumplimiento de una orden de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos —art. 6.2 LRJSP—.

— *La instrucción.* A diferencia de la orden, las instrucciones y circulares presentan un carácter general, pues se dirigen a una serie de órganos subordinados —art. 6.1 LRJSP—. Estas técnicas tienen por finalidad establecer pautas, criterios de actuación y de interpretación de la legislación por los que han de regirse los órganos y las unidades administrativas dependientes del órgano que las dicta, al objeto de garantizar una aplicación homogénea de las normas. Estas instrucciones, dado su carácter interno, no constituyen normas reglamentarias, por ello pueden ser dictadas por órganos administrativos que carecen de potestad reglamentaria —caso de los Subsecretarios y Directores Generales de la Administración General del Estado—, sin necesidad de seguir el procedimiento de elaboración de los Reglamentos, y, además, no precisan ser publicadas en un diario

oficial. No obstante, la LRJSP —art. 6.1— dispone que cuando una disposición —hay que entender legal o reglamentaria— así lo establezca, o «se estime conveniente» por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones se publicarán en el periódico oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la cual establece que las Administraciones Públicas publicarán las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos —art. 7.a)—, si bien es claro que esta publicación no constituye requisito de eficacia de las instrucciones, sino que tiene una función de transparencia e información administrativa.

En cuanto a sus efectos, dada su falta de naturaleza normativa, está claro que las instrucciones no vinculan a los particulares. Ahora bien, el incumplimiento de una instrucción podrá constituir una infracción disciplinaria de carácter leve por incumplimiento de los deberes y obligaciones —art. 8.e) Reglamento de régimen Disciplinario de la Administración del Estado—. No obstante, dada su ausencia de carácter normativo, la LRJSP —art. 6.2— establece que el incumplimiento de las instrucciones no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, y, en este sentido, la jurisprudencia ha señalado que las Instrucciones tienen como únicos destinatarios, a los órganos jerárquicamente subordinados a los que imparten unos determinados criterios de actuación. Es decir, se trata de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico (SSTS 26-1-2007 y 2-3-2007) (figura 5).

FIGURA 5

Diferencias entre reglamentos e instrucciones

	REGLAMENTOS	INSTRUCCIONES
NATURALEZA	NORMAS	ACTOS INTERNOS
ÓRGANOS COMPETENTES	ÓRGANOS DE GOBIERNO	CUALQUIER ÓRGANO ADMINISTRATIVO CON SUBORDINADOS A SU CARGO
PROCEDIMIENTO	AUDIENCIA A ORGANIZACIONES SOCIALES Y DICTÁMENES PRECEPTIVOS	INFORMAL
PUBLICACIÓN	REQUISITOS DE VALIDEZ	NO ES REQUISITO DE VALIDEZ, PERO ES OBLIGATORIA EN ALGUNOS CASOS
EFFECTOS HACIA LOS CIUDADANOS	VINCULANTES	NO VINCULANTES
CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO	ACTO CONTRARIO AL REGLAMENTO ES ILEGAL	ACTO CONTRARIO A LA INSTRUCCIÓN NO ES NECESARIAMENTE ILEGAL

— *El plan o programa*. Es una técnica de dirección más compleja que las anteriores, pues incorpora la variable del tiempo y la técnica de dirección por objetivos, así como la posterior evaluación de la actividad realizada. Cada vez es más frecuente su previsión en normas sectoriales —p. ej., los planes anuales de inspección—, pues permite un uso más eficiente de los recursos públicos, lo cual constituye un mandato constitucional —art. 31.2 CE—. En este sentido, algunas normas autonómicas imponen un *principio de programación de la gestión administrativa*, mediante programas plurianuales y anuales en los que se definan objetivos concretos, las actividades, los medios necesarios para llevarlos a cabo, así como el tiempo estimado para su ejecución y su evaluación periódica (Dto. Legislativo de Aragón 2/2001 —art. 45—; Ley de La Rioja 4/2005 —art. 6—; Ley de Andalucía 9/2007 —art. 4—). Y la LRJSP —art. 3.1.g)— declara entre los principios generales de actuación de las Administraciones Públicas, el de planificación y dirección por objetivos.

2.3.3. *Las técnicas de control*

Con la finalidad de que los órganos superiores puedan fiscalizar la actividad de los órganos inferiores, el ordenamiento contempla un amplio abanico de técnicas o facultades de control. Algunos controles presentan un carácter sistemático, en el sentido de que actúan sobre todos los actos (o una clase) emanados por el órgano inferior, y que pueden actuar de un modo previo a la adopción del acto (*autorización*) o posterior a la misma (*ratificación*), y en ambos casos no tienen por qué ceñirse a un control de legalidad, sino que, debido a la relación jerárquica, pueden constituir un control de oportunidad o conveniencia de la medida a adoptar o ya adoptada. No obstante, hay que entender que estos controles de autorización y ratificación sólo actúan en los casos expresamente previstos por el ordenamiento, pues en principio debe presumirse que la atribución de competencias a un órgano es completa, de modo que no precisa para su perfección de autorización o ratificación por parte de un órgano superior.

Junto a los indicados controles especiales, el ordenamiento atribuye a los órganos superiores diversos instrumentos generales de control sobre los actos de los órganos inferiores: 1.º) la facultad de conocer en todo momento la actividad que realiza el órgano subordinado, y que no se ciñe a la facultad de exigir la presentación de memorias elaboradas por el órgano subordinado, sino que permite un acceso directo a la documentación en poder de dicho órgano, que, en última instancia, puede llevarse a cabo mediante la facultad de inspección de los servicios del órgano inferior —p. ej., art. 73.4 LRJSP—; 2.º) la potestad de suspender la eficacia de los actos del inferior; 3.º) la potestad de resolver los recursos administrativos de alzada que se interpongan contra los actos de los inferiores —art. 121.1 LPAC—; 4.º) la facultad de promover el procedimiento de revisión de oficio de los actos de los inferiores —art. 111 LPAC—; 5.º) la potestad de resolver los conflictos de competencia que se planteen entre los órganos inferiores —art. 14.3 LRJSP—; 6.º) la facultad de instar al órgano correspondiente la incoación de un expediente disciplinario.

2.4. EL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN

Dado que el principio de jerarquía —como acaba de verse— actúa exclusivamente en las relaciones entre órganos del mismo ámbito funcional (y aun en este ámbito su

alcance puede ser limitado), es necesario acudir a otros principios que garanticen la unidad de la actuación de los distintos órganos, necesidad mayor cuanto más compleja es la estructura de una Administración. Así, de un lado, debe destacarse que, aun cuando el reparto de competencias materiales en cada Administración territorial obedece a una distribución entre Departamentos de corte sectorial (sanidad, educación, agricultura, comercio...), determinadas acciones pueden requerir la actuación conjunta, o al menos coherente, desde diversos Departamentos. Pero, de otro lado, en cada Administración territorial existen Departamentos de carácter horizontal, cuya actuación incide sobre el conjunto de la estructura administrativa (p. ej., departamentos competentes en materia de gestión económica y de recursos humanos). En este sentido, la Constitución —art. 103.1— enuncia de modo explícito el sometimiento de la Administración al principio de coordinación. Ahora bien, debe advertirse que, a diferencia de lo que sucede con el principio de jerarquía, el principio de coordinación también juega en las relaciones interadministrativas, de modo que debe distinguirse entre una coordinación interna y una coordinación interadministrativa.

Con carácter general, el principio de coordinación exige que cada órgano debe ponderar en el ejercicio de sus competencias, no sólo sus fines propios, sino también los de la Administración en la que se integra como conjunto, sin impedir ni dificultar a los otros el cumplimiento de las competencias que tengan asignadas (Dto. Legislativo de Aragón 2/2001 —art. 44—). Por su parte, las técnicas de coordinación interna responden a dos tipos: orgánica y funcional. Las primeras consisten en la creación de órganos cuya función primordial consiste en coordinar la actividad de varios órganos. En unos casos se trata de órganos unipersonales, a los cuales la función de coordinación les dota de una cierta posición de superioridad, similar a la jerárquica: así en relación con la Administración General del Estado pueden señalarse a los Vicepresidentes del Gobierno a nivel central, y a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas a nivel periférico. Pero los más abundantes son los órganos colegiados, en los cuales se integran todos los titulares de los órganos o unidades cuya actuación se pretende coordinar: así, en relación con la Administración General del Estado, en el ámbito central, pueden citarse las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Subsecretarios y Secretarios de Estado, y, en el ámbito territorial, las Comisiones de Coordinación que asisten a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas. Pero existen, además, en la Administración General del Estado múltiples Comisiones interministeriales y departamentales para asuntos variados (art. 21.1 LRJSP).

En cuanto a las técnicas de coordinación funcional, las más común consiste en la participación a través de la emisión de un informe preceptivo en el procedimiento gestionado por otro Departamento u órgano: así, en el ámbito de la Administración General del Estado es muy común que los Ministerios deban someter sus actuaciones con repercusión sobre la organización administrativa, régimen de personal o procedimientos administrativos a informe (que, en ocasiones, debe ser favorable) e, incluso, aprobación previa del MHAP —p. ej., arts. 26.5 Ley del Gobierno y 54.2 LRJSP—. Otra técnica es la exigencia de que determinados actos deban proponerse o adoptarse de común acuerdo por los órganos implicados, p. ej., mediante una Orden Ministerial conjunta. Así, p. ej., los Estatutos de los Organismos Públicos se aprueban por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio al que el organismo esté vinculado o sea dependiente —art. 93.2 LRJSP—. También pueden utilizarse planes y programas de coordinación en los que se fijen objetivos comunes a los que habrán de ajustarse los centros directivos afectados, así como la emisión de directrices y criterios técnicos de actuación.

3. LA POTESTAD ORGANIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

3.1. NOCIÓN

Las Administraciones Públicas son básicamente organizaciones sociales, y es inmanente a toda organización la facultad de autoorganizarse dentro de ciertos límites (BAENA DEL ALCÁZAR). En este sentido, toda Entidad —tanto pública como privada— es en parte heterónomamente organizada por el Derecho —ya sea Público o Privado— y, en parte, se autoorganiza. En lo que se refiere a la Administración, puede decirse que la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas es la potestad administrativa que consiste en la capacidad de las Administraciones para estructurar su organización —manifestación estructural— y gestionar los medios al servicio de la misma —manifestación funcional— para el más eficaz cumplimiento de su función de servicio a los intereses generales. Por ello, ambas manifestaciones de la potestad autoorganizatoria deben estar presididas por el principio de eficacia —art. 103.1 CE—, en la medida en que una organización adecuada es presupuesto y *conditio sine qua non* de la eficacia de la actuación de la Administración —STC 178/1989—.

Asimismo, aunque tradicionalmente se ha entendido que en materia organizativa, considerada como un ámbito «doméstico» o interno, la Administración disfrutaba de una amplia discrecionalidad, de tal modo que se admitía la figura del Reglamento independiente —es decir, sin necesidad de previa habilitación legal—, en la actualidad, debe tenerse presente que, en relación con diversos aspectos considerados típicamente organizatorios, la Constitución impone diversas reservas de Ley —como de inmediato se verá—.

3.2. LA POTESTAD ORGANIZATIVA ESTRUCTURAL

Esta potestad presenta, a su vez, un triple alcance (figura 6).

FIGURA 6

La potestad organizatoria estructural

NIVEL TERRITORIAL	CREACIÓN DE ADMINISTRACIONES ESPECIALIZADAS	CREACIÓN-MODIFICACIÓN DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS	CREACIÓN-MODIFICACIÓN DE UNIDADES ADMINISTRATIVAS
ESTADO	RESERVA DE LEY	RESERVA DE LEY RELATIVA/ REGLAMENTO ESTATAL	RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	RESERVA DE LEY	RESERVA DE LEY RELATIVA/ REGLAMENTO AUTONÓMICO	RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO
ENTIDADES LOCALES	REGLAMENTO ORGÁNICO	<ul style="list-style-type: none"> • LEY BÁSICA ESTATAL • LEGISLAC. AUTONÓMICA • REGLAMENTOS LOCALES 	RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

3.2.1. *Creación y supresión de Administraciones especializadas*

Ésta sería la facultad de mayor alcance de la potestad organizatoria, pues supone cabalmente la constitución de una nueva Administración, es decir, de una organización dotada de personalidad jurídica-pública propia. No obstante, hay que distinguir los dos niveles territoriales.

— *Estatal y autonómica.* Aunque la Constitución no establece explícitamente una reserva de ley para la creación de Administraciones estatales, esta reserva de ley hay que entenderla implícita en el artículo 97 CE, cuando reserva al Gobierno la dirección de la Administración del Estado. Por tanto, entendemos que la Administración General del Estado carece de la facultad de crear, por sí misma, Administraciones especializadas. E idénticos argumentos cabe extender a las los ordenamientos autonómicos a partir de la atribución estatutaria al Presidente y al Consejo de Gobierno de la coordinación de la Administración de la Comunidad Autónoma.

— *Local.* A diferencia de lo que ocurre en las instancias anteriores, la LRBRL —art. 85.2— faculta a las Corporaciones Locales para la creación de sus propias Administraciones especializadas —organismos autónomos—. Ello es así porque en este nivel imponer una reserva de ley habría sido contrario a la autonomía local, puesto que las Entidades Locales carecen de potestad legislativa. Por lo demás, la creación de estos organismos está reservada al Pleno de la Corporación Local —art. 22.2.f) LRBRL—, e incluso hay que entender que forma parte del Reglamento Orgánico de la Corporación.

3.2.2. *Creación, modificación y supresión de órganos administrativos*

Con carácter general, la LRJSP —art. 5.3— establece que la creación de cualquier órgano exigirá el cumplimiento de los requisitos siguientes: determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica —de la que se excepcionan, art. 15.2, los órganos colegiados participativos y de cooperación interadministrativa; delimitación de sus funciones y competencias; y dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento. Además, la LRJSP —art. 5.4— añade que no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población.

En todo caso, debe observarse que, dado que la creación de un órgano administrativo está necesariamente ligada a la atribución a dicho órgano de determinadas competencias, únicamente las normas —Leyes y Reglamentos— pueden crear —y, consecuentemente, modificar y suprimir— órganos administrativos, pues sólo el ordenamiento pueden asignar competencias a los órganos. Dicho de otro modo, esta manifestación de la potestad organizatoria debe encauzarse necesariamente mediante el ejercicio de una potestad normativa, lo cual supone que, en términos generales, esta potestad sólo está al alcance de las Administraciones Generales, no así de las especializadas, las cuales generalmente poseen una potestad limitada a ordenar aspectos de régimen interior —art. 89.2 LRJSP, respecto a los Organismos Públicos—. En cualquier caso, debe distinguirse según el nivel de que se trate.

— *Estatatal*. Sin perjuicio de algunas normas específicas relativas a determinados órganos estatales —caso del Consejo de Estado—, la Constitución —art. 103.2— establece, con carácter general, que los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados «de acuerdo con la Ley», de modo que no impone necesariamente que la creación de los órganos administrativos se efectúe por ley *ad hoc* —STC 60/1986—, sino que se trata de una reserva de ley relativa, función que cumple en la actualidad la LRJSP —tal como se verá en el tema siguiente—.

— *Autonómico*. En lo que se refiere al ordenamiento andaluz, el Estatuto no establece ninguna reserva de ley para la creación de órganos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía. De este modo, la potestad reglamentaria no tendrá otros límites que los derivados de la primacía de la ley, manifestada principalmente en la Ley 6/1983 de Gobierno y Administración. A este respecto, debe señalarse que esta Ley —arts. 16.4, 26.12— reparte la facultad de creación y supresión de los órganos centrales de la Administración General de la Junta de Andalucía entre el Presidente y el Consejo de Gobierno.

— *Local*. La LRBRL —arts. 20.1 y 32.1— ordena directamente determinados «órganos necesarios» de los Municipios de régimen común y Provincias —Pleno, Presidente, Comisiones de Gobierno—. El resto de los órganos de estas Administraciones locales —los llamados «órganos complementarios»— dependerá de la legislación autonómica —que en algunos casos impone la creación determinados órganos, como ciertos Consejos Sectoriales—, y, por último, de cada Corporación Local, a través de su propio Reglamento Orgánico.

3.2.3. *Creación, modificación y supresión de unidades administrativas*

Mientras que la creación de órganos administrativos se realiza mediante Ley y Reglamento, la creación de unidades se efectúa mediante la aprobación y modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo —arts. 56.3 y 59.3 LRJSP—, y por ello se trata de una manifestación de la potestad autoorganizativa común a todas las Administraciones Públicas, incluidas las especializadas. En este sentido, la LRJSP —art. 5.2— establece que corresponde a cada Administración delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

3.3. LA POTESTAD ORGANIZATORIA FUNCIONAL

Esta potestad incide no ya sobre las estructuras organizativas— sujetos, órganos, unidades— sino sobre los medios o recursos —humanos y materiales— de las Administraciones Públicas e, incluso, tradicionalmente se han englobado también dentro de la misma a la organización de los propios servicios públicos. Con carácter general, debe señalarse que, si bien tradicionalmente se consideraba que los sujetos destinatarios o afectados por estas potestades están sometidos a una «relación de especial sujeción» frente a la Administración, en la actualidad el ordenamiento —incluso constitucional— reconoce a tales sujetos determinados derechos que constituyen un límite a una supuestamente omnímoda potestad administrativa de autoorganización. De modo meramente indicativo, pueden mencionarse las manifestaciones funcionales siguientes:

— *Facultad de establecimiento o cierre de un servicio público.* Calificada tradicionalmente por la jurisprudencia como una potestad discrecional, debe señalarse que en el ámbito local algunos servicios públicos municipales tienen un carácter obligatorio —art. 26.1 LRBRL— y, consecuentemente, los vecinos son titulares de un derecho subjetivo a su establecimiento —art. 18.1 LRBRL—. Y, en este sentido, el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004) faculta a los vecinos para formular reclamaciones contra el presupuesto municipal por omitir el crédito «necesario» para el cumplimiento de las obligaciones exigibles al Ayuntamiento en virtud de precepto legal. Con todo, lo cierto es que la inclusión en el presupuesto del crédito correspondiente no equivale evidentemente a la implantación efectiva del servicio, de modo que esta fórmula presenta una eficacia muy relativa (GARCÍA DE ENTERRÍA, QUINTANA LÓPEZ).

— *Facultad de opción por la forma de gestión de un servicio público.* La legislación —arts. 253 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y 85.2 LRBRL— habilita a las Administraciones Públicas para elegir entre formas de gestión *directa* de los servicios públicos —es decir, básicamente por la propia Administración titular del servicio o mediante una organización instrumental— o *indirecta* —principalmente, a través de un tercero ligado a la Administración mediante contrato administrativo—. El único límite para elegir la forma de gestión del servicio consiste en que, en ningún caso, pueden prestarse por gestión indirecta (ni mediante forma de sociedad mercantil) los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos —art. 275.1 T.R. LCSP—. Así, la jurisprudencia tiene declarada la imposibilidad de adjudicar a personas privadas la función recaudadora (SSTS 31-10-1997, Ar. 7.242; 11-1-2002, Ar. 1.836).

FIGURA 7

Formas de gestión de los servicios públicos

GESTIÓN DIRECTA	MEDIANTE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN GENERAL	
	MEDIANTE UNA ADMINISTRACIÓN ESPECIALIZADA	
	MEDIANTE UNA SOCIEDAD MERCANTIL ÍNTEGRAMENTE PÚBLICA (EMPRESA PÚBLICA)	
GESTIÓN INDIRECTA	A TRAVÉS DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS	CONCESIÓN
		GESTIÓN INTERESADA
		CONCIERTO
		SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA (EMPRESA PÚBLICA)

— *Facultad de ubicación de instalaciones o centros públicos.* Considerada también una facultad discrecional, la reciente jurisprudencia ha señalado que está sujeta a ciertos límites: así, por ejemplo, la jurisprudencia ha rechazado que un Ayuntamiento pudiera ubicar un centro de tratamiento de drogodependientes en la proximidad de centros escolares.

— *Facultades de ordenación de los servicios.* Son múltiples, tales como la adscripción de personal a un centro, de creación y amortización de puestos de trabajo, de fijación de horarios o turnos de servicio y atención al público... A este respecto debe tenerse en

cuenta que, según el EBEP, cuando la potestad organizativa pueda tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, deberá procederse a la *consulta* a las organizaciones sindicales más representativas —art. 37.2.a)—.

4. LAS TRASLACIONES COMPETENCIALES INTERORGÁNICAS

4.1. EL PRINCIPIO DE LA INDISPONIBILIDAD DE LA COMPETENCIA

La LRJSP —art. 12.1—, declara que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo en los casos de delegación y avocación. Este principio de intransmisibilidad de la competencia tiene su fundamento en que la atribución de competencia es una decisión normativa, sobre la que el órgano titular de la competencia carece de facultad de disposición, salvo naturalmente en los casos previstos en el ordenamiento jurídico (SANTAMARÍA PASTOR).

4.2. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

La delegación de competencias interorgánica es el acto en virtud del cual un órgano administrativo —*órgano delegante*— traslada a otro órgano administrativo de la misma Administración Pública —*órgano delegado* o delegatario— el ejercicio de competencias propias, con la finalidad de descongestionar las funciones del órgano delegante. De este modo, la delegación viene a constituir una técnica de gestión administrativa (MAURI MAJOS), naturaleza instrumental acentuada desde la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, al suprimir toda exigencia de justificación de su ejercicio. La delegación interorgánica se caracteriza por las notas siguientes:

— *Supone trasladar el ejercicio de la competencia, sin alcanzar a su titularidad.* A diferencia de la desconcentración, la delegación no afecta a la «titularidad» de la competencia, que se reserva el órgano delegante, sino únicamente a su «ejercicio» —art. 8.1 LRJSP—, de modo que el órgano delegante puede en cualquier momento revocar la delegación, y recuperar el ejercicio de la competencia —art. 8.6 LRJSP—. Ello es así porque si la delegación afectara a la titularidad de la competencia, supondría una pérdida de la misma, lo cual requiere la modificación de la norma atributiva de la competencia de que se trate.

— *No precisa que exista una subordinación jerárquica entre los órganos implicados.* Tradicionalmente la delegación interorgánica se encuadraba exclusivamente en las relaciones jerárquicas, de modo que el órgano delegante debía ser el superior jerárquico del órgano delegado. Sin embargo, en la Administración local se contemplaba ya la delegación de competencias entre órganos no subordinados jerárquicamente —como el Pleno y el Presidente de una Corporación Local—. Por esta razón, dado su ámbito general para todas las Administraciones Públicas, la LRJSP —art. 9.1— permite expresamente la delegación entre órganos que no estén subordinados jerárquicamente entre sí.

— *Prohibición de subdelegación.* La LRJSP —art. 9.5— prohíbe la subdelegación, salvo naturalmente autorización expresa por una Ley —así art. 117 ROF—. Por tanto, sólo cabe, en principio, la delegación de las competencias «propias» del órgano

delegante, pero no de las competencias que éste tenga, a su vez, atribuidas por delegación de otro órgano.

Ahora bien, no todas las competencias son susceptibles de delegación. La LRJSP —art. 9.2— prohíbe la delegación de determinadas competencias: los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, Presidencia del Gobierno, Cortes Generales, Presidencias de los Consejos de Gobierno y Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, la potestad reglamentaria, la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso, así como otras materias determinadas por norma con rango de ley. En este sentido, la propia LRJSP —art. 9.5— excluye la delegación de la competencia para resolver un asunto cuando se haya emitido con anterioridad dictamen preceptivo acerca del mismo.

En cuanto a los requisitos de la delegación, en el ámbito de la Administración General del Estado, la delegación de competencias debe ser aprobada previamente por el órgano ministerial de quien dependa el órgano delegante y en el caso de los Organismos públicos o Entidades vinculados o dependientes, por el órgano máximo de dirección, de acuerdo con sus normas de creación. Cuando se trate de órganos no relacionados jerárquicamente será necesaria la aprobación previa del superior común si ambos pertenecen al mismo Ministerio, o del órgano superior de quien dependa el órgano delegado, si el delegante y el delegado pertenecen a diferentes Ministerios —art. 9.1—. En el ámbito de la Administración Local, la delegación de atribuciones requiere, para ser eficaz, su aceptación por parte del órgano delegado —art. 114.1 ROF—. De otro lado, la LRJSP —art. 9.7— establece que la delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum o mayoría especial, deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum o mayoría. Asimismo, la LRJSP —art. 9.3— establece que las delegaciones de competencia —y su revocación— deben publicarse en el Boletín Oficial correspondiente, según la Administración a la que pertenezca el órgano delegante y el ámbito territorial de competencia de éste.

Aunque la LRJSP no dice nada al respecto, generalmente se entiende que la delegación interorgánica de competencias es por término indefinido, salvo que la resolución o acuerdo de la delegación disponga otra cosa, o la temporalidad de la misma se derive de la propia naturaleza de la delegación —así art. 118 ROF—.

En cuanto al ejercicio de la delegación, la LRJSP —art. 9.4— establece que las resoluciones que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia —lo cual se suele hacer en la antefirma: autoridad delegante, fecha del acuerdo de delegación y Boletín Oficial en que se publicó—. De este modo, los terceros podrán conocer que la competencia se ejerce por delegación. Respecto a los efectos de la delegación, las resoluciones así dictadas se considerarán dictadas por el órgano delegante —art. 9.4 LRJSP—, lo cual tiene relevancia a efectos de interposición de un eventual recurso administrativo contra una resolución dictada en ejercicio de una competencia delegada. Así, en el ámbito de la Administración Local, se establece que corresponde, en consecuencia, al órgano delegante la resolución de los recursos de reposición que puedan interponerse, salvo que en el acuerdo de delegación expresamente se confiera la resolución de los recursos de reposición contra los actos dictados por el órgano delegado —art. 115.c) ROF—.

Por último, el órgano delegante puede reservarse facultades de dirección y control sobre el ejercicio de las competencias delegadas. Más aún en el ámbito local, si no se dispone otra cosa, el órgano delegante conservará determinadas facultades en relación con la competencia delegada, como la de recibir información detallada de la

gestión de la competencia delegada y de los actos emanados en virtud de la delegación, así como la de ser informado previamente a la adopción de decisiones de trascendencia —art. 115 ROF—. En cuanto a la extinción de la delegación, como se ha señalado antes, la delegación es revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido —art. 9.3—, si bien debe entenderse que el cambio de titular del órgano delegante o del órgano delegado sólo extingue la delegación si así lo ha establecido el acto de delegación (así expresamente Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, o art. 114.2 ROF).

4.3. LA AVOCACIÓN DE COMPETENCIAS

Según la LRJSP —art. 10.1—, la avocación es el acto en virtud del cual un órgano superior —*órgano avocante*— asume para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponde a un órgano jerárquicamente inferior —*órgano avocado*—. De este modo, y a diferencia de la delegación, la LRJSP circunscribe la facultad de avocación en las relaciones de jerarquía. Ahora bien, al igual que la delegación, la avocación no afecta a la titularidad de la competencia, que conserva el órgano avocado, sino únicamente al ejercicio de la misma. Pero, a diferencia de la delegación, la avocación no tiene nunca un carácter general, sino que sólo puede afectar a un caso concreto.

En cuanto a las materias susceptibles de avocación, la LRJSP —art. 10.1— dispone que la avocación puede incidir tanto sobre competencias propias u ordinarias del órgano subordinado como sobre las que éste ejerza por delegación. Respecto a esta segunda posibilidad, si se trata de competencias delegadas por el propio órgano avocante, no plantea problemas —pues, si puede lo más, es decir revocar la delegación, podrá lo menos, avocarla para un caso concreto—. Ahora bien, si la competencia fue delegada por otro órgano, la LRJSP —art. 10.1— ha dispuesto que el conocimiento de un asunto únicamente podrá ser avocado por el órgano delegante, no por el órgano jerárquico superior.

En cuanto a los requisitos de la avocación, a diferencia de la delegación que no exige valoración de circunstancia alguna, la LRJSP —art. 10.1— exige que la avocación sea conveniente debido a circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial. Asimismo, y a diferencia también de lo que ocurre con la delegación, la LRJSP —art. 10.2— exige expresamente que el acto de avocación sea motivado. Además, dado su carácter singular, el acto de avocación no precisa ser publicado, exigencia que se sustituye por la notificación del mismo a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad o simultáneamente a la resolución final que se dicte. No obstante, por tratarse de un acto de trámite que en principio no supone indefensión —art. 112.1 LPAC—, la LRJSP —art. 10.2— establece que contra el acuerdo de avocación no cabrá recurso, aunque podrá impugnarse en el recurso que, en su caso, se interponga contra la resolución del procedimiento.

Por último, respecto a los efectos de la avocación, aunque nada dice la Ley, hay que entender (PARADA VÁZQUEZ) que la resolución que adopte el órgano avocante se imputa a éste y no al órgano avocado, de modo que contra la resolución que dicte el órgano avocante caben los recursos que procedan contra los actos ordinarios de este órgano (en contra, ENTRENA CUESTA). Finalmente, los efectos de la avocación se extinguen al adoptarse la resolución por el órgano avocante (figura 8).

FIGURA 8

Diferencias entre la delegación y la avocación

DIFERENCIAS	DELEGACIÓN	AVOCACIÓN
SENTIDO DEL TRASLADO COMPETENCIAL	TRASLADO DE UN ÓRGANO SUPERIOR A OTRO INFERIOR O NO SUBORDINADO	TRASLADO DE UN ÓRGANO INFERIOR A OTRO SUPERIOR
RELACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS AFECTADOS	EL ÓRGANO DELEGANTE NO ES NESARIAMENTE SUPERIOR DEL ÓRGANO DELEGADO	EL ÓRGANO AVOCANTE ES NESARIAMENTE SUPERIOR DEL ÓRGANO AVOCADO
ALCANCE DEL TRASLADO COMPETENCIAL	ALCANCE GENERAL	ASUNTO CONCRETO
REQUISITOS FORMALES	PUBLICACIÓN	NOTIFICACIÓN
EFFECTOS	LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR EL ÓRGANO DELEGADO SE IMPUTAN AL ÓRGANO DELEGANTE	LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR EL ÓRGANO AVOCANTE SE IMPUTAN AL ÓRGANO AVOCANTE

4.4. LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN

La LRJSP —art. 11.1— contempla la posibilidad de que los órganos administrativos y las Entidades de Derecho público puedan encomendar a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración la realización de actividades de carácter material o técnico de su competencia, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. De este modo, la encomienda de gestión es una técnica muy dúctil, pues puede ser empleada tanto en las relaciones interorgánicas como interadministrativas. Ahora bien, las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratación pública. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en dicha legislación (—art. 24.6 LCSP, y los llamados contratos domésticos o *in house providing*, que se estudian en el Tema relativo a la Contratación Pública.

En cuanto su alcance, la propia LRJSP —art. 11.2— declara que la encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. Por tanto, mediante esta técnica de la encomienda de gestión no se traslada al órgano encomendado la competencia para adoptar actos resolutorios, sino sólo actividades preparatorias o de ejecución de dichas resoluciones (p. ej., de recepción e informe de solicitudes dirigi-

das a la Administración encomendante), así como actividades de mera gestión técnica (p. ej., servicios de custodia y gestión documental).

Para su perfección, la encomienda de gestión requiere la formalización del acuerdo o del convenio, según se trate entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma o distinta Administración. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente —art. 11.3 LRJSP—, así como se impone su publicación el correspondiente portal de transparencia —art. 8.1.b) Ley 19/2013—.

4.5. LA DELEGACIÓN DE FIRMA

La LRJSP —art. 12.1— establece que los titulares de los órganos administrativos, en materia de su competencia, bien que ostenten por atribución (propias) o por delegación, podrán delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, con los mismos límites señalados en la Ley para la delegación de competencias —art. 9.2—. A diferencia de la delegación de competencia, la delegación de firma no altera la competencia del órgano delegante —art. 12.2—, por tanto, los actos firmados por autorización de firma se consideran dictados, a todos los efectos, por el órgano titular de la competencia (así, Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña —art. 11—). Por esta razón, para la validez de la delegación de firma no es necesaria su publicación —art. 12.2—, ni su notificación a las personas interesadas (así la citada Ley 26/2010 de Cataluña). Por último, en las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar esta circunstancia y la autoridad de procedencia —art. 12.3 LRJSP—.

4.6. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS INTERORGÁNICOS

En ocasiones pueden suscitarse controversias entre dos órganos de una misma Administración Pública, bien cuando un órgano considere que la competencia que ejerce otro órgano sobre un asunto le corresponde a él —*conflicto positivo*—, o cuando entienda que la competencia que se le asigna en un caso concreto le corresponde a otro órgano —*conflicto negativo*—. La LRJSP —art. 14.3— establece dos requisitos: primero, que los órganos implicados en el conflicto no estén subordinados jerárquicamente entre sí, pues en tal caso resolvería unilateralmente el órgano superior; segundo, que el asunto que suscita el conflicto no haya sido resuelto aún, es decir, que no haya finalizado el procedimiento.

Lo característico de los conflictos interorgánicos es que son resueltos por la propia Administración Pública a la que pertenecen los órganos en conflicto, y no por los tribunales o por otra Administración, pues se consideran conflictos internos (STC 214/1989). En la Administración General del Estado, si el conflicto se produce entre órganos de un mismo Ministerio lo resolverá en un plazo de 10 días el superior jerárquico común de los órganos en conflicto, sin que quepa recurso alguno —Disp. Adic. 11.ª LRJSP—, y si se produce entre órganos de distintos Ministerios, lo resolverá el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado —art. 22.7 LOCE—. Por su parte, en relación con las Administraciones locales, la LRBRL —art. 50.1— establece que la competencia para resolver el conflicto corresponde al Pleno

cuando afecte a órganos colegiados y al Presidente de la Corporación en el resto de los casos.

Asimismo, sin perjuicio de la actuación de oficio del órgano que se considere competente (conflicto positivo) o incompetente (conflicto negativo), según los casos (para la Administración General del Estado véase Disp. Adic. 11.^a LRJSP), debe subrayarse que la LRJSP —art. 14.2— reconoce a los interesados que sean parte en el procedimiento la facultad para dirigirse, bien al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente —*acción declinatoria*—, o bien al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que está conociendo el asunto —*acción inhibitoria*—.

5. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS

5.1. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN GENERAL

La transición a un Estado profundamente descentralizado derivada de la Constitución, con el nacimiento en la década de los ochenta y el continuo fortalecimiento posterior de una nueva instancia territorial —las Comunidades Autónomas—, más la garantía constitucional de la autonomía de las viejas Entidades Locales, ha determinado una situación de pluralismo político territorial, en la cual las relaciones interadministrativas han cobrado una relevancia, cuantitativa y cualitativa, antes desconocida. Ello es debido a dos factores: de un lado, a la propia complejidad y a las disfunciones del reparto competencial entre las distintas instancias territoriales, pues la inmensa mayoría de las materias son de competencias compartidas e, incluso, en algunos casos concurrentes y, además, la esfera de los intereses de cada comunidad territorial es más amplia que las de sus competencias en sentido estricto; y, de otro lado, el principio de autonomía impide que alguna Administración goce de una posición hegemónica, puesto que las distintas Administraciones territoriales en presencia se encuentran, generalmente, en una posición de paridad —de «empate» de potestades se ha dicho gráficamente—.

Con objeto de ordenar estas relaciones, la Ley 30/1992 positivó una serie de reglas relativas a las relaciones interadministrativas, tomadas en gran medida de la LRBRL —arts. 55 ss.— e inferidas de la doctrina del Tribunal Constitucional, y que la LRJSP (Título III) ha venido a desarrollar aún más. En principio, son reglas generales aplicables a todas las relaciones interadministrativas, si bien la LRJSP —art. 140.2— establece que en lo no previsto en la misma, las relaciones entre la Administración del Estado o la Administración de la Comunidad Autónoma con las Administraciones Locales se regirán por la legislación básica en materia de régimen local (invirtiendo el orden de fuentes previsto en su día en la Ley 30/1992).

5.1.1. *El deber general de colaboración*

Aun cuando la Constitución no declara expresamente la existencia de un deber de colaboración entre las distintas instancias territoriales, el Tribunal Constitucional en una constante jurisprudencia —STC 80/1985, 96/1986, 46/1990, 96/1990, entre otras— ha proclamado que un tal deber de colaboración es inherente o esencial al modelo de organización territorial del Estado, de tal modo que tal deber no precisa de justificación alguna en preceptos constitucionales expuestos y concretos, sino que se-

ría una consecuencia o derivación directa del principio de solidaridad —art. 2 CE—, al que habría que añadir —a escala administrativa— el principio de eficacia del conjunto del sistema administrativo. La LRJSP —art. 140.1.d)— se refiere al principio de colaboración como el deber de actuar con el resto de las Administraciones Públicas para el logro de fines comunes. Una manifestación sería el deber de lealtad institucional, el cual fue positivado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera —art. 9—.

5.1.2. *El deber de lealtad institucional*

Una primera manifestación del deber de colaboración, meramente negativa (ALBERTÍ ROVIRA), consiste en el deber de todas las instancias territoriales de respetar el ejercicio legítimo por otras Administraciones de sus competencias, así como de ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones Públicas —art. 141.1 LRJSP—, así como valorar el impacto que sus actuaciones, en materia presupuestaria y financiera, pudieran provocar en el resto de Administraciones Públicas —art. 55.c) LRBRL, tras la reforma de la Ley 27/2013—. De este modo, una actuación legítima desde el punto de vista estrictamente competencial, puede incurrir en un vicio de legitimidad material si lesiona los intereses generales de otra comunidad política.

Ahora bien, debido a la indeterminación de este deber de colaboración, es conveniente que, sobre todo, en aquellas materias o ámbitos más susceptibles de conflicto —como sucede con los instrumentos y proyectos que tienen por objeto ordenar o transformar el uso del suelo—, se articulen mecanismos preventivos que hagan operativo este deber, tales como las notificaciones y las consultas previas a las otras Administraciones potencialmente afectadas antes de la adopción de una decisión, de forma que se ofrezca efectivamente a todas las Administraciones afectadas la posibilidad de exponer y hacer valer de manera suficiente y motivada las exigencias que, en orden al contenido de la actuación en curso de aprobación, resulten de los intereses públicos cuya gestión les esté encomendada, proporcionando la ocasión de alcanzar un acuerdo sobre el contenido del mismo. En este sentido, la LRJSP —art. 142.b)— contempla la creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativa con el fin de disponer de datos actualizados, completos y permanentes referentes a los diferentes ámbitos de actividad administrativa en todo el territorio nacional.

5.1.3. *El deber de mutuo auxilio*

El deber general de colaboración no sólo significa que las Administraciones Públicas deben abstenerse de lesionar los legítimos intereses respectivos, sino también que deben mantener una actitud positiva en su relación mutua que permita o facilite el adecuado cumplimiento de las responsabilidades que incumben a cada parte. Este deber de mutuo auxilio presenta dos manifestaciones —arts. 141.1 LRJSP y 55 LRBRL—.

— *Deber de información.* Las Administraciones Públicas deben facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus competencias —p. ej., una Administración autonómica

puede precisar los datos del Padrón municipal—. Así, las Administraciones Públicas pueden solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen en disposición de la Administración a la que se dirijan, y que la Administración solicitante precise disponer para el ejercicio de sus competencias —art. 142.a) LRJSP—. La denegación de información debe comunicarse motivadamente a la Administración solicitante —art. 141.2, p. ej., que se trate de informaciones reservadas—.

— *Deber de cooperación y asistencia.* Las Administraciones Públicas están obligadas a prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias. La asistencia requerida sólo podrá negarse cuando la Administración de la que se solicita no esté facultada para prestarla o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave para sus intereses o al cumplimiento de sus propias funciones. En todo caso, la negativa a prestar la asistencia debe comunicarse motivadamente a la Administración solicitante —art. 141.2 LRJSP—. Asimismo, la propia LRJSP —arts. 141.3 y 142.c)— concreta un supuesto de asistencia: las Administraciones Públicas están obligadas a colaborar y auxiliarse para la ejecución de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias —p. ej., ejecutar un embargo—. Los posibles costes que pueda generar el deber de colaboración podrán ser repercutidos cuando así se acuerde.

5.2. LAS RELACIONES DE COOPERACIÓN

5.2.1. Configuración general

Las relaciones de cooperación son relaciones interadministrativas de funcionamiento, en las cuales cada Administración Pública actúa en el ejercicio de sus competencias propias, sin que se altere su titularidad. Lo cierto es que, con frecuencia, para la realización eficaz de los intereses públicos —p. ej., la protección del medio ambiente, la prestación de una educación de calidad...—, no es suficiente una mera colaboración mutua entre las Administraciones Públicas, sino que es preciso alcanzar una actuación consensuada e, incluso, conjunta. De este modo, estas relaciones de cooperación tienen por fundamento —al igual que el deber de colaboración— el principio de eficacia del conjunto del sistema administrativo. Ahora bien, dado que cada Administración actúa en ejercicio de sus competencias propias, estas relaciones de cooperación están basadas en un *principio de paridad*, es decir, las Administraciones Públicas que intervienen se sitúan a mismo nivel.

Por esta razón, estas relaciones se fundamentan también un *principio de voluntariedad*, es decir, tienen un carácter predominantemente negocial, pues son pactadas entre las distintas Administraciones. Así, la LRBRL —art. 57— establece que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario. Y, en este sentido, la LRJSP —art. 143.1— declara que las Administraciones cooperarán al servicio del interés general y podrán acordar «de manera voluntaria» la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio. E insiste en ello al añadir que la formalización de relaciones de cooperación requerirá la aceptación expresa de las partes, formulada en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios —art. 143.2—.

Los dos principales instrumentos jurídicos de la cooperación interadministrativa son los convenios y los consorcios, que se estudian en los temas dedicados a los ele-

mentos transversales e instrumentales de la gestión y la relación jurídico-administrativa y al sector público institucional, respectivamente.

5.2.2. Objeto de las relaciones de cooperación

Las relaciones interadministrativas de cooperación pueden tener objetos muy diversos, que, desde un punto de vista competencial, se pueden agrupar en los siguientes:

a) Supuestos de competencias propias de una Administración en cuya ejecución colabora otra Administración que carece de competencias sobre esa materia, si bien la actuación entra dentro de su esfera de intereses públicos. A su vez, caben varias posibilidades:

— Que la Administración titular de la competencia, aun cuando dispone de medios para ejercerla, considere conveniente, por razones de proximidad de la gestión pública a los ciudadanos, ceder su ejercicio a una Administración más cercana al ciudadano (*traslación descendente*). En este caso la cooperación puede tener por objeto articular una delegación intersubjetiva de la Administración del Estado o autonómica a las Entidades Locales —arts. 27 y 37 LRBRL—, y que, requiere la aceptación de las Entidades Locales delegatarias —art. 27.5 LRBRL—, de modo que nada impide que pueda plasmarse en un convenio de cooperación. Asimismo, la cooperación puede tener por objeto articular una simple encomienda de gestión —art. 11.3.b) LRJSP—, la cual —como nos consta— se formaliza en un convenio, que deberá ser publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

— Que la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma implique a las Entidades Locales para que éstas, sin llegar a ejercitar la competencia, colaboren con aquélla en el ejercicio de su competencia. Así, por ejemplo, la Ley de Andalucía 2/1998 de Salud —art. 38.2— prevé que los Ayuntamientos podrán colaborar en la construcción y equipamiento de centros y servicios sanitarios (de exclusiva competencia autonómica), así como en su conservación y mantenimiento.

b) Supuestos de competencias propias de las Entidades Locales, pero en cuya ejecución colaboran la Administración del Estado, de la Comunidad Autónoma u otra Entidad Local de ámbito superior (típicamente las Diputaciones Provinciales), en ejercicio de una específica competencia de cooperación. Se trata de un supuesto común en el ámbito municipal debido al desfase existente en el mismo entre responsabilidades y capacidades. En estos casos, la cooperación puede tener, a su vez, varios objetos:

— Articular el apoyo que va prestar otra Administración (generalmente la Administración de la Comunidad Autónoma o, en su caso, la Diputación Provincial) para que la entidad competente (generalmente el Municipio) pueda ejercitar por sí misma sus competencias. Las distintas técnicas de apoyo se indican más adelante (cooperación funcional).

— Ceder a otra Administración de ámbito territorial «superior» (*traslación ascendente*), con mayor capacidad de medios, el ejercicio de las competencias propias de las Entidades Locales. Las técnicas serían, de nuevo, la delegación y de la encomienda de gestión, según se trate de actos jurídicos o materiales. Así, la propia LRRL —art. 106.3— permite a las Entidades Locales (básicamente, los Municipios) la delegación de la gestión, recaudación o inspección de sus tributos propios a otras Entidades Locales de ámbito superior (tradicionalmente las Diputaciones Provinciales).

c) Supuestos de competencias compartidas o concurrentes, de tal modo que ambas instancias (típicamente la Comunidad Autónoma y los Municipios) pueden actuar, al menos en parte, separadamente. En el ámbito de funciones públicas en sentido estricto este supuesto no es muy común, pero hay casos significativos, como suele suceder con la atribución de la función inspectora de un modo indistinto a la Administración autonómica y local en importantes materias —consumo, medio ambiente, urbanismo...—. Pero, sobre todo, este supuesto es muy común en el ámbito de las actividades prestacionales —servicios sociales, culturales...—. En todos estos supuestos las relaciones de cooperación pueden tener diversos objetos:

— Articular una realización coordinada de las funciones, que permita evitar solapamientos y disfunciones, por ejemplo, mediante la puesta en marcha de sistemas de información mutua, delimitación acordada de actuaciones, definición de criterios comunes, procedimientos de gestión integrada... A veces, el objeto del Convenio se ciñe a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en asunto de mutuo interés (los llamados «Protocolos Generales» —art. 6.4 LRJPAC—).

— Alcanzar un acuerdo de ejercicio conjunto de dichas funciones mediante la realización de Planes o Programas Conjuntos de actuación —art. 151.2 LRJSP—. Asimismo, la cooperación puede ir más allá, mediante la creación conjunta de un consorcio u otra entidad instrumental, como una sociedad mercantil, a la que se confía el desarrollo de las actuaciones.

— Asunción en exclusiva de las funciones por una de las partes (ya sea la Comunidad Autónoma o la Entidad Local), replegándose la otra, tal vez a cambio de aportar medios y apoyo, y obtener información.

d) Supuestos de cooperación horizontal entre Administraciones del mismo nivel con idénticas competencias materiales pero en ámbitos territoriales diversos. Este sería el caso de los acuerdos para constituir Mancomunidades de Municipios (que se trata en el Tema relativo a la Administración Local), con objeto de aunar esfuerzos y mejorar la eficiencia en la prestación de servicios municipales.

FIGURA 9

Relaciones interadministrativas en función del reparto competencial

REPARTO COMPETENCIAL	CLASE RELACIÓN	OBJETO
COMPETENCIAS PERFECTAMENTE DIFERENCIADAS	DEBER DE COLABORACIÓN	Auxiliar a otra Administración para que pueda ejercer sus competencias
ADMINISTRACIÓN CON ESPECÍFICAS COMPETENCIAS DE COOPERACIÓN	COOPERACIÓN	Prestar apoyo económico, técnico o jurídico a las Administraciones destinatarias
COMPETENCIAS IDÉNTICAS PERO EN ÁMBITOS TERRITORIALES DIFERENTES	COOPERACIÓN	Aunar esfuerzos y economizar costes
COMPETENCIAS CONCURRENTES SOBRE UNA MISMA MATERIA Y ÁMBITO TERRITORIAL	COOPERACIÓN	Aunar criterios de actuación Delimitar actuaciones
COMPETENCIAS COMPARTIDAS CON SOLAPAMIENTOS FUNCIONALES O TERRITORIALES		Traslado del ejercicio de la competencia a una Administración Ejercicio conjunto de las competencias
COMPETENCIAS CONCURRENTES QUE INCIDAN O CONDICIONEN LAS COMPETENCIAS DE LA INSTANCIA SUPERIOR	COORDINACIÓN	Garantizar la coherencia o compatibilidad de las actuaciones públicas en la materia

5.2.3. *La cooperación como competencia*

Junto con las relaciones de cooperación que traban entre sí las Administraciones Públicas, determinadas Administraciones tienen atribuidas legalmente unas competencias específicas de cooperación en relación con otras Administraciones de nivel territorial inferior: la Administración del Estado en relación con las Administraciones autonómicas, y ambas en relación con las Entidades Locales y, dentro de éstas, las Provincias en relación con los Municipios. El fundamento último de estas específicas competencias de cooperación estriba en el principio constitucional de solidaridad —art. 2 CE—, es decir, en la garantía del equilibrio interterritorial.

a) La cooperación orgánica

Consiste en la creación dentro de la Administración que corresponda de un órgano integrado no sólo por representantes de la propia Administración sino también, generalmente en proporción paritaria, por representantes de otra u otras Administraciones Públicas. De acuerdo con la LRJSP —art. 144.1.a)— los órganos de cooperación tienen por objeto deliberar y, en su caso, acordar medidas en materias sobre las que tengan competencias diferentes Administraciones Públicas

La LRJSP —art. 145.1— declara que los órganos de cooperación son órganos de composición multilateral o bilateral, de ámbito general o especial, constituidos por representantes de la Administración General del Estado, de las Administraciones de

las Comunidades o Ciudades de Ceuta y Melilla o, en su caso, de las Entidades Locales, para acordar voluntariamente actuaciones que mejoren el ejercicio de las competencias que cada Administración Pública tiene.

Generalmente, su constitución, aun cuando tenga fundamento en una Ley, tiene lugar mediante convenio entre las Administraciones implicadas, y se suele reconocer a estos órganos un alto grado de determinación de su régimen de funcionamiento (organización interna y método de trabajo). Asimismo, como nos consta, la LRJSP —art. 15.2— establece que estos órganos colegiados compuestos por representantes de distintas Administraciones Públicas quedan integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación.

En general, como precisó en su día el Tribunal Constitucional —STC 76/1983—, en el caso de los órganos creados por la Administración del Estado, tales órganos no pueden sustituir a los órganos propios de las Comunidades Autónomas, ni sus decisiones pueden anular las facultades decisorias de las mismas, pues en tal caso incidirían en el ámbito competencial autonómico. De este modo, los acuerdos que puedan alcanzarse vinculan únicamente a las partes que los hayan apoyado, pues la obligatoriedad del acuerdo únicamente puede derivarse del ejercicio de la correspondiente competencia.

Por lo demás, la LRJSP establece que los órganos de cooperación entre distintas Administraciones Públicas en los que participe la Administración General del Estado, deberán inscribirse en el *Registro estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación* para que resulte válida su sesión constitutiva (disp. adic. 7.^a).

En todo caso, se trata de un mecanismo muy utilizado a todos los niveles. Los más relevantes son los siguientes:

— *Conferencia de Presidentes*: es un órgano de cooperación multilateral entre el Gobierno de la Nación y los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas y está formada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y por los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. La Conferencia de Presidentes tiene por objeto la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para el Estado y las Comunidades Autónomas —art. 146.2 LRJSP—.

— *Conferencias Sectoriales*: creadas tempranamente, desde la Ley del Proceso Autonómico de 1983, son órganos de cooperación, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado, que reúnen, como Presidente, al miembro del Gobierno (generalmente, un Ministro) que, en representación de la Administración General del Estado, resulte competente por razón de la materia, y a los correspondientes miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla —art. 147.1 LRJSP—. Las Conferencias Sectoriales pueden ejercer funciones consultivas (como informar un proyecto normativo), decisorias o de coordinación (como la adopción de Planes Conjuntos) orientadas a alcanzar acuerdos sobre materias comunes. Ahora bien, debido a lo antes señalado, la LRJSP —art. 151.2.a)— establece que los Acuerdos de las Conferencias Sectoriales no vinculan a quienes hayan votado en contra, salvo cuando el Estado ejerza funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias del ámbito material respectivo.

— *Comisiones Bilaterales de Cooperación*: son órganos de cooperación de composición bilateral que reúnen, por un número igual de representantes, a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (o Ciudad autónoma). Las

Comisiones Bilaterales de Cooperación ejercen funciones de consulta y adopción de acuerdos que tengan por objeto la mejora de la coordinación entre las respectivas Administraciones en asuntos que afecten de forma singular a la Comunidad Autónoma —art. 153.2 LRJSP—.

— *Comisiones Territoriales de Coordinación*. Cuando la proximidad territorial o la concurrencia de funciones administrativas así lo requiera, podrán crearse Comisiones Territoriales de Coordinación, de composición multilateral, entre Administraciones cuyos territorios sean coincidentes o limítrofes, para mejorar la coordinación de la prestación de servicios, prevenir duplicidades y mejorar la eficiencia y calidad de los servicios. En función de las Administraciones afectadas por razón de la materia, estas Comisiones podrán estar formadas exclusivamente por representantes de la AGE y Entidades Locales, o de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, o, en fin, de los tres niveles de Administraciones —art. 154.1 LRJSP—.

— *Comisión Nacional de la Administración Local*: órgano para la cooperación de la Administración del Estado con las Administraciones Locales —art. 117 LRBRL—, si bien existen órganos similares de las Administraciones autonómicas para la cooperación con las Administraciones Locales de su territorio (figura 10).

FIGURA 10

Clases de órganos de cooperación interadministrativa

DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CON LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS	ÓRGANOS MULTILATERALES	DE ÁMBITO GENERAL	Conferencia de Presidentes
		DE ÁMBITO SECTORIAL	Conferencias sectoriales
			Otros órganos
	ÓRGANOS BILATERALES	DE ÁMBITO GENERAL	Comisiones bilaterales cooperación
		DE ÁMBITO SECTORIAL	Comisiones mixtas
	DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CON LAS ADMINISTRACIONES LOCALES	DE ÁMBITO ESTATAL	
DE ÁMBITO AUTONÓMICO		Comisiones territoriales de coordinación	

Ahora bien, debe subrayarse que estos órganos carecen, por lo general, de competencias propiamente decisorias, pues desempeñan fundamentalmente un papel de foros de encuentro y discusión de los asuntos de interés común para las distintas Administraciones, de modo que sus funciones son predominantemente deliberantes y consultivas —art. 58.1 LRBRL—. Así, el Tribunal Constitucional —STC 76/1983— precisó, en relación con las Conferencias Sectoriales del Estado, que estos órganos no pueden sustituir a los órganos propios de las Comunidades Autónomas, ni sus decisiones pueden anular las facultades decisorias de las mismas, pues en tal caso incidirían en el ámbito competencial autonómico. De este modo, los acuerdos que puedan alcanzarse vinculan únicamente a las partes que los hayan apoyado, pues la obligatoriedad del acuerdo únicamente puede derivarse del ejercicio de la correspondiente competencia. No obstante, no puede minusvalorarse el papel de estos órganos como foros para la adopción concertada de decisiones.

b) La cooperación funcional

Consiste básicamente en el apoyo o asistencia de una Administración a otra para que ésta pueda ejercer sus competencias. Aun cuando este auxilio puede revestir diversas formas —asesoramiento, apoyo técnico, cesión temporal de bienes y recursos humanos...—, la más importante es sin duda la contribución económica o financiera, la cual se instrumenta a través de diversas vías, tanto específicas —p. ej., convocatorias de subvenciones en un sector, transferencias corrientes—, como generales —caso del Plan provincial para las obras y servicios municipales—.

La tendencia actual —p. ej., en materia de servicios sociales— consiste en la sustitución progresiva del sistema de subvenciones discrecionales a fondo perdido por el de fórmulas condicionadas que conduzcan al cumplimiento de los objetivos señalados en la planificación del sector correspondiente. De este modo, se articula la cooperación financiera a través de convenios de colaboración, contratos-programa o cualquiera de las fórmulas reguladas en la legislación vigente a fin de condicionarla al cumplimiento de los objetivos definidos en cada caso y a un estricto control financiero. No obstante, aunque en principio se trata de una función positiva, las vías específicas de financiación pueden entrañar, cuando tienen un carácter finalista, un riesgo de dependencia financiera y una limitación al principio de autonomía, en cuanto libertad de los órganos de gobierno para la fijación del destino y orientación del gasto público —STC 13/1992—. (Una panorámica general de las técnicas de cooperación funcional, en figura 11).

FIGURA 11

La cooperación interadministrativa como función

APORTACIONES FINANCIERAS	TRANSFERENCIAS	Regladas en función de módulos objetivos
	SUBVENCIONES	Ofertadas mediante convocatorias públicas en régimen de concurrencia
		Acordadas en el marco de Convenios de cooperación
PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO	ASISTENCIA TÉCNICA	Elaboración de estudios, redacción de proyectos, Realización de auditorías...
	ASISTENCIA JURÍDICA	Atención de consultas, defensa en juicio, Redacción de instrumentos legales...
	ASISTENCIA ADMINISTRATIVA	Servicios de formación permanente de funcionarios, centros de documentación, servicios especializados...
CESIÓN DE BIENES	Cesión temporal de terrenos, inmuebles, instalaciones, equipamientos...	
CESIÓN DE PERSONAL	Disociación entre dependencia orgánica y funcional del personal cedido, técnica de habilitación, comisión de servicios...	

5.3. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS DE COORDINACIÓN

5.3.1. Configuración general

La cooperación y la coordinación tienen como nexo común el ser técnicas que se orientan a flexibilizar y prevenir las disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, pero sin alterar la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de las entidades en relación —STC 214/1989—. Ahora bien, mientras la cooperación es el campo del acuerdo en pie de igualdad, de la voluntariedad, el Tribunal Constitucional señala que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, de modo que hay presente en la coordinación una cierta imposición, un carácter forzoso. Por esta razón, la coordinación está sujeta a diversos requisitos y limitaciones (figura 12).

FIGURA 12

Diferencias entre cooperación y coordinación

COOPERACIÓN	COORDINACIÓN
POSICIÓN DE PARIDAD	POSICIÓN DE SUPERIORIDAD
CARÁCTER NEGOCIAL	CARÁCTER FORZOSO
PRINCIPIO DE AUTONOMÍA	RESERVA DE LEY
CARÁCTER ABIERTO	CARÁCTER TASADO
PREFERENTE	SUBSIDIARIA

La coordinación precisa, en general, de dos requisitos:

— *Requisito material*. Según la LBRL —art. 10.2— procederá la coordinación de las competencias de las Entidades Locales «cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes Entidades, incidan o condicionen relevantemente los intereses de la Administración del Estado o autonómica o sean concurrentes o complementarios de los de éstas».

— *Requisito formal*. El Tribunal Constitucional —STC 27/1987— tiene declarado que «la coordinación constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las Corporaciones Locales y como tal, en cuanto que afecta al alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada, sólo puede producirse en los casos y con las condiciones previstas en la Ley». En este sentido, la LBRL exige —art. 59.1— que la facultad de coordinación sea atribuida *mediante ley* sectorial estatal o autonómica al Gobierno o al Consejo de Gobierno, la cual debe precisar, con el suficiente grado de detalle, las condiciones y límites de la coordinación.

5.3.2. Límites de la coordinación

— *Finalidad limitada a la coherencia del sistema administrativo*. La coordinación no puede perseguir la uniformidad de acción de todas las Entidades Públicas, lo cual sería contrario al principio de autonomía, sino meramente la coherencia del sistema

administrativo globalmente considerado, es decir, la compatibilidad de las acciones de las distintas Administraciones Públicas entre sí, de manera que la eficacia del conjunto del sistema no se vea gravemente comprometida o perturbada por actuaciones contradictorias o que no se produzcan vacíos o lagunas en la actuación administrativa. En este sentido, la LRBRL —art. 10.3— declara —en un precepto aplicable a las relaciones interadministrativas en general— que las funciones de coordinación no deben afectar en ningún caso a la autonomía de las Entidades Locales. Así, según el Tribunal Constitucional —STC 27/1987—, «en cualquier caso los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o de discrecionalidad a favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin el cual no puede existir verdadera autonomía». En este sentido, y de un modo positivo, algunas normas autonómicas, inspiradas en la doctrina constitucional —STC 32/1983—, establecen que la coordinación tendrá por finalidad «la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en diversos aspectos y la acción conjunta de las distintas Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración en la globalidad del sistema» (Ley de Galicia 5/1997 —art. 205.2—; Ley de La Rioja 1/2003 —art. 103.3—).

— *Carácter subsidiario de las potestades de coordinación.* La LRBRL —art. 59.1— establece, en un precepto también aplicable a las relaciones interadministrativas en general, que es necesario que la finalidad de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas no pueda alcanzarse a través de las técnicas de cooperación. Así, la jurisprudencia —STS 3-4-1998, RJ 3.372— señala que las técnicas de cooperación y coordinación «no son alternativas o discrecionalmente utilizables, sino que ha de acudir primero a técnicas cooperadoras de carácter voluntario y, únicamente, en el caso de que éstas resulten imposibles, podría resultar justificada la utilización de técnicas de coordinación forzosa, a la que se da, por tanto, una naturaleza subsidiaria, en razón al riesgo que implican para la autonomía de los entes coordinados».

5.3.3. *Especial referencia a la planificación sectorial*

Aunque existen otros instrumentos de coordinación, como las «directrices», que han de tener un alcance general y no deben traducirse en la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma (STC 27/1987), o los llamados «procedimientos de gestión coordinada» (art. 62 LRBRL), el principal medio o instrumento de coordinación consiste en la planificación sectorial, esto es la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o autonómicos y la determinación de los objetivos y prioridades de la acción pública en la materia correspondiente —art. 59.1 LRBRL, aplicable en general—, así como de los medios técnicos, económicos y personales que se asignen a la ejecución del plan, las bases generales de actuación para programar, financiar y ejecutar las actividades coordinadas, así como la duración del plan y, en su caso, los órganos de vigilancia y mecanismos de control de su cumplimiento.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado antes, el Tribunal Constitucional —SSTC 201/1988, 227/1988— tiene declarado que el Estado no debe agotar toda la actividad planificadora en la materia, es decir, el Plan no debe privar a las Comunidades Autónomas de todo margen para desarrollar una política propia, límite éste que hay que entender también aplicable respecto a las Entidades Locales. Asimismo, y a modo de compensación, la LRBRL —art. 58.2— declara que las Administraciones que tengan

atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deben otorgar a las restantes una participación en su elaboración que permita armonizar los intereses públicos afectados —p. ej., mediante la emisión de consultas e informes en el procedimiento de elaboración del plan—. En ocasiones, las consultas no son directas sino a entidades representativas —como federaciones de municipios—, pero, en todo caso, debe entenderse que la participación exigida en la Ley es independiente de la intervención del correspondiente órgano de colaboración interadministrativa, cuya consulta en ningún caso puede sustituir a la participación de las entidades interesadas.

Una vez aprobados los planes, las Administraciones afectadas deben ejercer sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios o actividades de su competencia «en el marco de las previsiones de los planes» —art. 59.1 LRBRL—. Ahora bien, la vinculación al plan tiene un límite cierto: la entidad coordinadora —p. ej., una Comunidad Autónoma— no puede imponer compromisos financieros a las Administraciones Públicas coordinadas —p. ej. las Entidades Locales— que tengan por objeto financiar servicios de la propia entidad coordinadora, aun cuando sean de interés común —STS 10-5-1999, RJ 1999\3.607—. Asimismo, esta vinculación plantea problemas para su instrumentación jurídica, dado que el Plan, de ordinario, carece de carácter normativo. Por ello, en relación con las Entidades Locales, con frecuencia las Ley autonómicas reconducen los efectos del plan al ámbito de la actividad de fomento de la Administración autonómica, la cual podrá no subvencionar servicios que no estén previstos en el Plan regional.

5.4. LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS DE CONTROL

5.4.1. *Consideraciones generales*

Aun cuando las distintas instancias territoriales de gobierno son autónomas, el ordenamiento asigna a las Administraciones de ámbito superior determinadas facultades de control sobre las actuaciones del resto. Con carácter general, debe observarse que cuando se trata del ejercicio de competencias propias, el control del mismo por una Administración de ámbito superior debe ceñirse a un control de legalidad. En este sentido, tempranamente el Tribunal Constitucional —STC 14/1981— declaró, refiriéndose a las Entidades Locales, que la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en que la decisión correspondiente a «la gestión de los intereses respectivos» —art. 137 CE— fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de decisión viniera a compartirse por otra Administración. Centrándonos en el control de las Administraciones estatal y autonómicas sobre las Entidades Locales, cabe distinguir entre unos controles ordinarios y otros extraordinarios, pensados para supuestos excepcionales.

5.4.2. *Controles ordinarios*

— *Dictámenes del Consejo de Estado y Consejo Consultivo Autonómico.* Como se indicó en su momento, las leyes estatales y autonómicas imponen a las Entidades Locales la obligatoriedad de solicitar el dictamen de estos altos órganos consultivos con carácter previo a la adopción de determinados actos (p. ej., en materia de responsabilidad extracontractual), y ello por constituir tal consulta a un órgano dotado de independencia y de imparcialidad, de una garantía procedimental para los ciudadanos. No obs-

tante, debe recordarse que estos dictámenes no son vinculantes, salvo que una Ley disponga lo contrario.

— *La autorización previa de la Administración autonómica.* Si bien la LRBRL eliminó, en aras de la autonomía local, la casi totalidad de las autorizaciones previas establecidas en la legislación anterior, debe señalarse que aún subsisten algunas conferidas ahora a la Administración autonómica (p. ej., para la monopolización de actividades económicas —art. 86.3 LRBRL—).

— *Potestad de recabar información.* Las Entidades Locales tienen el deber de remitir una copia o, en su caso, extracto comprensivo de sus actos y acuerdos a las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, las cuales están facultadas para recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal, pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes, todo ello con el fin de que puedan comprobar la efectividad, en su aplicación, respectivamente, de la legislación estatal y autonómica —art. 56 LRBRL—.

— *Potestad de requerir la revisión de un acto.* Cuando la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas considere, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto de alguna Entidad Local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla para que anule dicho acto —art. 65.1 LRBRL—. El requerimiento debe formularse en el plazo de quince días desde la recepción de la comunicación del acto. En cuanto a sus efectos, debe precisarse que la formulación de este requerimiento no comporta en absoluto la suspensión del acto en cuestión, puesto que tempranamente el Tribunal Constitucional (STC 14/1981) declaró que la suspensión gubernativa de los actos de las Corporaciones Locales sin otra razón que el control de legalidad en materias de competencia propia de las Entidades Locales no es compatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, porque entraña una tutela sin otro fundamento que la defensa de la legalidad únicamente ejercitable de modo excepcional.

— *Facultad de impugnación de los actos ante los Tribunales.* La Administración del Estado y, en su caso, la de la Comunidad Autónoma están legitimadas para impugnar los actos de las Corporaciones Locales ante los órganos del orden contencioso-administrativo —arts. 63.a) y 65.3 LRBRL—, bien directamente, una vez recibida la comunicación del mismo, o bien una vez transcurrido el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la Entidad Local, si se hubiera optado por hacer uso de esta posibilidad (antes indicada). Ahora bien, la impugnación del acto tampoco comporta automáticamente la suspensión de su ejecución, sino que ésta debe ser solicitada al órgano judicial por la Administración del Estado o autonómica, aplicándose las reglas generales previstas en la LJCA para la suspensión de la ejecución de los actos objeto de impugnación.

— *Potestad de sustitución.* Según la LRBRL —art. 60—, cuando una Entidad Local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento «afectara» al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legal o presupuestariamente garantizada, una y otra, según su respectivo ámbito competencial, deberán recordarle a la Entidad Local su incumplimiento, concediendo al efecto el plazo que fuere necesario, nunca inferior a un mes. Si transcurrido dicho plazo, el incumplimiento persistiera, se procederán a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa «y en sustitución» de la Entidad Local. Asimismo, este precepto de la LRBRL ha servido de parámetro para enjuiciar la licitud constitucional de algunos supuestos de sustitución previstos en la legislación autonómica. Básicamente, el Tribunal Constitucional (STC 11/1999) entiende que la inacti-

vidad municipal a la que es legítimo hacer frente mediante la sustitución de la entidad local por la Administración autonómica es aquella consistente en una mera inactividad material, de modo que la Administración autonómica tan sólo precisa comprobar ese hecho. En cambio, la autonomía local —tal como ha sido interpretada por la LRBRL— no permite una potestad de sustitución de las Entidades Locales que se fundamente en un supuestamente incorrecto ejercicio de sus competencias, pues ello implica una valoración jurídica cuyo enjuiciamiento excede de la competencia de la Administración autonómica, pues debe efectuarse en sede jurisdiccional.

5.4.3. *Controles extraordinarios*

— *Potestad de suspensión.* Si una Entidad Local adoptara actos que atenten gravemente el interés general de España, la LRBRL —art. 67— faculta al Delegado del Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Corporación y en el caso de no ser atendido, para suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes a la protección de dicho interés, si bien debe impugnar dichos actos ante los tribunales de lo contencioso-administrativo en el plazo de diez días. Al tratarse de un supuesto claramente excepcional, esta facultad de suspensión sí es compatible con la autonomía local, de acuerdo con la doctrina constitucional antes mencionada (STC 214/1989). En cambio, el Tribunal Constitucional (SSTC 27/1987, 213/1988, 148/1991, 46/1992) ha considerado inconstitucionales los preceptos de las Leyes autonómicas que permitían la suspensión, por parte de las Administraciones autonómicas, de acuerdos de las Corporaciones Locales al margen del supuesto previsto en la LRBRL.

— *Potestad de disolución.* La LRBRL —art. 61.1—, en un precepto que recuerda al art. 155 CE y declarado constitucional (STC 14/1981), establece que el Consejo de Ministros, bien a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o bien a solicitud de éste y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, podrá proceder, mediante Real Decreto, a la disolución de los órganos de las Corporaciones Locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Instituciones Administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
 — *Organización administrativa*, 2.ª ed., Tecnos, 1984.
 BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «Los conceptos de Mancomunidades y Consorcios: Necesidad de delimitación y diferenciaciones», n.º 45, 2002.
 CARBONELL PORRAS, E.: *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico*, CEC, Madrid, 1999.
 CEBRIÁN ABELLÁN, M.: *Las relaciones de los entes locales con otras entidades públicas*, Bayer Hnos., 2006.
 ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo. Organización administrativa*, 12.ª ed., Tecnos, 1998.
 FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Madrid, 2000.
 LLISSET BORREL, F., y LLISSET, A.: *Los planes sectoriales de coordinación interadministrativa*, Barcelona, 1990.
 MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Madrid, Tecnos, 1996.

- MENÉNDEZ, P.: *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*, Cívitas, Madrid, 1993.
- NIETO GARRIDO, E.: *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Comares, Granada, 1998.
- *Encomienda de gestión*, Aranzadi, 2014.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, 14.ª ed., Marcial Pons, 2001.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Organización y Poder de Organización. Las Potestades Organizatoria y Reglamentaria del Complejo Orgánico-Funcional Gobierno y Administración*, Madrid, 2008.
- RIVERO YSERN, J. L.: «La cooperación interadministrativa local», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 46, 2002.
- TOSCANO GIL, F.: *Los consorcios metropolitanos*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2011.
- VALERIO TORRIJOS, J.: *Los órganos colegiados*, INAP, Madrid, 2002.
- VVAA: *Documentación Administrativa*, n.º 214, 1988, monográfico sobre los principios de descentralización y desconcentración.
- *Jornadas de estudio sobre los Consorcios Locales*, CEMCI, Granada, 1995.

TEMA 6

EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. EL GOBIERNO

1.1. EL GOBIERNO

1.1.1. *Configuración*

El Gobierno presenta en la actualidad una doble naturaleza. De un lado, el Gobierno es un *órgano constitucional*, en el sentido no sólo de que está previsto en la Constitución —art. 97—, sino de que tiene asignadas determinadas funciones constitucionales —básicamente de relaciones con las Cortes Generales y otros órganos constitucionales—, y, de hecho, el Gobierno constituye —junto con el Congreso— el centro de dirección del proceso político. En el ejercicio de estas funciones el Gobierno produce «actos políticos» —como el planteamiento de una cuestión de confianza—, regidos por el Derecho Constitucional y que no son, en principio, susceptibles de control jurisdiccional, sino de control político por las Cortes Generales, como, por ejemplo, la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley (SSTC 45/1990 y 196/1990). Pero, de otro lado, el Gobierno es también un *órgano administrativo*, justamente el órgano supremo o vértice de la Administración General del Estado (AGE), y en ese sentido desempeña funciones administrativas —básicamente la potestad reglamentaria y la función ejecutiva—, en ejercicio de las cuales dicta actos jurídicos —Reglamentos y actos administrativos—, cuantitativamente mucho más numerosos que los anteriores, sometidos al Derecho Administrativo y al pleno control jurisdiccional.

1.1.2. *Ordenación legal*

La Constitución de 1978 establece los principios y criterios básicos que deben presidir el régimen jurídico del Gobierno, siendo su artículo 97 el precepto clave en la determinación de la posición constitucional del mismo, lo que supone una garantía institucional, en el sentido de que el Gobierno no puede ser privado de sus características propias de origen constitucional si no es a través de una reforma de la Constitución. Pero al propio tiempo, el artículo 98 CE contiene un mandato dirigido al legislador para que éste proceda al correspondiente desarrollo normativo del citado órgano constitucional en lo que se refiere a la determinación de sus miembros, estatuto e incompatibilidades de los mismos. Tras diversos intentos fallidos en legislaturas anteriores, finalmente el mandato constitucional fue cumplido, con la aprobación de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, modificada por la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Asimismo,

la Ley del Gobierno —art. 17— añade que el Gobierno se rige, en su organización y funcionamiento, además de por la propia Ley, por:

- a) Los Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre la composición y organización del Gobierno, así como de sus órganos de colaboración y apoyo.
- b) Las disposiciones organizativas internas, de funcionamiento y actuación emanadas del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.

1.1.3. *Composición*

Hasta la Constitución de 1978, el Gobierno se identificaba con el Consejo de Ministros. Sin embargo, a partir de la Constitución, el Gobierno presenta una estructura compleja, integrada por varios órganos unipersonales y colegiados (DE OTTO, LÓPEZ GUERRA, SANTAMARÍA PASTOR). Entre los unipersonales, unos órganos son necesarios —Presidente y Ministros— y otros facultativos, como el Vicepresidente/es y «otros miembros» sin especificar que establezca la Ley —art. 98.1 CE—. Además, el Presidente, Vicepresidente/es y los Ministros se reúnen en Consejo de Ministros o en Comisiones Delegadas del Gobierno. De este modo, la Constitución concede al legislador la posibilidad de incorporar al Gobierno a unos miembros que no tienen la condición de Ministros ni de Vicepresidentes. Aun cuando se barajó en algún momento la posibilidad de integrar a los Secretarios de Estado como miembros del Gobierno (ORTEGA ÁLVAREZ), finalmente la Ley 50/1997 del Gobierno optó por no hacer uso de dicha posibilidad, de modo que actualmente Gobierno y Consejo de Ministros coinciden.

— *Designación*. Excepto el Presidente, que es elegido por el Congreso de los Diputados mediante el procedimiento de investidura —que se trata más adelante—, el resto de los miembros del Gobierno son formalmente nombrados por el Rey, a propuesta del Presidente —art. 100 CE—. Por su parte, la Ley del Gobierno —art. 11— no exigía ningún requisito especial para ser miembro del Gobierno por entender que se trata de un cargo esencialmente político, bastando ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo —arts. 2 a 7 LOREG—, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público. Sin embargo, la reforma efectuada por la Ley 40/2015 añade que son de aplicación los requisitos de idoneidad previstos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (honorabilidad, formación y experiencia).

— *Cese*. Sin perjuicio de los supuestos de cese colectivo —que se tratan más adelante—, los miembros del Gobierno distintos del Presidente, individualmente considerados, cesan, además de por las causas generales, por separación del Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno —art. 100 CE—.

— *Estatuto Personal*. La Constitución —art. 98.4— dispone que la Ley regulará el Estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno. Pero, en todo caso, la propia Constitución —art. 98.3— establece que los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario —es decir, es compatible la condición de diputado y senador, art. 70.1.b) CE—, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna. En este sentido, la Ley del Gobierno —art. 14.2— dispone que los miembros del Gobierno están sometidos al régimen de incompatibilidades de los

altos cargos de la Administración General del Estado, ordenado en la actualidad en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Por último, la Constitución —art. 102.1— prevé un «fuero especial» en favor de los miembros del Gobierno: su responsabilidad penal sólo será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo —así art. 57.2 LOPJ—. Asimismo, la LOPJ —art. 56.2— extendió este fuero especial a las demandas por responsabilidad civil dirigidas por los miembros del Gobierno por hechos realizados en ejercicio de su cargo.

FIGURA 1

Composición del Gobierno

ÓRGANOS UNIPERSONALES	<ul style="list-style-type: none"> • PRESIDENTE • VICEPRESIDENTE/S • MINISTROS • ¿OTROS MIEMBROS?
ÓRGANOS COLEGIADOS	<ul style="list-style-type: none"> • CONSEJO DE MINISTROS • COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO

1.1.4. *Competencias*

El Gobierno es mucho más que el ejecutor de las leyes, en realidad constituye el motor principal de la gobernación del Estado. Sus funciones pueden desglosarse en dos ámbitos:

— *Desde un punto de vista externo.* Corresponde al Gobierno la función de dirección política interior y exterior —art. 97 CE—, dirigida a ejecutar el programa político en virtud del cual el Presidente obtuvo la confianza parlamentaria, y que presenta diversas manifestaciones: acciones de orden normativo —como aprobación de proyectos de Ley, de Decretos-Leyes, Decretos Legislativos y Reglamentos, o acordar la negociación y firma de Tratados internacionales—, acciones de planificación y programación —ya sean sectoriales o generales, destacando la competencia para la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado—, así como decisiones concretas, bien de carácter político —como la declaración del estado de emergencia— o administrativo —concesión de subvenciones, imposición de sanciones...—.

— *Desde un punto de vista interno.* Ligadas instrumentalmente a las anteriores funciones, corresponde al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar, como aparato servicial. Para ello, el Gobierno ostenta diversas facultades, tanto de tipo estructural, pues el Gobierno mediante la potestad reglamentaria determina la estructura orgánica de la Administración de acuerdo con la Ley (y, en tal sentido, corresponde al Consejo de Ministros crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales), como de tipo funcional: así el Gobierno nombra y separa a los titulares de los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales, distribuye el gasto público entre los diferentes órganos de la Administración del Estado, le corresponde la adjudicación de determinados contratos, la autorización de la enaje-

nación de bienes de cierta entidad, así como trazar las líneas de la política de personal —p. ej., aprobando los planes de empleo público, las instrucciones para la negociación de las condiciones de empleo de los empleados públicos, las directrices en materia retributiva...—.

El ejercicio de sus competencias por parte del Gobierno está presidido por tres principios: el *principio de dirección presidencial*, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno y cada uno de los Departamentos, dado que del mismo depende, en definitiva, la existencia misma del Gobierno; la *colegialidad* y consecuente responsabilidad solidaria de su miembros; y, por último, el *principio departamental* que otorga al titular de cada Departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión.

1.1.5. *Funcionamiento*

El Gobierno está expresamente excluido de las reglas generales establecidas por la LRJSP para el funcionamiento de los órganos colegiados —LRJSP Disp. Adic. 21.^a—. La razón de esta exclusión estriba en el hecho de que el Presidente del Gobierno presenta un claro liderazgo frente al resto de los miembros del mismo —que al fin y al cabo deben a aquél su designación—. La principal particularidad es que las reuniones del Consejo de Ministros son secretas —art. 5.3 Ley del Gobierno—, lo cual no significa que la actas de las sesiones lo sean también. En la práctica, si ha existido acuerdo en la previa Comisión General de Subsecretarios y Secretarios de Estado —que se trata más adelante—, los asuntos son aprobados sin discusión, que sólo surgirá si no se llegó a un acuerdo en dicha Comisión. Si bien, por lo general, los asuntos no son sometidos a votación formal, sino que se aprueban por asentimiento.

Finalmente, señalar que los actos del Gobierno presentan dos formas externas: de un lado, «Reales Decretos», en el caso de normas reglamentarias y «resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica» —art. 24.1 Ley Gobierno—, los cuales deben ser expedidos por el Rey —art. 62.f) CE— y publicados en el *BOE*; y, de otro lado, «Acuerdos del Consejo de Ministros», para las decisiones de dicho órgano colegiado «que no deban adoptar la forma de Real Decreto», forma que se emplea para actos dirigidos a órganos inferiores de la propia Administración del Estado —como instrucciones—, o bien actos carentes de fuerza vinculante —como determinados planes y programas sectoriales—.

1.1.6. *El cese del Gobierno: el Gobierno en funciones*

El Gobierno en su conjunto cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de cese del Presidente, ya sea por pérdida de la confianza parlamentaria en los supuestos previstos en la Constitución —porque prospere una moción de censura o no se otorgue una cuestión de confianza—, o por dimisión o fallecimiento del Presidente —art. 101.1 CE—.

Ahora bien, dado que entre la fecha en que se produce el cese del Gobierno y la fecha de toma de posesión del nuevo Gobierno puede transcurrir un plazo considerable, en ocasiones de meses, el principio de continuidad en el ejercicio de las funciones públicas —que justifica técnicas como la suplencia— y que en este caso alcanza nada menos que a la propia gobernabilidad del país, impone la figura del Gobierno en

funciones. Así, la Constitución —art. 101.2— prevé que el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Ahora bien, se trata de una figura delicada, condicionada por otro principio, el de lealtad constitucional que postula que un Gobierno en funciones, es decir, que no cuenta ya con el apoyo democrático de la Cámara ni posiblemente va a responder políticamente ante ella, adopte decisiones que puedan comprometer el programa político del Gobierno entrante. En este sentido, la Ley del Gobierno —art. 21.3— ordena que el Gobierno en funciones limitará su gestión al «despacho ordinario de los asuntos públicos», absteniéndose de adoptar cualesquiera otras medidas, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique. Y, además, se excluye —art. 21.5— el ejercicio de determinadas potestades —como presentar proyectos de Ley al Congreso—.

Por su parte, la jurisprudencia ha declarado que el cese priva al Gobierno en funciones de la capacidad de dirección de la política interior y exterior, por lo que el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. De este modo, el despacho «ordinario» de los asuntos públicos al que se refiere la Ley, no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad, sino el que no se traduce en actos de orientación política (STS, Pleno, 2-12-2005, RC 161/2004).

1.2. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

1.2.1. *Configuración*

El Presidente del Gobierno ostenta una posición de supremacía o liderazgo sobre el resto de los miembros del Gobierno. La razón de ello estriba en que la confianza parlamentaria la recibe el Presidente, mediante el procedimiento de investidura, de modo que es el Presidente el que personifica la legitimación democrática del Gobierno en su conjunto (ORTEGA ÁLVAREZ). Asimismo, y a diferencia de los Ministros, el Presidente del Gobierno únicamente es miembro del Gobierno, de modo que no se integra en la Administración General del Estado (STC 222/2006).

1.2.2. *Elección*

Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno —arts. 66.d) y 99.1 CE—, correspondiendo al Presidente del Congreso refrendar la propuesta del Rey —art. 64.1 CE—.

El candidato propuesto expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara —art. 99.2 CE—. De este modo, el candidato no está obligado a anunciar las personas que eventualmente integrarán el Gobierno, a quienes en consecuencia no alcanzará la posterior votación. El candidato precisa para obtener la confianza parlamentaria el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación

48 horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtiene la mayoría simple. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgara la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma señalada antes; y si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiera obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones —arts. 99.5 y 62.b) CE—, con el refrendo del Presidente del Congreso —64.1 CE—. Finalmente, una vez elegido, el Presidente es nombrado por el Rey —arts. 99.3 y 62.d) CE—, de nuevo con el refrendo del Presidente del Congreso —art. 64.1 CE—.

1.2.3. Competencias

Según la Constitución —art. 98.2— corresponde al Presidente «dirigir la acción del Gobierno y coordinar las funciones de los demás miembros del Gobierno, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión». Así, ya se indicó que uno de los principios que preside el funcionamiento del Gobierno es el *principio de dirección presidencial*, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para dirigir la acción del Gobierno. En este sentido, la Ley del Gobierno —art. 2— no asigna al Presidente funciones ejecutivas propias, sino fundamentalmente de dirección y coordinación de las funciones del Gobierno en su conjunto —establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política interior y exterior—, y de los demás miembros de modo individual —impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno—.

Por ello, sus principales funciones se orientan como presidente del órgano colegiado y complejo que es el Gobierno: ostentar la representación del Gobierno, convocar y presidir las reuniones del Consejo de Ministros, sin perjuicio de la posibilidad prevista en Constitución —art. 62.g)— de la presidencia del Rey. Por otro lado, hay que subrayar la facultad de Presidente de proponer al Rey el nombramiento y destitución de los demás miembros del Gobierno —art. 100 CE—, que le permite ostentar una posición de primacía sobre el resto de los miembros del Gobierno, así como la competencia para plantear al Congreso, previa deliberación del Gobierno, la cuestión de confianza sobre su programa —art. 112 CE—, y la competencia para disolver, previa deliberación del Gobierno, las Cortes Generales —art. 115.1. CE—. Por otro lado, la Ley del Gobierno —art. 2— y la LRJSP —art. 57.3— atribuyen al Presidente del Gobierno la competencia para crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, desde la perspectiva del Derecho Comunitario, el Presidente del Gobierno es miembro del Consejo Europeo.

1.2.4. Cese

Además de las causas generales —fallecimiento, incapacidad, dimisión—, lo característico de este cargo es el cese por pérdida de la confianza parlamentaria, bien por la adopción del Congreso de una moción de censura —art. 113 CE—, en cuyo caso ésta comporta necesariamente la elección automática de un nuevo Presidente del Gobierno, o bien porque el Congreso niegue su confianza al Gobierno —art. 114 CE—, en cuyo caso el Gobierno debe presentar su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de nuevo Presidente.

1.3. EL VICEPRESIDENTE DEL GOBIERNO

Se trata de un órgano facultativo —art. 98.1 CE—, es decir que puede o no existir, y, en su caso, puede ser un único Vicepresidente o varios; incluso puede constituir un cargo autónomo o reunir en una misma persona la condición de Vicepresidente y de Ministro —art. 3.2 Ley Gobierno—. Por tanto, se trata de un órgano de configuración en extremo flexible (ORTEGA ALVÁREZ).

En cuanto a sus competencias, la Ley del Gobierno —art. 3.1— establece que corresponde al Vicepresidente el ejercicio de las funciones que le encomiende el Presidente, el cual puede delegar en ellos competencias propias —art. 20.1 Ley del Gobierno—. En este sentido, el Vicepresidente suele ejercer una función de apoyo al Presidente mediante la coordinación de un área de la actuación del Gobierno —p. ej., en materias de asuntos económicos—. Asimismo, estos órganos cumplen una función de suplencia, es decir, de sustitución temporal del Presidente en casos de vacante, ausencia o enfermedad, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación —art. 13.1 Ley Gobierno—. Además, corresponde al Vicepresidente o a uno de ellos la presidencia de un órgano colegiado de coordinación gubernamental, que es la Comisión General de Subsecretarios —art. 8.2 Ley del Gobierno—.

1.4. LOS MINISTROS

1.4.1. *Configuración*

Los Ministros, en número variable, presentan una doble condición o faz: son miembros del Gobierno constitucionalmente necesarios, y, al mismo tiempo, se integran en la Administración General del Estado (STC 222/2006). De este modo los Ministros constituyen el eje de articulación entre el Gobierno y los Departamentos Ministeriales, y, de aquí, su doble condición, política y administrativa (ORTEGA ALVÁREZ), y, de hecho, los Ministros están regulados tanto en la Ley del Gobierno como en la LRJSP. En este sentido, la LRJSP —art. 57.1— dispone que la Administración General del Estado se organiza en Presidencia del Gobierno y en Ministerios, comprendiendo a cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa. Y, según la LRJSP —art. 60.1—, los Ministros son los Jefes superiores del Departamento y superiores directos de los Secretarios de Estado y Subsecretarios. No obstante, debe tenerse en cuenta que la Ley del Gobierno —art. 4.2— admite la existencia de Ministros «sin cartera», es decir, que no son titulares de un Departamento, y a los que se les atribuye la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales. En todo caso, si bien es posible la existencia de Ministros sin Ministerio, no cabe un Departamento Ministerial sin Ministro al frente del mismo.

1.4.2. *Creación, modificación y supresión*

En general, la creación de Ministerios ha ido a la par que la evolución de la intervención del Estado en la sociedad. Así, por ejemplo, en el Estado liberal del siglo XIX era impensable la creación de un Ministerio del Trabajo, o hasta hace unos decenios era inimaginable la creación de un Ministerio para el medio ambiente. Pero con ser esto cierto, hay que tener presente que la creación y supresión de Ministerios obedece también a coyunturas políticas —p. ej., la creación de un Ministerio de Asuntos So-

ciales para acentuar el carácter social de la política de un Gobierno—, o para responder al reparto de poder en gobiernos de coalición (PARADA VÁZQUEZ).

En cuanto al régimen legal, si bien Ley anterior impuso una autorreserva de Ley para la creación de Departamentos Ministeriales, lo cierto es que no llegó a aplicarse pues las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, sin derogar este precepto, fueron invariablemente autorizando al Gobierno para modificar, mediante Real Decreto dictado a propuesta del Presidente, el número, denominación y competencias de los Departamentos Ministeriales. En tal sentido, la Ley del Gobierno —art. 2.2— y la LRJSP —art. 57.3— ratificaron esta práctica, al declarar que la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno (no ya del Consejo de Ministros).

1.4.3. Competencias

— *Como miembros del Gobierno.* Desde este punto de vista, los Ministros participan en la deliberación y acuerdo de cualquier asunto de que conozca el Gobierno, independientemente de que sea o no de la competencia de su Departamento. Pero, además, en las materias que afectan a su Departamento los ministros actúan como órganos de iniciativa o propuesta al Gobierno —p. ej., propuesta de un Reglamento o de un Proyecto de Ley, de un Plan de actuación, de un nombramiento...—. Desde esta perspectiva, los Ministros son solidariamente responsables ante el Congreso de la gestión política del Gobierno —art. 108 CE—. Por otra parte, en el ámbito relacional, los Ministros presiden las Conferencias Sectoriales integradas por miembros de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas —art. 149.1 LRJSP—; y, hacia el exterior, los Ministros participan, como representantes del Estado, en el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

— *Como titulares de un Departamento Ministerial.* Desde un punto de vista interno, el Ministro es el jefe de la organización —del complejo de órganos— jerarquizada que constituye cada Departamento Ministerial —art. 60.1 LRJSP—, con todas las facultades que ello comporta —art. 61 LRJSP—: potestad organizatoria a través de las Órdenes Ministeriales —si bien esta potestad sólo alcanza a al nivel de Subdirección General—, facultad de nombramientos —y destitución— de los titulares de determinados órganos del Departamento, potestad de resolución de conflictos entre órganos del mismo Departamento, potestad disciplinaria sobre el personal profesional adscrito al Ministerio, potestad de emisión de instrucciones... Pero, además, desde un punto de vista externo, el Ministro es el responsable directo —art. 98.2 CE— de la gestión del área concreta de actuación de la competencia de su Departamento Ministerial, lo cual comporta una amplia variedad de potestades: potestad reglamentaria en ese sector, potestad sancionadora, adjudicación de contratos, de autorización... —art. 61 LRJSP—. La responsabilidad política directa del Ministro se traduce en comparecencias parlamentarias —art. 110 CE—, interpelaciones y preguntas —art. 111.1 CE— y, en última instancia, en mociones de reprobación, si bien éstas carecen de una consecuencia institucional directa, pues su condición de Ministro depende únicamente de la voluntad del Presidente del Gobierno.

1.5. LAS COMISIONES DELEGADAS DEL GOBIERNO

Las Comisiones Delegadas del Gobierno son comités parciales del Gobierno de creación legal, pues no están contempladas en la Constitución. Con carácter general,

estas Comisiones Delegadas estaban ya previstas en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y desde entonces han sido creadas y suprimidas diversas Comisiones Delegadas —para Asuntos Económicos, Situaciones de Crisis, Política Autonómica, Investigación Científica e Innovación Tecnológica—. Su creación, modificación y supresión corresponde al Consejo de Ministros, mediante Real Decreto —art. 6.1 Ley del Gobierno—.

En cuanto a su composición, las Comisiones Delegadas están integradas por los Ministros que el Real Decreto correspondiente considere directamente implicados en el sector de la actividad de que se trate, si bien también pueden integrarse Secretarios de Estado —art. 6.2.b)—.

Con carácter general, las Comisiones Delegadas tienen por funciones la coordinación de la actuación de los diversos departamentos ministeriales sobre un mismo asunto común, así como la preparación de asuntos que debe conocer posteriormente el Gobierno en su conjunto —art. 6.4 Ley del Gobierno—. Además, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto a propuesta del Presidente del Gobierno, puede delegar funciones administrativas en estas Comisiones —art. 20.2 Ley del Gobierno—. En todo caso, las competencias concretas de las Comisiones son las establecidas en los correspondientes Reales Decretos (en la actualidad, RD 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno, modificado por RD 385/2013, de 31 de mayo). Finalmente, la experiencia demuestra que estas Comisiones, salvo algún caso —como la de asuntos económicos—, han tenido un funcionamiento muy irregular, de modo que los resultados prácticos no se han correspondido con los objetivos inicialmente asignados (PARADA VÁZQUEZ).

2. LA ORGANIZACIÓN CENTRAL DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

2.1. LA ESTRUCTURA DE LOS DEPARTAMENTOS MINISTERIALES

La Constitución —art. 103.2 CE— dispone que los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados «de acuerdo con la ley», de modo que se ordena una reserva relativa de ley. El régimen de la organización administrativa de la Administración del Estado se reguló por vez primera de modo general en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en vigor hasta 1997, fecha en la que fue reemplazada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que supuso la definitiva modernización de la Administración General del Estado. La Ley 7/1997 ha sido derogada y sustituida por la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), si bien las aportaciones de esta Ley en relación con la Ley 7/1997 son de escaso calado.

Como ha sido tradicional, la organización central de la Administración General del Estado responde al *principio de división funcional en Departamentos Ministeriales* —art. 55.1 LRJSP—. Cada Departamento Ministerial constituye un complejo de órganos jerarquizados, bajo la dirección del Ministro correspondiente. A este respecto, la LRJSP —art. 55.2— dispone que la organización central de los Departamentos se estructura en dos tipos de órganos: los *órganos superiores* (los Ministros y los Secretarios de Estado) y los *órganos directivos* (los Subsecretarios, los Secretarios Generales, los Secretarios Generales Técnicos, los Directores Generales y los Subdirectores Generales). Los órganos directivos dependen de alguno de los órganos supe-

riores y se ordenan jerárquicamente entre sí de la forma siguiente: 1.º) Subsecretarios y Secretarios Generales, 2.º) Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos, y 3.º) Subdirectores generales —arts. 55.2 y 60.2 LRJSP—. Funcionalmente, corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución —art. 55.9—. Todos los demás órganos de la Administración General del Estado se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo —art. 55.7—. Por razones didácticas se va alterar el orden jerárquico en la exposición de estos órganos (figura 2).

FIGURA 2

Administración General del Estado

ÓRGANOS SUPERIORES	MINISTRO		
	SECRETARIO DE ESTADO		
ÓRGANOS DIRECTIVOS	ÓRGANOS CENTRALES	SUBSECRETARIO – SECRETARIO GENERAL	
		DIRECTOR GENERAL – SECRETARIO GENERAL TÉCNICO	
		SUBDIRECTOR GENERAL	
	ÓRGANOS TERRITORIALES	AUTONÓMICO	DELEGADO DEL GOBIERNO (Subsecretario)
		PROVINCIAL	SUBDELEGADO DEL GOBIERNO (Subdirector General)

2.2. LOS ÓRGANOS DEPARTAMENTALES

2.2.1. *Los Directores Generales*

Son los centros de gestión básicos de cada Departamento. Son órganos antiguos, pues proceden del siglo XIX. Al responder a un principio de división funcional, en cada Departamento Ministerial existe un número variable de Directores Generales.

A cada Director General le corresponde la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio —arts. 58.2 y 66.1 LRJSP—. Así, los Directores Generales elevan propuestas de actuación a sus superiores en el correspondiente Departamento —el Ministro o, en su caso, el Secretario de Estado o Secretarios Generales—, y, a la vez, ejecutan las directrices por ellos dictadas. Asimismo, de los Directores Generales dependen los Subdirectores Generales, que son los responsables inmediatos de los de la ejecución y gestión ordinaria de los proyectos, objetivos y actividades del Departamento —arts. 58.4 y 67.1 LRJSP—. Y debe destacarse que estos Subdirectores Generales, a diferencia del resto de los órganos directivos, no son altos cargos, sino funcionarios de carrera —arts. 55.6 y 67.2—, por lo que constituyen la frontera entre la clase política (directores Generales hacia arriba) y la burocracia profesional. En todo caso, la competencia específica de los Directores Generales

será la que determine, en cada caso, el Reglamento orgánico de cada Departamento Ministerial, de modo que pueden existir Departamentos Ministeriales que asignen un volumen mayor o menor de competencias en función del grado mayor o menor de desconcentración y delegación de atribuciones que tengan encomendadas.

2.2.2. *Los Subsecretarios*

Los Subsecretarios son órganos directivos de carácter activo que existen necesariamente en cada Departamento Ministerial, si bien existe un único Subsecretario en cada Ministerio —art. 58.2 LRJSP—. Su rango es superior al de los Directores Generales —art. 55.2 LRJSP—, y como éstos es también un órgano antiguo, pues procede del siglo XIX. Aun cuando desde la aparición de los Secretarios de Estado han perdido la preeminencia de la que antes gozaban, ostentan la representación ordinaria del Ministerio —art. 63.1— y dependen directamente del Ministro —art. 60.1 LRJSP—.

El Subsecretario siempre ha carecido de competencias de dirección o coordinación sobre los Directores Generales de proyección externa, puesto que esta coordinación era efectuada directamente por el Ministro. Por el contrario, las funciones propias del Subsecretario se desarrollaron en el ámbito de la organización interna del Departamento. En este sentido, la LRJSP —arts. 58.2 y 63.1—, al igual que la anterior, establece que están bajo la dirección de los Subsecretarios los servicios comunes del Departamento, es decir servicios de carácter instrumental: tanto medios personales —así desempeña la jefatura superior de todo el personal adscrito al Departamento, con todas las competencias que ello comporta, en materia disciplinaria, Servicios de Inspección, provisión de destinos...—, como medios económicos —la gestión presupuestaria y económico-financiera del Departamento, contratación y ejecución del gasto—, y medios materiales —gestión del patrimonio adscrito al Departamento—, y, en general, les corresponde a los Subsecretarios proponer medidas de organización del Ministerio y asistir al Ministro en el control de eficacia del Ministerio —art. 63.1 LRJSP—. Por lo demás, los Subsecretarios forman parte de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios —art. 8.1 Ley del Gobierno—.

2.2.3. *Los Secretarios Generales Técnicos*

Son órganos directivos de asistencia o apoyo técnico, existiendo obligatoriamente un Secretario General Técnico por cada Departamento Ministerial, con rango equivalente al de Director General —arts. 58.2 y 60.2 LRJSP—. Las Secretarías Generales Técnicas (SGT) surgieron en varios Ministerios a primeros de los años cincuenta, en el marco de la Reforma Administrativa impulsada en dicha época, y fueron generalizadas a todos los Ministerios por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Su función original era de la servir de órgano de asistencia o apoyo técnico al Ministro en aspectos generales del Departamento —estudio de la organización y métodos tendentes a racionalizar la estructura y funcionamiento del Departamento, propuestas de reformas organizativas o de métodos de trabajo, elaboración de estadísticas, revisión de normas...—, de modo que carecen de competencias resolutorias, razón por la que no se consideró necesario asignar a la SGT un rango superior al de los Directores Generales. Sin embargo, en la práctica, sus funciones de planificación entraron en conflicto con las funciones de los Subsecretarios y, además, en el ejercicio de las funciones asesoras, las SGT se han

visto desplazadas por los Gabinetes, integrados por personal de confianza del Ministro y de máxima inmediatez.

Finalmente, la Ley 6/1997, aun manteniendo la configuración básica anterior, hizo depender al Secretario General Técnico del Subsecretario, al responsabilizar al éste del asesoramiento jurídico al Ministro, y asignarle las facultades de dirección, impulso y supervisión de la SGT, criterio seguido por la LRJSP —arts. 58.2, 63.1.h) y 65.1—. Dada su dependencia del Subsecretario, las funciones del Secretario General Técnico están orientadas a los servicios comunes y, en todo caso, en relación con la producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones —art. 65.1 LRJSP—. De hecho, desde el punto de vista externo, su competencia más significativa consiste en el informe preceptivo de los proyectos de Reglamento elaborados por el Ministerio —art. 24.2 Ley del Gobierno—, que la jurisprudencia ha llegado a calificar de trámite esencial del procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

2.2.4. *Los Secretarios Generales*

Dado que el Subsecretario carece de competencias para coordinar las Direcciones Generales de proyección externa, esta coordinación recaía directamente sobre el Ministro. Al incrementarse progresivamente el número de Direcciones Generales en determinados Ministerios, surgió la necesidad de descargar, al menos parcialmente, a tales Ministros de la función de coordinación de las Direcciones Generales. Con esta finalidad se creó en los años setenta la figura del Secretario General, cuya función consiste en coordinar varias Direcciones Generales, actuando de intermediario entre éstas y el Ministro. Al igual que la Ley 7/1996, la LRJSP —art. 58.1— los configura como órganos directivos de carácter activo de creación facultativa, pues pueden o no existir en un Departamento, y puede haber uno o varios. No obstante, en la Ley 7/1997 este cargo tenía un teórico carácter «excepcional», el cual era desmentido continuamente por la práctica gubernamental y, finalmente, la LRJSP ha obviado dicha configuración excepcional. En todo caso, y en coherencia con su función de coordinación de distintas Direcciones Generales, el Secretario General —a diferencia del SGT— tiene un rango igual al del Subsecretario —arts. 60.2 y 64.2 LRJSP—.

2.2.5. *Los Secretarios de Estado*

Creados a partir de 1977, son junto a los Ministros los únicos órganos superiores del Departamento —arts. 55.3 LRJSP y 7.1 Ley del Gobierno—, y tienen un carácter facultativo: pueden haber Departamentos ministeriales sin Secretario de Estado o con uno o incluso varios de estos órganos —art. 58.1 LRJSP—. En todo caso, en los Departamentos donde existen estos órganos constituyen un cargo intermedio entre el Ministro y el Subsecretario. Por su parte, la Ley del Gobierno —art. 7.1— los configura como «órganos de colaboración y apoyo del Gobierno».

En cuanto a sus funciones, los Secretarios de Estado son directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de actividad específica de un Departamento —art. 7.1 Ley del Gobierno y 62.1 LRJSP—, actuando bajo la dirección del titular del Departamento al que pertenezcan, ante el cual responden de la ejecución de los objetivos fijados para la Secretaría de Estado —art. 60.1 LOFAGE—. Así, los Secretarios de Estado pueden tener a su cargo la coordinación de varias Direcciones Generales, al igual que un Secretario General, o, incluso, de varias Secretarías

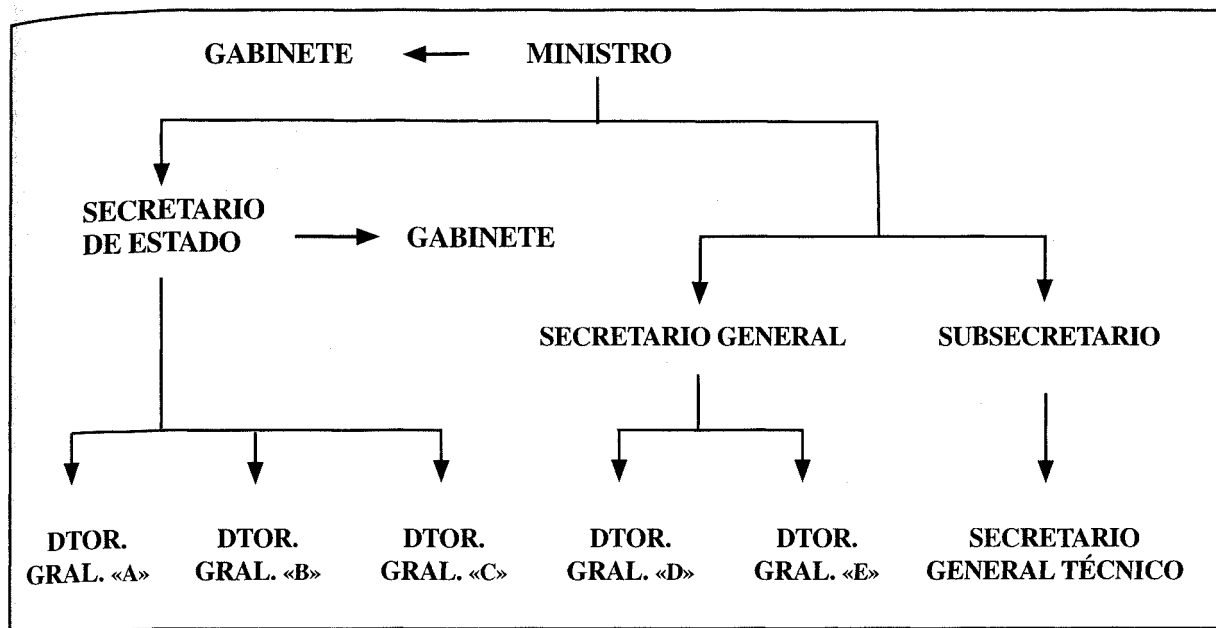
Generales —art. 62.2 LRJSP—. De este modo, las Secretarías de Estado han servido para mantener congelado el número de Ministerios, a pesar del aumento de Direcciones Generales y Secretarías Generales. No obstante, las Secretarías de Estado se han utilizado en ocasiones para coyunturas políticas —compensar a notables políticos que se han quedado sin Ministerio—, independientemente de la entidad real de sus funciones. Por lo demás, ya se señaló que los Secretarios de Estado pueden formar parte, junto con los Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno —art. 6.2.b) Ley del Gobierno—, y pueden ostentar la representación de los Ministros en materias propias de la competencia del Secretario de Estado —art. 7.2 Ley del Gobierno—. Por último, los Secretarios de Estado forman parte de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios —art. 8.1 Ley del Gobierno—.

2.2.6. *Los Directores de Gabinetes*

Al margen del asesoramiento formalizado que prestan las Secretarías Generales Técnicas y el Consejo de Estado, la función de asistencia inmediata e informal a los miembros del Gobierno y titulares de los órganos superiores de la Administración General del Estado se lleva a cabo desde los llamados Gabinetes. Creados en 1977 para la Presidencia del Gobierno, fueron extendidos en 1983 para los Ministros y Secretarios de Estado. Según la Ley del Gobierno —art. 10.1—, los «miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ella, sin perjuicio de su asistencia o pertenencia a órganos colegiados que adopten decisiones administrativas. Particularmente les prestan su apoyo en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa». Los Gabinetes cumplen, pues, una clara función de refuerzo de la posición del titular del órgano en el conjunto de la organización.

Debido a su cualidad de personal de confianza política, el personal que integra los Gabinetes, al frente del cual hay un Director de Gabinete, tiene la condición de personal «eventual», es decir, de libre designación y destitución. Más aún, los Directores de los Gabinetes cesan automáticamente cuando cesa el titular del cargo del que dependen —art. 16.3 Ley del Gobierno—. Pero, debido también a este carácter eventual y, por ello, esencialmente temporal, el personal que se incorpore a los Gabinetes tiene derecho a la reserva del puesto trabajo y a la antigüedad en la Administración pública o empresa privada de la que provenga —art. 16.4—.

FIGURA 3

La estructura departamental

2.3. RÉGIMEN GENERAL DE LOS ÓRGANOS

2.3.1. *Creación, modificación y supresión de los órganos*

La creación, modificación y supresión de los órganos directivos compete al Gobierno, mediante Real Decreto, «a iniciativa» del Ministro interesado y «a propuesta» del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MHAP) —art. 59.1 LRJSP—. En cambio, en el caso de las Secretarías de Estado, como órganos superiores, su creación se realiza mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno —arts. 57.3 LRJSP y 2.1 Ley del Gobierno—. De este modo, el Ministro no puede por sí mismo modificar la estructura básica de su Departamento, sino que su potestad únicamente alcanza a los órganos de nivel inferior a Subdirección General —art. 59.2 LRJSP—. En la práctica, la estructura de cada Departamento Ministerial se suele conformar mediante dos Reglamentos orgánicos: primero el Gobierno, mediante Real Decreto, aprueba la «estructura orgánica básica», en la que se determinan las competencias de los órganos superiores y directores del Departamento, y después el Ministro correspondiente, mediante Orden Ministerial (previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas), desarrolla esa estructura básica, pormenorizando las competencias de los órganos superiores y directores, así como determinando los órganos de nivel inferior a Subdirector General subordinados a los anteriores y sus competencias (figura 4).

FIGURA 4

Administración General del Estado

CLASES DE ÓRGANOS		FUNCIONES	CREACIÓN - SUPRESIÓN	TITULARES	DESIGNACIÓN - SEPARACIÓN
ÓRGANOS SUPERIORES	MINISTRO	DEFINIR Y DIRIGIR LA POLÍTICA DEL SECTOR	REAL DECRETO PRESIDENTE GOBIERNO	MIEMBRO DEL GOBIERNO	REAL DECRETO PRESIDENTE GOBIERNO
	SECRETARIO DE ESTADO			COLABORADOR INMEDIATO DEL GOBIERNO	REAL DECRETO CONSEJO MINISTROS
ÓRGANOS DIRECTORES	SUBSECRETARIO	DESARROLLAR Y EJECUTAR EL PLAN DE ACTUACIÓN	REAL DECRETO CONSEJO MINISTROS	ALTOS CARGOS	REAL DECRETO CONSEJO MINISTROS
	SECRETARIO GENERAL				REAL DECRETO CONSEJO MINISTROS
	DIRECTOR GENERAL - SECRETARIO GENERAL TÉCNICO			ALTOS CARGOS	REAL DECRETO CONSEJO MINISTROS
	SUBDIRECTOR GENERAL			FUNCIONARIOS	MINISTRO - SECRETARIO DE ESTADO

2.3.2. *Designación y cese de los titulares*

Los Secretarios de Estado y los titulares de los órganos directivos, excepto los Subdirectores Generales —arts. 55.6 LRJSP y 15.4 Ley del Gobierno—, tienen la condición de «altos cargos», con la consecuencia de que su nombramiento —y cese— es libre. En concreto, son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente —arts. 15.1 Ley del Gobierno y 63.3, 64.3, 65.3 y 66.2 LRJSP—. De otro lado, mientras la Ley 7/1996 había limitado los criterios de «competencia profesional y experiencia» al nombramiento de los titulares de los órganos directivos, la LRJSP—art. 55.11— extiende dichos criterios a los titulares de los órganos superiores. Asimismo, la LRJSP exige los requisitos específicos para el nombramiento, que varían según los casos: funcionarios de carrera del Grupo A1 para los Subsecretarios —art. 63.3— y Secretarios Generales Técnicos —art. 65.3—, sin excepción; funcionarios de carrera del Grupo A1 para Directores Generales, salvo excepción —art. 65.2—, que requiere de una justificación objetiva en el Real Decreto de estructura, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General (SSTS 3-9-2010, rec. 528/2008, 22-10-2013, rec. 240/2012)); y simple «cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada» para los Secretarios Generales —art. 64.3—.

2.3.3. *Estatuto de los altos cargos de la Administración General del Estado*

Con objeto de garantizar la objetividad, imparcialidad e independencia de los altos cargos de la Administración General del Estado, por Ley 3/2015, de 30 marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, se establece una serie de exigencias orientadas, de un lado, a garantizar la idoneidad y honorabilidad de las personas nombradas altos cargos, así como a prevenir y, en su caso, resolver los eventuales conflictos de intereses, públicos y privados, que pueden presentarse en el desempeño del cargo. Estas reglas se aplican a los miembros del Gobierno y a los titulares de órganos superiores y directivos hasta Directores Generales y asimilados, entre otros. Básicamente, se establecen dos tipos de deberes. De un lado, un régimen de incompatibilidades más estricto que el que afecta a los empleados públicos: dedicación exclusiva al cargo público, limitaciones patrimoniales en participaciones societarias en empresas con vínculos con la Administración, limitaciones al ejercicio de actividades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo con posterioridad al cese en el mismo. De otro lado, se ordenan unos específicos deberes de declaración de actividades y de bienes y derechos que deben inscribirse en sendos Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales. Por lo demás, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a publicar en los portales de transparencia las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos, así como las declaraciones de intereses y las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo —art. 8.1.f)—.

2.3.4. *La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y otros órganos*

Se trata de un órgano colegiado interministerial, auxiliar al Consejo de Ministros. Aunque estaba ya prevista en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, no fue creada hasta 1977 por Real Decreto del Consejo de Ministros. Está integrada por el Subsecretario de cada Ministerio y, en su caso, los Secretarios de Estado, y presidida por un Vicepresidente del Gobierno o, en su defecto, por el Ministro de la Presidencia —art. 8.1 Ley del Gobierno—. Y, en cuanto a sus funciones, según la Ley del Gobierno —art. 8.4—, todos los asuntos que vayan a someterse a aprobación del Consejo de Ministros deben ser examinados (previamente) por la Comisión. Si bien sus acuerdos formalmente carecen de valor, pues en ningún caso la Comisión podrá adoptar decisiones o acuerdos por delegación del Gobierno, la Comisión General desempeña una importante labor de preparación de las sesiones del Consejo de Ministros (PARADA VÁZQUEZ), pues si hay acuerdo unánime en la Comisión, el asunto es aprobado automáticamente por el Consejo de Ministros, sin necesidad de deliberación, permitiendo así al Consejo de Ministros centrarse en las cuestiones de mayor importancia.

De otro lado, en la Administración General del Estado existen múltiples órganos colegiados, tanto de carácter interministerial como departamental —art. 21.1 LRJSP—. Entre los primeros, destacan las *Comisiones Interministeriales*, que integradas por responsables de los diferentes ministerios de rango variable (desde Subdirector General a Subsecretario), se crean, generalmente mediante Real Decreto —art. 22.2 LRJSP—, con la finalidad de coordinar las actuaciones en una materia de alcance horizontal o amplio: así cabe citar la Comisión Interministerial de coordinación de la Administra-

ción periférica del Estado —art. 78 LRJSP—. Pero, asimismo, son también frecuentes los órganos colegiados de ámbito departamental, (Comisiones Ministeriales de Información Administrativa, de Administración Electrónica, Asesoras de Publicaciones...), creados por Orden ministerial —art. 22.2—. Y, finalmente, deben mencionarse los múltiples órganos colegiados sectoriales de composición más o menos participativa, cuya composición, funciones y existencia está sujeta a cambios incesantes (Consejo Asesor de Medio Ambiente, Consejo Escolar del Estado, Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo...).

3. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

3.1. EVOLUCIÓN LEGAL

Los Departamentos Ministeriales de la Administración del Estado han prolongado tradicionalmente su organización hasta el nivel periférico, principalmente provincial, de tal modo que cada Ministerio ha tenido en el ámbito provincial sus propios órganos periféricos —Delegaciones, Direcciones, Jefaturas...—, e, incluso, algunos Ministerios han tenido varios órganos en cada provincia. Tras la Constitución, el proceso de transferencia de servicios a las Comunidades Autónomas impuso una lógica racionalización de la Administración periférica del Estado. En un primer paso, la reestructuración consistió —RD 1801/1981— en la unificación de los servicios periféricos de cada Ministerio en una única Dirección provincial, e incluso se autorizó al Gobierno a agrupar en una sola Dirección los servicios de varios departamentos, medida que no llegó a adoptarse. En un siguiente paso, se dispuso —art. 23 Ley 12/1983 del Proceso Autonómico— la supresión de las Delegaciones Provinciales —a excepción de las Delegaciones de Hacienda— y el reagrupamiento de los servicios bajo la autoridad del Gobernador Civil, como único delegado de la Administración del Estado en las provincias. Asimismo, a esta estructura provincial se yuxtapuso desde principios de la década de los ochenta, la figura del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

Finalmente, la Ley 7/1996 suprimió la figura del Gobernador Civil, rebajando la importancia de la división provincial para la Administración General del Estado, en favor de la división territorial autonómica, dirigida por las Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas. En este sentido, y siguiendo a la Ley 7/1996, la LRJSP —art. 55.1— declara que la organización territorial de la Administración General del Estado responde al *principio de gestión territorial integrada* en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas en la Ley. En la organización territorial de la Administración General del Estado son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas como los Subdelegados del Gobierno en las provincias —art. 55.4 LRJSP—.

FIGURA 5

Principios organizativos de la AGE

ORGANIZACIÓN CENTRAL	PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL	ESTRUCTURACIÓN EN DEPARTAMENTOS MINISTERIALES	
ORGANIZACIÓN PERIFÉRICA	PRINCIPIO DE GESTIÓN TERRITORIAL INTEGRADA	COMUNIDADES AUTÓNOMAS	DELEGADOS DEL GOBIERNO
		PROVINCIAS	SUBDELEGADOS DEL GOBIERNO

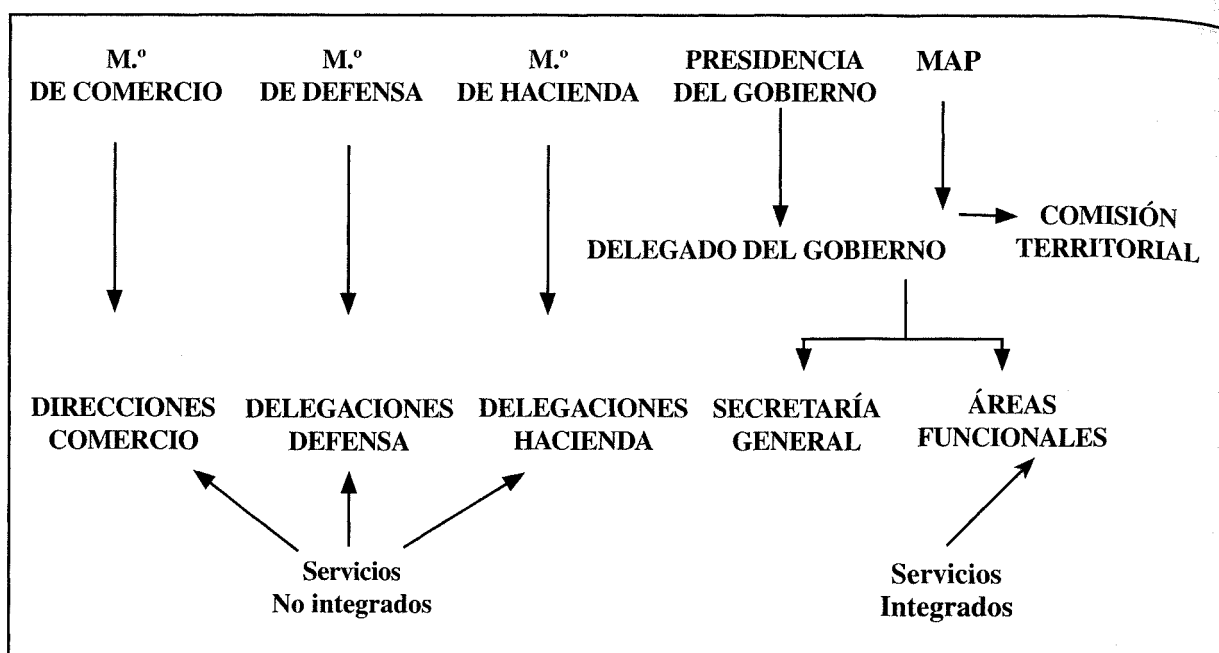
3.2. EL DELEGADO DEL GOBIERNO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

3.2.1. *Configuración*

La Constitución —art. 154— ordena la creación en cada Comunidad Autónoma de un Delegado del Gobierno. Por tanto, este órgano tiene un carácter constitucionalmente necesario —así art. 69.1 LRJSP—, y la LRJSP lo extiende a las Ciudades de Ceuta y Melilla (disp. adic. 2.^a). La LRJSP —art. 72.1— establece que los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas representan al Gobierno en el territorio de aquéllas, sin perjuicio de la representación ordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas a través de los Presidentes de las Comunidades Autónomas. Asimismo, los Delegados del Gobierno se configuran como «órganos directivos» con rango equivalente al de Subsecretario —arts. 55.4 y 72.3—. Su dependencia es compleja, pues, de un lado, los Delegados del Gobierno dependen orgánicamente del Presidente del Gobierno, y están adscritos orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, también dependen funcionalmente del Ministerio competente por razón de la materia (p. ej., del Ministerio de Interior en materia de seguridad ciudadana).

Asimismo, la LRJSP —art. 79— prevé en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales la constitución de una «Comisión territorial de asistencia» al Delegado del Gobierno, que presidida por éste está integrada por los Subdelegados del Gobierno y los titulares de los órganos y servicios periféricos que el Delegado del Gobierno estime oportuno, si bien la Ley no atribuye competencias concretas a esta Comisión, de modo que ejercerá funciones más bien de coordinación de actuaciones y asesoramiento al Delegado del Gobierno. Por lo demás, los Delegados del Gobierno tienen la condición de altos cargos—art. 55.6 LRJSP—, y, en tal sentido, son nombrados y separados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno —art. 72.4—, y están sujetos al estatuto propio de los altos cargos de la Administración del Estado —Ley 3/2015, de 30 marzo—.

FIGURA 6

Administración territorial del Estado3.2.2. *Competencias*

La Constitución —art. 154— asigna a este órgano dos tipos de funciones, a las que deben añadirse las competencias establecidas en la LRJSP:

— *Competencias de coordinación interna.* Según la Constitución corresponde a este órgano la dirección de la Administración periférica del Estado. En este sentido, la LRJSP —art. 73.1.a)— establece que los Delegados del Gobierno ejercen la dirección y coordinación de todos los servicios de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos situados en su territorio. Ahora bien, la competencia de los Delegados del Gobierno presenta un alcance diverso según se trate de servicios territoriales integrados o no en la Delegación del Gobierno. Los servicios territoriales integrados dependen del Delegado del Gobierno (o en su caso Subdelegado del Gobierno), a quien corresponde dirigirlos, si bien la Ley se cuida de añadir que actuarán de acuerdo con los objetivos, las instrucciones técnicas y criterios operativos establecidos por los órganos superiores del Ministerio competente por razón de la materia —arts. 71.4 y 73.1.a)—. Por su parte, los servicios territoriales no integrados dependen del órgano central competente sobre el sector de actividad en el que aquéllos operen —art. 71.3—, y la función de los Delegados del Gobierno es de impulso coordinación y supervisión. La integración o la desintegración de servicios territoriales en las Delegaciones del Gobierno se lleva a cabo mediante Real Decreto de Consejo de Ministros —art. 76.2—. Así, por ejemplo, las Delegaciones de Defensa permanecen integradas en el Ministerio de Defensa (disp. adic. 14.^a).

De modo específico, corresponde a los Subdelegados del Gobierno la coordinación de la información de la acción de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos en la Comunidad Autónoma. Por lo demás, en relación con esta función, la LRJSP —art. 73.1.b)— ordena a los Delegados del Gobierno la confec-

ción anual de un informe sobre el funcionamiento de los servicios públicos estatales en su territorio, que deberán elevar al Gobierno.

— *Competencias en relación con las CC AA y Entidades Locales.* La Constitución —art. 154— asigna al Delegado del Gobierno la función de coordinación, «cuando proceda», de la Administración estatal periférica con la Administración propia de la Comunidad Autónoma. Esta función levantó ciertas suspicacias desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas y, en todo caso, la LRJSP, como la anterior Ley 7/1996, no atribuye al Delegado del Gobierno facultad alguna de supervisión de la Administración autonómica, de modo que esta función de coordinación interadministrativa ha quedado reducida, en lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, a una mera función de canal de comunicación, de órgano de intercambio de información entre el Gobierno de la Nación y el de la Comunidad Autónoma, que se extiende a las Entidades Locales. De otro lado, se contempla la posibilidad de celebración de convenios interadministrativos, en particular, en relación a los programas de financiación estatal, participando en el seguimiento de la ejecución y cumplimiento de los mismos —art. 73.1.c)—. Finalmente, compete al Delegado del Gobierno velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado y por la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legalmente procedentes.

— *Políticas públicas.* Corresponde a los Delegados del Gobierno determinadas funciones derivadas de su adscripción al MHAP, relativas con la racionalización de los recursos humanos y materiales. Además, destacan las funciones propias de este órgano en el ámbito de las libertades públicas y de la seguridad ciudadana, ostentando para ello la jefatura de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bajo la dependencia funcional del Ministerio de Interior —art. 73.3 y art. 5.2 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y art. 36 Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil—.

Por último, en un sentido de racionalización de los cargos públicos, la LRJSP —art. 74— prevé que en las Comunidades Autónomas uniprovinciales el Delegado del Gobierno asumirá las funciones del Subdelegado del Gobierno en la provincia.

3.3. EL SUBDELEGADO DEL GOBIERNO

Desde el siglo XIX hasta el inicio de la década de los ochenta del siglo XX, el Gobernador Civil de cada provincia era la máxima autoridad de la Administración civil del Estado en el territorio. Este órgano histórico desempeñó dos tipos funciones (ORTEGA ALVÁREZ): por un lado, actuó como agente de control político, para lo cual se valió de diversas atribuciones —supervisión de los procesos electorales, función de «tutela» de las Entidades Locales, competencias relacionadas con el mantenimiento del orden público...—; y, por otro lado, el Gobernador Civil debía ejercer la coordinación de los distintos órganos de la Administración del Estado en la provincia. Tras la Constitución, el Gobernador Civil quedó despojado de sus antiguas funciones de agente de control político —judicialización de la Administración electoral, autonomía política de las Entidades Locales...—. Además, tras la creación en 1983 del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las funciones de coordinación, el Gobernador Civil fue perdiendo protagonismo a favor del Delegado del Gobierno.

En este sentido, la Ley 7/1996, al suprimir la histórica figura del Gobernador Civil que es sustituido por el Subdelegado del Gobierno, vino a culminar este proceso, al configurar a los actuales Subdelegados del Gobierno en las provincias como órganos directivos bajo la inmediata dependencia del Delegado del Gobierno, criterio que mantiene la LRJSP —arts. 69.4 y 74—. En concreto, la LRJSP —art. 69.4— dispone que en cada una de las provincias de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales existirá un Subdelegado del Gobierno, que estará bajo la inmediata dependencia del Delegado del Gobierno. No obstante, podrán crearse por Real Decreto Subdelegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, cuando circunstancias tales como la población del territorio, el volumen de gestión o sus singularidades geográficas, sociales o económicas así lo justifiquen.

De otro lado, a diferencia de los antiguos Gobernadores Civiles cuyos titulares tenían un inequívoco perfil político, los Subdelegados del Gobierno, con un nivel de Subdirector General —art. 55.4—, no son altos cargos —art. 55.6—, y, por ello, no son nombrados por el Consejo de Ministros sino por el propio Delegado del Gobierno —reforzando así su autoridad—, por el procedimiento de libre designación, entre funcionarios de carrera de cualesquiera Administraciones Públicas pertenecientes al grupo A —arts. 73.1.a) y 74 LRJSP—.

En cuanto a las competencias, desde el punto de vista de relación con la ciudadanía, el Subdelegado del Gobierno ejerce competencias relativas a la protección de las libertades públicas y seguridad ciudadana y protección civil —art. 75.b) y c) LRJSP y art. 5.2 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana—. Asimismo, corresponde a este órgano dirigir los servicios integrados en la Subdelegación, de acuerdo con las instrucciones del Delegado del Gobierno y de los Ministros correspondientes, así como supervisar e inspeccionar los servicios no integrados —art. 75.d)—. Y, desde un punto de vista externo, la LRJSP —art. 75.a)— asigna a estos órganos funciones de comunicación, cooperación y colaboración con los órganos provinciales de la Administración de la Comunidad Autónoma y con las Corporaciones Locales. En cada Subdelegación del Gobierno existirá una Comisión de asistencia al Subdelegado del Gobierno presidida por él mismo e integrada por los titulares de los órganos y servicios territoriales, tanto integrados como no integrados, que el Subdelegado del Gobierno considere oportuno —art. 79.3 LRJSP—.

4. EL CONSEJO DE ESTADO

4.1. CONFIGURACIÓN

El Consejo de Estado es un órgano de creación napoleónica, que supuso el traslado al ámbito civil de una figura similar al Estado Mayor de la Administración militar. Originariamente el Consejo de Estado tenía atribuidas unas funciones muy amplias: de carácter consultivo, de colaboración con el Gobierno y, sobre todo, de carácter jurisdiccional, como órgano supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, en nuestro país, desde inicios del siglo xx, el Consejo de Estado carece de competencias jurisdiccionales, quedando sus funciones circunscritas al ámbito consultivo.

En este sentido, la Constitución, al mismo tiempo que reserva en exclusiva la función jurisdiccional a los jueces y tribunales —art. 117.3—, establece que el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno, y reserva a una Ley Orgánica la regulación de su composición y competencia —art. 107—, y con esta finalidad se aprobó la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado, de 22 de abril (LOCE),

modificada por Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre. Es decir, el Consejo de Estado es configurado como *órgano de relevancia constitucional*, de tal modo que no puede ser suprimido por el legislador. Pero, además, como la Constitución define su función como «supremo órgano consultivo», el legislador no dispone de una libertad absoluta para configurar este órgano, sino que debe respetar los elementos esenciales para que el Consejo de Estado pueda ejercer su función consultiva con objetividad e independencia, es decir, debe garantizar una cierta autonomía orgánica y funcional.

Pero, de otro lado, aunque la Constitución configura al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno de la Nación, según el Tribunal Constitucional —STC 204/1992—, esto no quiere decir que haya de quedar confinado al ejercicio de la función consultiva exclusivamente del Gobierno central, sino que debido al hecho de que este órgano no forma parte de la Administración activa del Estado, y a su mencionada autonomía orgánica y funcional, la función consultiva del Consejo de Estado constituye una *garantía de objetividad e independencia*, que le habilita para ejercer de órgano consultivo en relación con otros órganos gubernativos —de Comunidades Autónomas y Entidades Locales—, incluso con carácter preceptivo, en el caso de Comunidades Autónomas que no tengan un órgano similar, y ello por constituir tal consulta una garantía procedimental. Desde este punto de vista, no le falta razón a algún autor (PARADA VÁZQUEZ) cuando cuestiona la naturaleza del Consejo de Estado como órgano consultivo, pues su intervención no se impone tanto por una necesidad del Gobierno de contar con un asesoramiento técnico —para lo cual tiene medios sobrados— como por su función de control, dada su autonomía funcional.

4.2. COMPOSICIÓN

El Consejo de Estado está integrado por 29 consejeros, de acuerdo con el esquema siguiente (figura 7).

FIGURA 7

Miembros del Consejo de Estado

MIEMBROS	NOMBRAMIENTO	REQUISITOS	NÚMERO	DURACIÓN
PRESIDENTE	REAL DECRETO	JURISTAS RECONOCIDO PRESTIGIO	1	LIBRE REVOCACIÓN
CONSEJEROS PERMANENTES	REAL DECRETO	EJERCICIO DE DETERMINADOS CARGOS PÚBLICOS	8 o >	INAMOVIBLES
CONSEJEROS NATOS	—	CARGOS PÚBLICOS DETERMINADOS	7	MIENTRAS OSTENTEN EL CARGO
CONSEJEROS NATOS VITALICIOS	—	EX PRESIDENTES DEL GOBIERNO	—	VITALICIO
CONSEJEROS ELECTIVOS	REAL DECRETO	EJERCICIO DE DETERMINADOS CARGOS PÚBLICOS	10	4 años
SECRETARIO GENERAL	REAL DECRETO	LETRADOS MAYORES	1	—

Además, el Consejo de Estado se estructura internamente en Pleno, Comisión Permanente y Comisión de Estudios, de modo que se trata de un órgano complejo.

4.3. FUNCIONES

Hasta fechas recientes la única función institucional del Consejo de Estado ha consistido en emitir dictámenes sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros. Sin embargo, tras considerar que la función consultiva no se constriñe de modo exclusivo a esta emisión de dictámenes sobre proyectos de actos y normas, la reforma efectuada por la Ley Orgánica 3/2004 ha asignado al Consejo de Estado, a semejanza de órganos similares en otros países, la función de elaborar estudios, informes, memorias o propuestas legislativas que el Gobierno le encomiende.

En cuanto al desarrollo de la que sigue siendo la función principal de emisión de dictámenes, ésta se lleva a cabo, de acuerdo con el siguiente esquema:

— *Solicitud del dictamen.* El Gobierno, los Ministros y los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas pueden solicitar el dictamen del Consejo de Estado en cualquier asunto que estimen oportuno —en la práctica se hace poco uso de esta facultad—. Ahora bien, la LOCE —y otras leyes como la LRBRL— establece que el dictamen será preceptivo en una serie de asuntos: como el ejercicio por el Gobierno de potestades normativas —proyectos de Decretos Legislativos y de Reglamentos ejecutivos—; o en materias relacionadas con determinadas instituciones de garantía de los administrados, como es la revisión de oficio de los actos nulos —art. 102 LRJPAC—.

— *Contenido del dictamen.* Ordinariamente el dictamen se limita a juzgar la legalidad del proyecto de norma o acto, si bien «cuando la índole del asunto lo exija» o lo solicite la autoridad consultante, el dictamen podrá extenderse a apreciaciones sobre la oportunidad y conveniencia del proyecto de acto o de norma, así como la mayor eficacia de la medida.

— *Efectos del dictamen.* La regla general es que el dictamen, aun siendo preceptivo, no tiene carácter vinculante para el órgano que lo solicita, salvo que la Ley disponga lo contrario —como es el caso previsto en el art. 102 de la LRJPAC—. No obstante, en el caso de que el informe haya sido solicitado por un Ministro y éste disienta del parecer del Consejo de Estado, se prevé que si el asunto en cuestión deberá ser resuelto por el Consejo de Ministros. En todo caso, el carácter supremo de este órgano consultivo se manifiesta en la regla secular según la cual los asuntos en que hubiera dictaminado el Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ARENILLA SÁEZ, M.: *Modernización de la Administración periférica*, MAP, Madrid, 1991.
 BLANQUER, D.: *Consejo de Estado y autonomías. La función consultiva como garantía de los ciudadanos y de la autonomía local*, Tecnos, Madrid, 1994.
 GARCÍA ÁLVAREZ, G.: *La función constitucional del Consejo de Estado*, Cedecs, Barcelona, 1997.
 GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: *Estudios sobre el Gobierno*, Madrid, 2008.
 LÓPEZ CALVO, J.: *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid, 1996.
 MOLTO GARCÍA, J. I.: *La Administración General del Estado*, Tecnos, Madrid, 1998.
 PALOMAR OLMEDA, A., y DE MIGUEL PAJUELO, F.: *El nuevo papel de la Administración General del Estado*, Madrid, 2004.

- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El Estatuto de los Altos Cargos*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: *La formación del Gobierno en la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1987.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ y ÁLVAREZ CONDE (dirs.): *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de La Administración General del Estado*, Madrid, 1999.
- SALABERRI BARAÑANO, R.: *El Delegado del Gobierno*, IVAP, Oñati, 1989.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J.: *La organización de la Administración periférica*, Madrid, 1997.
- TRIGUERO ORTIZ, O.: *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- VVAA: *Documentación Administrativa*, n.ºs 188 (1980), 215 (1988), 226 (1991), 244-245 (1996), 246-247 (1997), monográficos sobre el Gobierno y el Consejo de Estado.
- *Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, 2 vols., Madrid, 1988.
- *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, 1998.
- *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34 II (1992), monográfico sobre el Gobierno.

TEMA 7

LA ADMINISTRACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1.1. EL MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución contempló únicamente la organización institucional básica de las llamadas Comunidades Autónomas de autonomía plena (esto es, las que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 CE o Disp. Trans. 3.^a), sustentada en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, siendo el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno políticamente responsables ante la Asamblea —art. 152.1 CE—. En cambio, debido probablemente a la indefinición inicial del sistema autonómico, la Constitución omitió toda referencia a la organización institucional del resto de las Comunidades Autónomas (las que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE), que quedó diferida a los Estatutos de Autonomía. Y, en todo caso, uno de los contenidos mínimos de los Estatutos es «la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias» —art. 147.2.c) CE—.

Por su parte, los Estatutos de las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE, como resultado de los acuerdos autonómicos de julio 1981, optaron por asumir el modelo institucional previsto en el art. 152 CE para las Comunidades Autónomas de autonomía plena, y que, en síntesis, representa una variante del sistema parlamentario nacional (STC 16/1984).

1.2. LA POTESTAD AUTONÓMICA DE AUTOORGANIZACIÓN

La Constitución contempló entre las competencias asumibles por todas las Comunidades Autónomas, en primer lugar, «la organización de sus instituciones de autogobierno» —art. 148.1.1—, pues —como es sabido— la capacidad de autoorganización de las propias instituciones constituye la más genuina expresión de la autonomía garantizada por la Constitución (CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR). El principal límite a esta competencia autoorganizatoria vendría derivado de la competencia del Estado —*ex art. 149.1.18 CE*— para fijar las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», incluidas las Administraciones dependientes de las Comunidades Autónomas. En general, se entiende que la competencia estatal no comprende tan sólo los aspectos relacionados con la regulación de la actividad de las distintas Administraciones Públicas, sino también los elementos esenciales de su organización y ámbito de competencias, pero sin que la intervención estatal pueda llegar a anular la capacidad de las Comunidades Autónomas para autoorganizarse, y sin que el Estado

esté legitimado para imponer medidas o soluciones concretas de carácter orgánico que afecten a la estructuración de las Administraciones autonómicas (SSTC 76/1983, 227/1988, 50/1999, 1/2003, 236/2015).

En uso de la competencia autoorganizatoria, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas aprobaron al inicio de la andadura autonómica, a comienzos de la década de los ochenta, sus propias Leyes de Gobierno y Administración en las que se desarrollaron los preceptos estatutarios. Asimismo, tras la aprobación en 1997 por parte del Estado de la Ley del Gobierno de la Nación y de la LOFAGE, se aprecia una tendencia (caso de las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Islas Baleares, Castilla y León, La Rioja, Extremadura, Cantabria, Navarra o Región de Murcia) a la renovación de las originales Leyes de Gobierno y Administración autonómicas, que están siendo sustituidas por otras Leyes que, por lo general, no se limitan a los aspectos estrictamente organizativos —incluyendo más detenidamente la organización de la Administración especializada o institucional—, sino que abordan también algunos aspectos procedimentales —en materia de elaboración de disposiciones generales, tramitación de recursos administrativos, procedimientos de revisión de oficio...—. Asimismo, debe señalarse que en algunas Comunidades Autónomas (caso de Asturias, Islas Baleares, Navarra o de la Región de Murcia) Gobierno y Administración autonómicos se ordenan en textos legales diversos («modelo legal dual»), debido principalmente a que el Estatuto de Autonomía exige una mayoría cualificada para la aprobación de la Ley de regulación del Presidente y del Consejo de Gobierno.

2. EL GOBIERNO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2.1. EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

2.1.1. Elección

La configuración del Presidente de las Comunidades Autónomas es muy similar a la del Presidente del Gobierno de la Nación: es elegido por la Asamblea Legislativa y, posteriormente, designa al resto de los miembros del Consejo de Gobierno, repartiendo entre ellos las funciones ejecutivas, correspondiéndole además la dirección del Consejo de Gobierno. No obstante, existen varias peculiaridades en el proceso de elección de los Presidentes autonómicos.

— A diferencia de la regulación referente al Presidente del Gobierno, la Constitución y los Estatutos exigen que el Presidente de la Comunidad Autónoma sea elegido por la Asamblea «de entre sus miembros», lo cual significa que los candidatos a la Presidencia deben ser parlamentarios autonómicos.

— La propuesta de candidatos no se efectúa por el Jefe del Estado, sino por el Presidente de la Asamblea Legislativa, previa consulta a los portavoces designados por los partidos o grupos políticos con representación parlamentaria. El candidato propuesto expondrá ante la Asamblea su programa de gobierno, y solicitará la confianza de la Cámara, abriéndose a continuación el correspondiente debate. En todo caso, el Presidente del Parlamento autonómico realiza una función casi reglada, pues debe limitarse a proponer un candidato claramente mayoritario, y cuando no exista a plantear sucesivamente los posibles candidatos (STC 16/1984).

— El régimen de votaciones y mayorías es también similar al nacional en todos los casos: para ser elegido en una primera votación, obtener la mayoría absoluta, y de

no obtenerla, se procede a una nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada por mayoría simple en la segunda o sucesivas votaciones. Ahora bien, mientras la Constitución refiriéndose al Presidente del Gobierno, así como la mayoría de los Estatutos siguiendo este criterio (p. ej., de Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, C. de Madrid, C. Valenciana, R. de Murcia, La Rioja, y también de Navarra en el plazo de treinta días), establecen que si tras un plazo de dos meses ningún candidato obtiene la mayoría requerida se producirá la disolución automática del Parlamento y la convocatoria de nuevas elecciones, en cambio, en algún Estatuto —caso de Castilla-La Mancha y de Andalucía hasta el Estatuto del 2007—, se establece que, en tales circunstancias, quedará designado como Presidente de la Comunidad Autónoma el candidato del partido que tenga mayor número de escaños —regla similar a la prevista para la elección de Alcalde, con la diferencia de que aquí es determinante el número de votos, en lugar de escaños—. Por último, debe destacarse que en alguna Comunidad Autónoma se ha incorporado la saludable regla de limitación de mandatos, en virtud de la cual no podrá ser elegido Presidente de la Comunidad Autónoma quien ya hubiese ostentado este cargo durante dos mandatos (Ley 7/2014, de 21 de noviembre, de la Región de Murcia), si bien en algunos casos se admite la reelección cuando hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato y sin que en ningún caso pueda ser elegido quien hubiera ostentado este cargo durante al menos ocho años (Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

— Al igual que el Presidente del Gobierno, el nombramiento de los Presidentes autonómicos es efectuado por el Rey —art. 152.1 CE—, si bien esta actuación del Rey es refrendada por el Presidente del Gobierno —art. 64.1 CE— y no por el Presidente del Parlamento autonómico (STC 5/1987).

2.1.2. *Competencias*

En cuanto a las funciones del Presidente de la Comunidad Autónoma, a las funciones de dirección del Consejo de Gobierno similares a las del Presidente del Gobierno de la Nación, la Constitución —art. 152.1— y los Estatutos añaden dos funciones de representación:

— *El Presidente como representante supremo de la Comunidad Autónoma.* Esta función posee sobre todo un contenido simbólico y protocolario, de representación de las instituciones de la Comunidad Autónoma ante otras instituciones del Estado, como el Gobierno central u otras Comunidades Autónomas, pero también tiene un sentido jurídico, pues se plasma en relaciones jurídicas, públicas o privadas, caso de firma de Convenios de cooperación con el Estado o con otras Comunidades Autónomas, o acordar la disolución de la Asamblea territorial y convocar elecciones al Parlamento autonómico. Asimismo, el Presidente de cada Comunidad Autónoma es miembro de la Conferencia de Presidentes de las Comunidades Autónomas creada en 2004.

— *El Presidente como representante ordinario del Estado en la Comunidad Autónoma.* No se trata aquí de la representación del Estado central o en sentido estricto, el cual se haya representado en el Comunidad Autónoma por el Delegado del Gobierno, sino del Estado en su sentido global (el llamado Estado-comunidad). Ésta es la condición que justifica que el Presidente realice funciones que en el ámbito estatal corresponden al Rey, como es la promulgación de las Leyes de la Asamblea autonó-

mica, en nombre del Rey, así como ordenar la publicación del nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.

— *El Presidente como jefe del Gobierno de la Comunidad Autónoma.* En esta función actúa de modo similar al Presidente del Gobierno de la Nación: así corresponde al Presidente la definición del Programa político de Gobierno, la designación y separación de los miembros del Consejo de Gobierno a los miembros del mismo, la distribución entre ellos de las correspondientes funciones ejecutivas, y, en general, la «dirección» del Consejo de Gobierno. Se trata, pues, de una serie de competencias que sitúan al Presidente autonómico en una nítida posición de preeminencia sobre el resto de los miembros del Ejecutivo autonómico, derivada, en última instancia, del hecho de que sólo el Presidente, de entre los miembros del Consejo de Gobierno, dispone de legitimidad parlamentaria directa. De otro lado, debe observarse que la mayoría de los Estatutos (en su versión original), siguiendo el criterio expresado en su día en los pactos autonómicos de julio de 1981, no facultaron expresamente al Presidente de la Comunidad Autónoma para disolver el Parlamento y convocar elecciones anticipadas, si bien en algunas Comunidades se incluyó esta facultad mediante reforma estatutaria (caso de Aragón, Castilla-La Mancha, la Región de Murcia o de Navarra). No obstante, en otras Comunidades Autónomas —como es el caso de Andalucía, antes del Estatuto de 2007 y Extremadura—, se llevó a cabo esta atribución competencial mediante Ley autonómica, por considerar que la falta de mención expresa del Estatuto no constituye una prohibición de la misma, sino que es una cuestión remitida a la libre disposición del legislador, y que la facultad de disolución del Parlamento es propia de un sistema parlamentario.

2.1.3. *Cese*

Los motivos más característicos de cese del Presidente de la Comunidad Autónoma son, al igual que en el caso del Presidente de Gobierno de la Nación, la disolución del Parlamento, la pérdida de la cuestión de confianza y la aprobación de la moción de censura. La principal variación en relación con el Gobierno de la Nación estriba en el porcentaje de parlamentarios que deben suscribir la moción de censura que, si en el caso del Presidente del Gobierno de la Nación es de una décima parte del Congreso —art. 113.2 CE—, en el caso de los Presidentes autonómicos los Estatutos de Autonomía suelen exigir un porcentaje superior que varía según los casos: desde un 15 por 100 de los diputados en Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, C. de Madrid, Castilla y León, Extremadura, La Rioja y R. Murcia, a una cuarta parte en Andalucía (pasando por criterios intermedios, como una quinta parte en Galicia, C. Valenciana y Navarra).

2.2. EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2.2.1. *Composición*

El Consejo de Gobierno con ésta u otra denominación («Junta de Extremadura», «Diputación General» en Aragón, «Junta de Castilla y León», simplemente «Gobierno» en la Comunidad de Cantabria), es el órgano colegiado de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y está integrado, al menos, por el Presidente de la Comunidad Autónoma y los Consejeros. Además, siguiendo de nuevo el modelo estatal, se

suele admitir —bien en el Estatuto o bien en la Ley de Gobierno y Administración— la posibilidad de nombramiento de un único (caso de Canarias, Cantabria, Islas Baleares o de la Región de Murcia) o varios Vicepresidentes (Castilla y León, La Rioja, Navarra, Galicia, C. de Madrid), con una configuración y funciones similares a las del Vicepresidente del Gobierno de la Nación, si bien lo cierto es que, en la práctica, no se suele hacer uso de esta figura, posiblemente debido a las connotaciones políticas que pudiera comportar. Un caso singular es la posibilidad prevista en el ordenamiento catalán (Ley 1/2005 y Estatuto —art. 69— de 2006) de nombramiento por parte del Presidente de la Generalidad de un «consejero primero» del Gobierno, con funciones de impulsar y coordinar la actividad del resto de los consejeros, presidir las Comisiones del Gobierno autonómico y coordinar la actividad de sus delegaciones territoriales.

Asimismo, de nuevo a imagen y semejanza del Gobierno de la Nación, la generalidad de las Leyes de Gobierno y Administración facultan al Consejo de Gobierno para crear Comisiones Delegadas sobre asuntos de interés común de varios Departamentos (caso de las Comunidades de Andalucía, Valenciana, de Aragón, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Castilla-La Mancha, Región de Murcia o Cantabria).

Como se ha indicado antes, los Consejeros y, en su caso, Vicepresidentes, son nombrados y separados libremente por el Presidente de la Comunidad Autónoma. No obstante, los Acuerdos Autonómicos de 1981 contemplaron la limitación del número de miembros de los Ejecutivos autonómicos (se propuso que el número de miembros de los ejecutivos no debía superar a diez), limitación que se reflejó en los Estatutos de Autonomía aprobados con posterioridad, si bien ha desaparecido tras las sucesivas reformas estatutarias. Por otro lado, en cuanto al estatuto de los miembros del Consejo de Gobierno, la mayoría de los Estatutos de Autonomía se remiten a las respectivas Leyes de Gobierno y Administración, y, en general, se establece que no podrán ejercer actividad laboral, profesional o empresarial alguna, y que el cargo de miembro del Consejo de Gobierno es incompatible con cualquier otra función o actividad pública que no derive de aquél, salvo la de parlamentario en Asamblea autonómica. Además, siguiendo de nuevo el ejemplo de los Ministros del Gobierno de la Nación, la mayoría de los Estatutos (caso de Andalucía, Aragón, Canarias o Extremadura) regulan el aforamiento penal de los miembros del Ejecutivo, en el sentido de que corresponde juzgarlos por los actos cometidos durante su mandato al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, si bien en caso de falta de previsión de este extremo en el Estatuto se ha entendido que no puede ser válidamente introducido por una ley autonómica (STC 159/1991).

2.2.2. *Competencias*

De modo similar al Gobierno de la Nación, corresponde al Consejo de Gobierno el conjunto de atribuciones y competencias precisas para el gobierno y dirección de la Administración autonómica: competencias normativas —aprobar los proyectos de Ley y ejercer la potestad reglamentaria, y, en algunos caso, ejercer la potestad para dictar Decretos Legislativos (Andalucía, Asturias, Castilla y León, Cataluña, Aragón, Cantabria, Extremadura, Islas Baleares, Navarra, Región de Murcia) y Decretos-Leyes (Andalucía, Aragón, Cataluña, Islas Baleares), competencias financieras —elaborar los Presupuestos Generales, remitirlos al Parlamento para su aprobación y aplicarlos...—, organizativas —aprobar la estructura de las Consejerías y la creación, modificación o supresión de los órganos superiores, nombrar y separar los altos car-

gos de la Administración...—, y contenciosas —acordar la interposición de recursos de inconstitucionalidad y el planteamiento de conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional, entre otras—.

2.2.3. *Funcionamiento*

Al igual que el Gobierno de la Nación, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas están expresamente excluidos de las reglas generales de los órganos colegiados contenidas en la LRJPAC —disp. adic. 1.^a, además de STC 50/1999—, debido a su naturaleza de órgano de Gobierno y no meramente administrativo. Así, las deliberaciones del Consejo de Gobierno tienen carácter secreto, de modo que sus miembros están obligados a mantener dicho carácter secreto y reservado, aun cuando hubieran dejado de pertenecer al Consejo de Gobierno.

2.3. LOS CONSEJEROS

De modo similar a los Ministros del Gobierno de la Nación, los Consejeros constituyen el engarce entre el Gobierno de la Comunidad Autónoma y su Administración General, puesto que los Consejeros reúnen la doble condición de miembros del Consejo de Gobierno y de órganos superiores de los Departamentos —Consejerías— de la Administración autonómica. Pueden diferenciarse dos tipos de funciones:

— *Funciones como miembros del Consejo de Gobierno.* Desde este punto de vista, los Consejeros participan en la deliberación y acuerdo de cualquier asunto de que conozca el Consejo de Gobierno, independientemente de que sea o no de la competencia de su Departamento y, en concreto, en las materias que afectan a su Departamento, los Consejeros actúan como órganos de propuesta al Consejo de Gobierno: propuesta de un Reglamento o de un Proyecto de Ley relativos a cuestiones de su Consejería, así como propuestas de nombramientos o de ceses de altos cargos de su Consejería. Desde esta perspectiva, los Consejeros son solidariamente responsables ante el Parlamento de la gestión política del Consejo de Gobierno. Por otra parte, los Consejeros participan en ciertos órganos de la Administración General del Estado, como las Conferencias Sectoriales —art. 5.3 LRJPAC—.

— *Funciones como titulares de las Consejerías.* Desde un punto de vista interno, el Consejero es el jefe de la organización —del complejo de órganos— jerarquizada que constituye cada Consejería, con todas las facultades que ello comporta: potestad organizatoria a través de las «Órdenes», si bien esta potestad sólo suele alcanzar a las unidades administrativas inferiores; facultad de (libre) nombramiento y destitución de los titulares de órganos y unidades del Departamento que no estén reservados al Consejo de Gobierno y potestad de resolución de conflictos entre órganos del mismo Departamento. Pero, además, desde un punto de vista externo, el Consejero es el responsable directo de la gestión del área concreta de actuación de la competencia de su Departamento, lo cual comporta una amplia variedad de potestades —entre ellas, potestad reglamentaria previa habilitación legal—; y, a la vez, implica una responsabilidad política directa del Consejero por su gestión, que se traduce en comparecencias parlamentarias —atender las preguntas, interpelaciones y mociones que el Parlamento les formule, y, en última instancia, en mociones de reprobación, si bien éstas carecen, por lo general,

de una consecuencia institucional directa, pues su condición de Consejeros depende únicamente de la voluntad del Presidente de la Comunidad Autónoma—.

3. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

3.1. LA ORGANIZACIÓN CENTRAL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

En un primer momento del proceso autonómico se pretendió «evitar la burocratización de las Comunidades Autónomas» (Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías de mayo de 1981), llegando a considerarse que la formación de un aparato administrativo extenso en los niveles centrales (y periféricos) sería contraria al principio constitucional de descentralización. En tal sentido se propuso que los servicios centrales de las Comunidades Autónomas debían limitarse a las dependencias estrictamente precisas para la asistencia a los órganos políticos, para ejercer funciones de planificación y coordinación y, sólo de modo excepcional, para gestionar servicios de ámbito más amplio que el provincial.

Sin embargo, los hechos han ido justamente en la dirección opuesta, y la Administración central de las Comunidades Autónomas se ha estructurado, a imagen y semejanza de Administración general del Estado, en Departamentos (las Consejerías), como complejos de órganos administrativos jerárquicamente ordenados bajo la superior dirección del Consejero. Y lo cierto es que este fenómeno de formación y crecimiento de un aparato administrativo propio, al margen de algunos excesos, no ha estado injustificado, pues en cierto modo ha sido impulsado por el propio proceso de transferencias de competencias y servicios. Más aún, en un determinado momento del proceso autonómico —a mediados de la década de los noventa— se empezó a plantear la idea —diametralmente opuesta a la anterior— de integrar la mayor parte de las competencias y servicios administrativos en las Administraciones autonómicas —eslogan de la llamada «Administración única»—.

En general, las Consejerías suelen reproducir la estructura central de los Ministerios. Así, los órganos directivos básicos de las Consejerías son, nuevamente, las Direcciones Generales, encargadas de la gestión de una o varias áreas funciones homogéneas del Departamento, para lo cual agrupan varias unidades administrativas —Subdirecciones Generales, Servicios, Áreas, Secciones, Negociados...—. Y junto a ellas existen órganos que, con la misma u otra denominación, cumplen las funciones de los Subsecretarios de la AGE —como es el caso de los Viceconsejeros en Andalucía y C. de Madrid—, y de los Secretarios Generales Técnicos de la AGE —como es el caso de los órganos de igual denominación de la Administración de la Comunidad de Andalucía—. En otros casos, se ha procedido, en cambio, a la agrupación de las funciones propias de ambos órganos en uno solo (es el caso de los «Secretarios Generales» en las Comunidades de Cataluña, Castilla y León, Extremadura, Región de Murcia, Illes Balears y Cantabria, o de los «Secretarios Generales Técnicos» en las Comunidades de Aragón, Asturias, Navarra y La Rioja, o de los «Subsecretarios» en la Comunidad Valenciana).

Asimismo, no ya con un carácter general en todas las Consejerías sino como medida «excepcional», es frecuente prever la posibilidad de crear en determinadas Consejerías, cuando el volumen de su gestión exija la agrupación sectorial de algunas de sus direcciones generales, un órgano, similar al Secretario General o al Secretario de Estado de la AGE, con funciones de coordinación de varios Directores Generales (es el caso del «Viceconsejero» en las Comunidades de Castilla y León, de La Rioja,

de Asturias y de Aragón, o del «Secretario autonómico» en la Comunidad Valenciana y en la Región de Murcia, y del «Secretario General» en Andalucía). Además, también se han generalizado en las Administraciones autonómicas los Gabinetes, como órganos de asistencia política y técnica de los Consejeros y demás miembros del Gobierno, e integrados por personal eventual (Aragón, Cantabria, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Navarra y Región de Murcia).

De otro lado, aun cuando en los acuerdos autonómicos de 1981 se indicaba que todos los cargos con responsabilidades administrativas directas desde el nivel equivalente a Director General debían ser designados entre funcionarios, lo cierto es que la práctica administrativa ha sido, en líneas generales, bien distinta, en el sentido de mantener los niveles de ocupación política e, incluso, incrementarlos. Así en alguna Comunidad Autónoma las Subdirecciones Generales se adscriben a los altos cargos (caso de La Rioja). Asimismo, es común la constitución en cada Consejería de un «Consejo de Dirección», formado por todos los altos cargos de la Consejería y organismos públicos adscritos a la misma, para las políticas y servicios propios del Departamento (Región de Murcia).

Finalmente, no faltan tampoco los órganos similares a la Comisión General de Subsecretarios y Secretarios de Estado de la AGE, con funciones de preparación de las deliberaciones y acuerdos del Consejo de Gobierno —caso de la «Comisión General de Viceconsejeros» en Andalucía, del «Consejo Técnico» (integrado por los Secretarios Generales) de Cataluña, o de la «Comisión de Secretarios generales» en Cantabria, Extremadura, Región de Murcia y Castilla y León, o de la «Comisión de Coordinación» en La Rioja y en Navarra, o de la «Comisión de Secretarios autonómicos y Subsecretarios» en la Comunidad Valenciana—, o la «Comisión de Secretarios Generales Técnicos» en las Islas Baleares.

3.2. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMICA

La cuestión del diseño de la organización territorial de las Administraciones autonómicas ha presentado, por razones obvias, un planteamiento diverso en función de que se trate de Comunidades Autónomas uniprovinciales o pluriprovinciales. En el primer caso, al coincidir el territorio de la Comunidad Autónoma con una única provincia, por simple sentido común, la Diputación provincial quedó integrada en la Comunidad Autónoma, asumiendo ésta, además de las competencias que le correspondan según su Estatuto, la plenitud de las competencias y de los recursos que en el régimen común corresponden a las Diputaciones Provinciales —art. 9 de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico—.

Por el contrario, en el caso de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales la cuestión de la articulación de su Administración periférica se pretendió vincular inicialmente a las relaciones con las Diputaciones Provinciales de su territorio. En efecto, en el sentido antes indicado de evitar la burocratización de las Comunidades Autónomas, se llegó a plantear que las Comunidades Autónomas pluriprovinciales no debían siquiera crear una Administración periférica propia, sino que debían utilizar a las Diputaciones Provinciales para que ejercieran «ordinariamente» las competencias administrativas de las Comunidades Autónomas, para lo cual los servicios periféricos de la Administración del Estado que ejercían las competencias que, tras la aprobación de los Estatutos, debían asumir a las Comunidades Autónomas, no debían transferirse a éstas sino a las Diputaciones Provinciales (Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías de mayo de 1981). Y, en este sentido, la Ley 12/1983 del Proceso

Autonómico contempló una serie de mecanismos jurídicos —como la delegación y la llamada «asignación» de competencias— para que las Comunidades Autónomas pudieran trasladar a las Diputaciones Provinciales de su territorio nada menos que la «gestión ordinaria de los servicios propios» de la Comunidad Autónoma, bajo la dirección y control de ésta, técnicas sobre las que incidiría también la LRBRL de 1985 —art. 37—. Asimismo, algunos Estatutos de Autonomía —como el de Andalucía de 1981— recogieron previsiones en tal sentido.

Sin embargo, al igual que sucedió con la organización central, lo cierto es que la generalidad de la Comunidades Autónomas pluriprovinciales ha ido creando una propia organización periférica. Las causas de este patente incumplimiento en ocasiones de los preceptos estatuarios son variadas y complejas: la tendencia a dejar las cosas como estaban, reforzada por la dinámica de las transferencias de los servicios estatales, la falta de adecuación de las entidades locales para asumir la tareas, la dificultad de relación entre la Administración autonómica y las Entidades Locales, pudiendo estar una y otra a cargo de fuerzas políticas distintas... (ARGULLOL MURGADAS). Se volverá sobre esta cuestión al estudiar las competencias de las Diputaciones Provinciales en el Tema 12.

En cuanto a la estructura de la Administración territorial, en algunas Comunidades Autónomas (como sucede en Andalucía y Castilla-La Mancha), se ha mantenido el esquema de la Administración periférica del Estado existente en la época de las transferencias de servicios del Estado a la Comunidad Autónoma, de tal modo que cada provincia cuenta con una Delegación Provincial por cada Consejería (con excepciones). Este modelo obliga a otorgar a un Delegado Provincial la condición de primera autoridad de la Administración autonómica en la provincia, con objeto de coordinar los distintos servicios periféricos y «sin perjuicio» de la dependencia jerárquica de cada Delegado Provincial respecto a su Consejería (es el caso de las «Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía», o de los «Delegados Provinciales de la Junta de Comunidades» en Castilla-La Mancha). En cambio, en otras Comunidades Autónomas se ha seguido el criterio de la LOFAGE de integración de los servicios periféricos bajo una misma autoridad, previsto en la actualidad en la Administración del Estado (es el caso de las «Direcciones Territoriales» de la Administración de la Comunidad de Extremadura, o de los «Delegados Territoriales» de ámbito provincial del Gobierno de Aragón y de la Junta de Castilla y León).

De otro lado, en alguna Comunidad Autónoma se prevé que la comarca (además de entidad local) es una circunscripción administrativa de la Administración autonómica (Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, Ley Orgánica 1/2006 —art. 65—).

Por último, debe señalarse que, en algún caso, se prevé la práctica ausencia de una Administración territorial. Así, en relación con la estructura territorial de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se establece que se estructura fundamentalmente en órganos con competencia central, de modo que los Consejos insulares y los municipios deben asumir, en su ámbito territorial, las competencias ejecutivas correspondientes a la Administración autonómica (Ley 3/2003 —art. 4—). Y, en tal sentido, se establece que el Gobierno de las Illes Balears podrá ejercer la gestión ordinaria de sus competencias a través de los Consejos Insulares y de los Ayuntamientos (Ley Orgánica 1/2007 del Estatuto de Autonomía —art. 80—).

3.3. LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS SUPERIORES AUTONÓMICOS

Con denominaciones muy diversas, como Consejo Consultivo (Aragón, Canarias, Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Galicia, Islas Baleares, C. de Madrid...),

Consejo Jurídico (Región de Murcia), Consejo Jurídico Consultivo (Comunidad Valenciana), o Comisión Jurídica Asesora (Cataluña, País Vasco), casi todas las Comunidades Autónomas (salvo Cantabria) cuentan o han contado con un órgano consultivo superior del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, paralelo al Consejo de Estado. Esta tendencia, iniciada tempranamente en algunas Comunidades Autónomas (caso de Cataluña y de Canarias), fue estimulada por la STC 205/1992, al considerar que si la Comunidad Autónoma dispone de un órgano consultivo propio semejante al Consejo de Estado, no es precisa la intervención de éste en el procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos autonómicos. Por esta misma razón, la configuración de estos órganos consultivos es muy similar a la del Consejo de Estado, pues debe garantizarse su autonomía orgánica y funcional con objeto de que pueda actuar con objetividad e independencia, tal como se ordenó en la Ley 30/1992, y en la actualidad en la LRJSP —art. 7—. Con todo, debe señalarse que algunas Comunidades Autónomas, alegando objetivos de racionalización de las estructuras, han procedido en 2015 a suprimir el Consejo Consultivo autonómico (Comunidad de Madrid y Extremadura).

En cuanto a su ordenación legal, debe apuntarse la tendencia a incorporar estos órganos consultivos al Estatuto de Autonomía (como es el caso del Consejo Consultivo de Andalucía, Aragón, Islas Baleares o Castilla y León, o del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana). Por lo demás, la mayoría de las Comunidades Autónomas ha optado por ordenar estos órganos consultivos en una Ley específica, que en algunos casos (como Cataluña o Andalucía) ha sido ya renovada, si bien en algunas Comunidades la ordenación se integra en la Ley del Gobierno (ver Anexo).

En cuanto a su composición, se ha impuesto una configuración diversa a la del Consejo de Estado. En efecto, estos Consejos Consultivos están integrados por un número reducido de Consejeros —generalmente cinco o siete—, de modo que Andalucía (que puede alcanzar más de diecisiete) y Cataluña (en relación con la Comisión Jurídica Asesora, con quince miembros), son las excepciones. Asimismo, generalmente, todos los miembros son electivos, a designar entre juristas de reconocido prestigio, y son excepcionales los casos de Consejos con miembros «natos», por razón del ejercicio presente de determinados cargos públicos y mientras tanto ostenten el cargo que haya determinado su nombramiento (Andalucía, Comunidad Valenciana) o bien por el desempeño en el pasado de determinados cargos públicos de relevancia y, en particular, ex presidentes del Gobierno autonómico (caso de Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia), considerándose éstos últimos, además, en algún caso como consejeros permanentes (caso de Andalucía). Además, en la designación de los miembros electivos, la tendencia mayoritaria es que la mayoría de los miembros, sean designados por la Asamblea (Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia, Región de Murcia y La Rioja), mediante mayoría cualificada (en el caso de Navarra, son todos los miembros elegidos por la Asamblea), y son minoritarios los casos de designación exclusiva por el Gobierno (Andalucía, Aragón, Cataluña, País Vasco). En todo caso, los Consejeros electivos disfrutan de una cierta inamovilidad temporal que varía según los casos —de tres a seis años—, si bien el mandato suele ser prorrogable por una única vez. Y, finalmente, en cuanto al sistema de designación del Presidente del Consejo, si bien en algunas Comunidades Autónomas, de modo similar al Presidente del Consejo de Estado, es libremente designado por el Gobierno de la Comunidad (caso de Andalucía, Aragón, y Comunidad Valenciana), el sistema más extendido es la elección por los propios miembros electivos del Consejo Consultivo de entre ellos (Canarias, Islas Baleares, Navarra, Región de Murcia, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia).

Respecto a sus competencias, ya de modo muy similar al Consejo de Estado, estos Consejos Consultivos desempeñan la función de emitir dictámenes sobre los asuntos

que les sean sometidos. Generalmente, tanto el Presidente de la Comunidad Autónoma como los Consejeros pueden recabar la consulta del Consejo Consultivo en los asuntos que por su especial trascendencia lo requieran (dictámenes facultativos). Pero, en todo caso, la Ley impone el carácter preceptivo de la consulta en una serie de casos (dictámenes preceptivos) similares a los previstos en el ordenamiento estatal para el Consejo de Estado —anteproyectos de Leyes, proyectos de Reglamentos ejecutivos de leyes, reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración a partir de una cantidad, anulación de oficio de actos administrativos...—. Asimismo, se aprecia la tendencia a abrir directamente la actividad de consulta del Consejo a las Entidades Locales del territorio de la Comunidad Autónoma, sin necesidad de intermediación del Ejecutivo autonómico (caso de Andalucía, Castilla-La Mancha y Castilla y León). Además, a semejanza de la reforma del Consejo de Estado de 2004, se contempla la posibilidad de solicitar al órgano consultivo la elaboración de estudios, informes y propuestas legislativas (Castilla y León).

FIGURA 1

Composición de los Consejos Consultivos autonómicos

	MIEMBROS PERMANENTES	MIEMBROS NATOS	MIEMBROS ELECTOS DESIGNADOS POR GOBIERNO	MIEMBROS ELECTOS DESIGNADOS POR ASAMBLEA	DURACIÓN MANDATO ELECTOS (AÑOS)	ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DEL ÓRGANO
ANDALUCÍA	Sí	5	6 a 12	-	5	Por Presidente Comunidad
ARAGÓN	-	-	8	-	3	Por el Gobierno
ASTURIAS	-		3	2		Por los propios miembros
CANARIAS	-	-	3	4	4	Por los propios miembros
CASTILLA-LA MANCHA	-	Variable	2	3	5	Por los propios miembros electivos
CASTILLA Y LEÓN	-	Variable	2	3	6	Por los propios miembros
CATALUÑA	-	2	13	-	3	Por el Gobierno
C. VALENCIANA		Variable	3	3	5	Por Presidente Comunidad
GALICIA	-	Variable	2	3	6	Por los propios miembros
ISLAS BALEARES	-	-	4	3	4	Por los propios miembros
LA RIOJA	-	-	2	3	4	Por Presidente Comunidad
NAVARRA	-	-	-	5	8	Por los propios miembros
PAÍS VASCO	-	1	10	-	6	Por el Gobierno
R. MURCIA	-	-	2	3	6	Por los propios miembros

Por su parte, el dictamen de estos órganos consultivos debe ceñirse a examinar la legalidad de la medida proyectada, sin que pueda entrar en consideraciones de oportunidad, conveniencia o de eficiencia económica, salvo que le sea solicitado expresamente (Andalucía, La Rioja, Castilla-La Mancha y Castilla y León). Y, por último, los dictámenes no son vinculantes, salvo en los casos que así se disponga en las Leyes.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- AJA, E. (dir.): *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ALBERTOS CARAZO, M.: *Figura del Presidente de la Comunidad Autónoma en el Sistema Constitucional Español*, Navarra, 2006.
- ARGULLOL MURGADAS: «La Administración de las Comunidades Autónomas», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. IV, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 3449 ss.
- BASSOLS COMA, M. (Coord.): *La Administración Pública de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2004.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Sobre la potestad autonómica de autoorganización», *Rev. Española de Derecho Administrativo*, n.º 71, 1991, pp. 317 ss.
- GALERA VICTORIA, A.: *Constitución, Función Consultiva y Estado Autonomico*, Navarra, 2007.
- LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J.: *Tratado de Derecho Autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas: composición y organización», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, n.º 6, 1991, pp. 37 ss.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas, II*, Cívitas, Madrid, 1984.
- PENDÁS GARCÍA, B.: «Gobierno y forma de gobierno de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre el dogma de la homogeneidad y sus límites», *Documentación Administrativa*, n.º 215, 1988, pp. 85 ss.
- PÉREZ MORENO, A.: «Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *Administración Institucional. Libro homenaje a Clavero Arévalo*, vol. II, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 1441 ss.
- RUIZ MIGUEL, C.: «Los Consejos Consultivos Autonómicos», *Rev. Vasca de Administración Pública*, n.º 39, 1994, pp. 291 ss.
- TRIGUERO ORTIZ, O.: *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Marcial Pons, 2014.

ANEXO

1. LEYES DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

— Andalucía: Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno; Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

— Aragón: Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón; Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma.

— Asturias: Ley 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración, modificada por Ley 4/2008, de 24 de noviembre; Ley 2/1995, de 13 de marzo, de régimen jurídico de la Administración del Principado.

— Baleares: Ley 4/2001, de 14 de marzo, de Gobierno; Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma; Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Canarias: Ley 1/1983, de 14 de abril, de Gobierno; Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma.

— Cantabria: Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma.

— Castilla-La Mancha: Ley de Castilla-La Mancha 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo.

— Castilla y León: Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad.

— Cataluña: Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno; Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña.

— Comunidad de Madrid: Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración, modificada por Ley 3/2007, de 26 de julio.

— Comunidad Valenciana: Ley 5/1983, de 30 de diciembre, de Gobierno Valenciano, modificada por Ley 12/2007, de 20 de marzo.

— Extremadura: Ley 1/2002, de 28 de febrero, de Gobierno y Administración.

— Galicia: Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Junta de Galicia y su Presidente; Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

— La Rioja: Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros; Ley 4/2005, de 1 de junio, de funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma.

— Navarra: Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente; Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de Administración de la Comunidad Foral.

— País Vasco: Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno y Presidente.

— Región de Murcia: Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno; Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Región.

2. ORDENACIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS SUPERIORES AUTONÓMICOS

— Ley de Andalucía 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo.

— Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón.

— Ley de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, modificada por Ley 1/2006, de 16 de febrero.

— Ley de Canarias 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo.

— Ley de Castilla-La Mancha 11/2003, de 25 de septiembre, de Gobierno y del Consejo Consultivo.

— Ley de Castilla y León 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo.

— Ley de Cataluña 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora.

— Ley de la Comunidad Valenciana 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu, reformada por Ley 5/2005, de 4 de agosto.

— Ley de Galicia 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo.

— Ley de Islas Baleares 5/2010, de 16 de junio, del Consejo Consultivo, modificada por Ley 7/2011, de 20 de octubre.

— Ley de La Rioja 3/2001, de 31 de marzo, del Consejo Consultivo.

— Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra.

— Ley del País Vasco 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

— Ley de la Región de Murcia 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

TEMA 8

LAS ENTIDADES LOCALES

1. MARCO CONSTITUCIONAL Y FUENTES

1.1. LA AUTONOMÍA LOCAL

La Constitución —art. 137— establece que los Municipios y las Provincias gozan de autonomía «para la gestión sus intereses», y explicita —art. 140— que garantiza la autonomía de los Municipios. Ahora bien, la Constitución —a diferencia de como procede en relación con las Comunidades Autónomas— no precisa ni predetermina cuáles son los intereses propios de los Municipios para cuya gestión se reconoce su autonomía, sino que remite al legislador ordinario la determinación de los mismos (STC 240/2006). De este modo, al tratarse de una Constitución «abierta» (SÁNCHEZ MORÓN), el legislador puede conferir a los Municipios un ámbito mayor o menor de autonomía, en aplicación de opciones políticas distintas pero igualmente legítimas. El constituyente no ha predeterminado el contenido concreto de la autonomía local, por lo que es el legislador constitucionalmente habilitado quien puede ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, con el único límite de que no establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 159/2001, 52/2004 y 252/2005). Por eso una legislación (básica estatal) que, respetando aquellos límites, pretendiera reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado podría ser tan legítima como la que tratara de ensancharla al máximo, pues no existe una suerte de irreversibilidad de las cotas de autonomía local alcanzadas mediante la ley (STC 41/2016).

En efecto, la doctrina (PAREJO ALFONSO) entiende que la Constitución configura a la autonomía municipal en los preceptos antes mencionados como una *garantía institucional*. De este modo, al constituir los Municipios —y las Provincias— instituciones garantizadas por la Constitución, el legislador podrá disminuir o acrecentar, según los casos, las competencias de estas entidades, pero no podrá eliminarlas por entero, y, más aún, tampoco podrá afectar al «núcleo esencial» de la institución. Así, el Tribunal Constitucional —STC 38/1983— ha declarado que, si bien la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito de competencias determinado y fijado de una vez por todas, dicha garantía es desconocida cuando la institución (en este caso, la autonomía local) es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.

En todo caso, la autonomía local debe ser también entendida como el derecho de la comunidad local a participar, a intervenir, a través de sus órganos de gobierno, en la gestión de cuantos asuntos le atañen, graduándose el alcance o la intensidad de esta participación en función de la relación entre los intereses locales y supralocales dentro de cada tipo de asuntos o materias (SSTC 4/1981, 32/1981, 27/1987, 51/2004). Es decir, la autonomía local se fundamentaría no ya en un equilibrio estático de materias

estancas e incomunicadas, que en la práctica se ha revelado inoperante, sino en un equilibrio dinámico.

Por último, conviene subrayar que, en contra de lo que a veces suele decirse, la autonomía local no se circunscribe a una mera autonomía «administrativa», sino que el principio del pluralismo político territorial lleva a reconocer a las Entidades Locales básicas la capacidad para crear sus propios ordenamientos locales —en ejercicio de su potestad reglamentaria— y de gobernar en régimen de autorresponsabilidad, con la consiguiente capacidad de introducir sus propias opciones políticas (MORELL OCAÑA, RIVERO YSERN). Como declaró tempranamente el Tribunal Constitucional (STC 4/1981) la autonomía local «consiste, fundamentalmente en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política». Y para ello el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local (STC 132/2012), pues como ha demostrado la Historia, es una falacia hablar de autonomía local al margen del carácter democrático de los Ayuntamientos: hay autonomía local porque hay democracia local (figura 1).

FIGURA 1
Panorámica de las Entidades Locales

ENTIDADES LOCALES BÁSICAS	MUNICIPIOS PROVINCIAS (ISLAS)		
	ENTIDADES LOCALES NO BÁSICAS	SUPRAMUNICIPALES	FORZOSAS
VOLUNTARIAS			MANCOMUNIDADES
INFRAMUNICIPALES		ENTIDADES LOCALES MENORES*	

* Las existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/2013.

1.2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE EL RÉGIMEN LOCAL

El régimen jurídico de los entes locales (el llamado tradicionalmente «régimen local») no es «intracomunitario» ni «extracomunitario», puesto que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias en esta materia: es lo que el Tribunal Constitucional (STC 84/1983) llamó el carácter *bifronte* del régimen local, en consonancia con la estructura territorial de España (art. 137 CE), que «concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado» (STC 82/1982).

1.2.1. *Las competencias estatales*

De entrada, el Estado presenta el título competencial relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas —art. 149.1.18 CE—, puesto que las Entidades Locales son ante todo Administraciones Públicas. Ahora bien, junto a este título competencial de carácter genérico, no hay que olvidar que las Entidades Loca-

les básicas, esto es los Municipios y las Provincias —e Islas— son también parte integrante de la organización territorial del Estado —art. 137 CE—. Por esta razón, el Estado presenta una competencia específica sobre estas Entidades Locales constitucionalmente necesarias, en el sentido de que el Estado debe garantizar su autonomía constitucionalmente reconocida, concretando para ello ese núcleo mínimo de la autonomía local que la Constitución garantiza pero no determina (SSTC 109/1998, 11/1999). Así pues, desde la consideración de la autonomía local como una garantía general del modelo territorial del Estado y de la condición de Administración pública atribuida por la norma fundamental a los entes locales, las bases estatales tienen dos cometidos: uno, concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales directamente regulados por la Constitución; y dos, concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones públicas (SSTC 240/2006, 103/2013, 143/2013), lo que habilita al Estado para regular aspectos distintos de los «enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE» (STC 159/2001).

Ahora bien, debe observarse que la competencia estatal es de carácter básico, y, como ha señalado el Tribunal Constitucional —STC 32/1981—, «la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las Entidades Locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario». Y la determinación de tales «condiciones básicas» debe hacerse primordialmente en función de lo que es esencial para garantizar el modelo de Estado inherente a la configuración de la autonomía local —STC 33/1993—. Como ha sintetizado el Tribunal Constitucional, la normativa básica en materia de régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado y esta definición solo debe incluir aquellos aspectos que sean necesarios, sin quepa agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y funcionamiento interno de los órganos (STC 103/2013). Corresponde al legislador estatal, con carácter general, fijar los principios o bases relativos a los aspectos institucionales, organizativos y funcionales y a las competencias de las entidades locales constitucionalmente garantizadas (STC 240/2006). En consecuencia, el Estado debe regular los elementos que permiten definir el «modelo municipal común» entre los que se encuentran el territorio, la población y la organización, como recoge el art. 11.2 LRBRL.

1.2.2. *Las competencias autonómicas*

Respecto a las Entidades Locales no cubiertas por la garantía constitucional —Mancomunidades, Comarcas, Áreas Metropolitanas y Entidades Locales menores—, la LRBRL —arts. 4.2 y 42 ss.— remitió su configuración a las Comunidades Autónomas, a las que reconoció implícitamente una competencia plena —a salvo de determinadas cautelas para proteger precisamente la autonomía de los Municipios—. Así, respecto a estas entidades locales (con la salvedad de las Mancomunidades), el Tribunal Constitucional ha afirmado que, puesto que el Estado estaría incidiendo en entidades locales que sólo las Comunidades Autónomas pueden crear, éste carecería de título competencial para determinar el nivel mínimo de competencias que les corresponden. Estas últimas son entidades con un fuerte grado de «interiorización» autonómica, por lo que corres-

ponde a las Comunidades Autónomas determinar y fijar las competencias de las entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales (SSTC 214/1989, 103/2013).

FIGURA 2

Funciones de la Ley Básica de Régimen Local

MATERIA	FUNCIÓN DE LA LBRL	DESARROLLO DE LA LBRL
ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES LOCALES BÁSICAS	NORMAS BÁSICAS	LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE RÉGIMEN LOCAL
COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES BÁSICAS	DEFINIR MATERIAS DE COMPETENCIA MÍNIMA	LEGISLACIÓN SECTORIAL ESTATAL Y/O AUTONÓMICA
ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES NO BÁSICAS	GARANTIZAR AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES LOCALES BÁSICAS	LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE RÉGIMEN LOCAL

1.2.3. *Esquema de fuentes del régimen local*

Por lo anterior, el orden de fuentes sobre el régimen local sería el siguiente (RIVERO Y SERN):

1.º *La legislación estatal de carácter básico.* Está integrada fundamentalmente por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), como Ley de garantía de la autonomía local, así como por los preceptos del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que tengan carácter básico —STC 385/1993—. Asimismo, debe destacarse que la LRBRL ha sido objeto de tres importantes reformas: primero, por la Ley 11/1999, de 21 de abril, como fruto del llamado Pacto Local; segundo, por la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del Gobierno Local, que introdujo un nuevo Título X en el que se establece un régimen orgánico específico para los llamados «municipios de gran población» (en gran medida avalada por la STC 103/2013); y tercero, por la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, presidida por el objetivo de sostenibilidad financiera (también avalada, en su mayor parte, por la STC 41/2016).

2.º *La legislación autonómica.* En este punto se aprecian dos tendencias legislativas. Algunas Comunidades Autónomas —Cataluña, Navarra, Galicia, Aragón, La Rioja, Comunidad de Madrid, Andalucía, Comunidad Valenciana— han procedido a aprobar su propia Ley general de Régimen Local o Administración Local, en la que se desarrollan todos los aspectos tratados en la LRBRL. En cambio, otras Comunidades Autónomas—, Castilla-La Mancha, Extremadura...— se han ocupado hasta ahora de aspectos parciales, como la ordenación de la demarcación o planta territorial de los Municipios y el fomento de las Mancomunidades municipales o, en el caso de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, la ordenación de las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las Diputaciones Provinciales de su territorio.

3.º *La normativa autónoma local.* Está integrada por principalmente el Reglamento Orgánico de cada Entidad Local, aprobado por el Pleno mediante mayoría absoluta —art. 47.3 LRBRL—.

4.º *La legislación estatal supletoria.* Está integrada principalmente por los preceptos del TRRL que no tengan carácter básico, así como, sobre todo, por el Reglamento estatal de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF), norma ésta que, a pesar de su modesta posición en el sistema de fuentes, presenta una gran importancia práctica.

2. EL MUNICIPIO

2.1. EL MUNICIPIO: CONCEPTO

La LRBRL —art. 1.1— define a los Municipios como «Entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades». Los Municipios son esencialmente comunidades políticas integradas —como todas— por tres elementos —art. 11.2 LRBRL—: el territorio —el llamado «término municipal»—, la población —los vecinos del municipio— y la organización —el Ayuntamiento, con carácter general—. Asimismo, como ya nos consta, los Municipios constituyen Entidades Locales constitucionalmente necesarias, en el sentido de que son piezas estructurales de la distribución territorial del poder público en el Estado español, y tienen constitucionalmente garantizada su autonomía para la gestión de sus intereses propios —arts. 137 y 140 CE—.

Ahora bien, los Municipios presentan, además, una característica propia que los diferencia netamente del resto de las Entidades Locales constitucionalmente necesarias —las Provincias e Islas—: su carácter *primario* (ENTRENA CUESTA). En efecto, el Municipio constituye la comunidad política primaria en la que se organiza el poder público local y, en general, todo el poder público del Estado. El resto de las Entidades Locales, incluidas las Provincias, se estructuran tomando como base al Municipio. Así, la propia Constitución —art. 141.1— define a la Provincia como una agrupación de Municipios, y se refiere —arts. 141.3 y 152.3— a otras entidades locales constituidas también como agrupaciones de Municipios. Asimismo, la LRBRL —art. 45— configura a las Entidades Locales menores (inframunicipales) como un fenómeno de descentralización municipal. Por tanto, frente a los Municipios, el resto de las Entidades Locales —incluidas las Provincias— no deja de presentar un carácter secundario. Y este carácter primario del Municipio va a condicionar al resto de las Entidades Locales —incluidas las Provincias—.

Así, las competencias municipales determinan las competencias del resto de las Entidades Locales, tanto supramunicipales —incluidas las Provincias— como inframunicipales. En efecto, se puede decir que prácticamente todas las competencias de las Entidades Locales son, en el fondo, competencias municipales o giran en torno a este tipo de competencias —apoyarlas, coordinarlas...—. Y de aquí la importancia de determinar y garantizar las competencias de los Municipios. De otro lado, desde el punto de vista organizativo, la elección de los miembros de los órganos de gobierno de los Municipios —los concejales—, que según la Constitución —art. 140— es mediante sufragio universal y directo, va a condicionar también la elección de los miembros de los órganos de gobierno del resto de las Entidades Locales. En efecto, los miem-

bros de los órganos de gobierno del resto de las Entidades Locales —tanto supramunicipales como inframunicipales— traen su causa en la elección a miembros de los órganos de gobierno de los Municipios. Salvo excepciones, como es el caso de los Cabildos Insulares Canarios —art. 201.1 LOREG—, no existe una elección directa para los miembros de los órganos de gobierno de las Entidades Locales distintas al Municipio, sino que se trata de una elección de segundo grado, partiendo de la condición de concejales. De modo que los miembros de tales entidades presentan una doble condición: junto a la condición de miembro de una entidad supramunicipal, son necesariamente concejales de un Municipio. En definitiva, la clase política local procede de las elecciones municipales. Y, por último, desde el punto de vista del territorio, dado que las competencias locales son fundamentalmente competencias municipales y que el resto de las Entidades Locales —salvo las inframunicipales— constituyen esencialmente agrupación de municipios, el territorio de los municipios —el llamado «término» municipal— determina la «planta de la Administración Local».

2.2. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES PROPIAS

2.2.1. *Concepto*

Las competencias propias son las derivadas de la garantía constitucional de la autonomía local para la gestión de los intereses propios del Municipio. Es decir, mediante la atribución de competencias propias se concretiza el contenido de la autonomía local. Ahora bien, el legislador dispone de un innegable margen para delimitar este ámbito competencial propio, con el único límite derivado de la garantía de la autonomía local.

Como ya se ha visto, la Constitución remite al legislador la concreción del contenido de la autonomía local. Y, en este sentido, la LRBRL —art. 2.1— establece que, «para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios (Provincias e Islas) su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las *competencias* que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los *principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos*», principios a los que la Ley 27/2013 ha añadido los de «eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

Pero, además de esta directiva general e indeterminada, la LRBRL establece —art. 25.2— que por Ley estatal o autonómica, según el orden de distribución de competencias, deberá atribuirse, «en todo caso», competencias propias a los Municipios en una serie de materias delimitadas por la LRBRL —urbanismo, medio ambiente urbano, protección civil, tráfico vial, transporte colectivo urbano...—, elenco de materias modificado por la Ley 27/2013, con un designio limitador. Aun cuando no se explicita, debe entenderse que la relación de materias del artículo 25.2 LRBRL no es limitativa, de modo que el legislador (estatal o autonómico) puede reconocer competencias propias a los municipios en otras materias. Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LRBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer «en todo caso» de competencias «propias», sin prohibir que la

ley atribuya otras en materias distintas. Más aún, como ha señalado el Tribunal Constitucional, una prohibición indiscriminada y general a las CCAA a atribuir competencias propias a los municipios de su ámbito territorial sería manifiestamente invasiva de las competencias de las Comunidades Autónomas (STC 41/2016). Y de hecho así sucede en algunos Estatutos de Autonomía (Cataluña y Andalucía).

En consecuencia, al margen del listado del art. 25.2 LRBRL, las Comunidades Autónomas pueden decidir si, y hasta qué punto, los municipios deben tener competencias propias, eso sí sujetándose a las exigencias del art. 25 LRBRL, y que se tratan seguidamente. De otro modo se llegaría al absurdo de que el legislador básico habría puesto más trabas a la atribución de competencias propias, dentro de las materias que considera de claro interés municipal, que a la atribución de competencias propias en los demás ámbitos materiales, donde el interés local puede ser bajo o inexistente. Por tanto, el art. 25.2 LRBRL indica solo las materias dentro de las cuales las leyes estatales y autonómicas deben necesariamente («en todo caso») atribuir competencias propias a los municipios. Fuera de las materias enumeradas, las Comunidades Autónomas están liberadas de esta restricción, por lo que podrán atribuir o quitar competencias municipales propias sin más límites que los derivados de la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. Más aún, el legislador básico de régimen local no está legitimado para prohibir a las CCAA, en materias de la competencia de éstas, atribuir competencias propias a los municipios (STC 41/2016).

2.2.2. *La atribución de competencias propias*

La relación de materias del artículo 25.2 LRBRL no supone una atribución directa de competencias sobre dichas materias, sino que es precisa la intermediación del legislador sectorial, ya sea estatal o autonómico según corresponda en cada materia, debiendo destacarse la exigencia de una reserva de ley —art. 25.3 LRBRL—. A este respecto, tras la reforma de la Ley 27/2013, la LRBRL establece una serie de reglas que deben cumplir las Leyes de atribución de las competencias propias. De entrada, las competencias deben estar determinadas en la Ley, lo que descarta la atribución de competencias propias mediante cláusulas generales, abiertas o indeterminadas (la atribución genérica tiene en la Ley un mecanismo diverso —art. 7.4—, que se trata más adelante).

Asimismo, la ley debe evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera —art. 25.3—. A tal efecto, la Ley deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. La Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas. De este modo, no queda imposibilitada la atribución de competencias municipales que, aisladamente consideradas, entrañen incrementos del gasto. Únicamente se exige que en tales casos, las Comunidades Autónomas persigan ahorros correlativos en cualesquiera otros ámbitos de su competencia (STC 41/2016).

Por último, para evitar duplicidades, se añade que la Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública —art. 25.5—.

2.2.3. Las competencias municipales mínimas

Además de ordenar al legislador sectorial la atribución a los Municipios de competencias sobre una serie de materias —art. 25.1—, la LRBRL —art. 26.1— establece que los Municipios, en función del número oficial de sus habitantes, deben prestar determinados servicios públicos (listado de servicios mínimos), lo cual supone evidentemente una habilitación legal directa a los municipios en orden a su establecimiento (figura 3).

FIGURA 3

Servicios municipales mínimos

EN TODOS LOS MUNICIPIOS	Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.
EN MUNICIPIOS CON POBLACIÓN DE MÁS DE 5.000 HABITANTES	Parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.
EN MUNICIPIOS CON POBLACIÓN DE MÁS DE 20.000 HABITANTES	Protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.
EN MUNICIPIOS CON POBLACIÓN DE MÁS DE 50.000 HABITANTES	Transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

En relación con estos servicios mínimos, la legislación sectorial debe atribuir necesariamente competencias propias a los Municipios, de tal modo que vienen a constituir así el núcleo mínimo de las competencias municipales. Así la doctrina (ORTEGA ÁLVAREZ) entiende que las competencias de ejercicio obligatorio suponen una reserva material de actividades en favor de los municipios y que tales competencias son competencias propias y directamente ejercitables. No obstante, debe precisarse que esta relación de servicios municipales mínimos no impide que pueda ser incrementada por las Comunidades Autónomas, mediante Ley, pues la finalidad de la Ley Básica estatal no es otra que garantizar unos servicios mínimos en todo el territorio del Estado, lo cual no impide que una Comunidad Autónoma pueda imponer en su territorio uno niveles mayores de servicio público. Así, por ejemplo, la Ley de Cataluña 8/1987 municipal y de régimen local, tras la reforma operada por la Ley 3/2002, obliga a los municipios de más de 30.000 habitantes a prestar el servicio de lectura pública de forma descentralizada o en los de más de 50.000 habitantes, el servicio de transporte urbano debe adaptarse a las necesidades de desplazamiento de las personas con movilidad reducida.

La LRBRL contempló la posibilidad de que los Municipios pudieran solicitar de la Comunidad Autónoma respectiva la *dispensa* de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento. Por su parte, la Ley 27/2013 ha suprimido esta figura de la dispensa, al tiempo que atribuye a las Diputaciones Provinciales —como

se trata más adelante— competencias específicas de coordinación de determinados servicios mínimos.

2.2.4. *El régimen jurídico de las competencias propias*

Dado que la atribución de competencias propias a los Municipios responde a la garantía institucional de la autonomía local, su ejercicio por parte de los Municipios es conforme a un *régimen de autonomía* y de *autorresponsabilidad* de la Entidades Locales —art. 7.2 LRBRL—. Esto significa que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas carecen de una potestad de *dirección* político-administrativa sobre estas materias, que corresponde a los órganos de gobierno y administración del Municipio. Por esta razón, el Estado y las Comunidades Autónomas no pueden establecer *controles de oportunidad* sobre el ejercicio por parte de los Municipios de sus competencias propias, pues el régimen de propia responsabilidad comporta que la decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la gestión municipal corresponde, en última instancia, al electorado.

No obstante, debe precisarse que la autonomía local es compatible con el reconocimiento al Estado y a las Comunidades Autónomas de determinadas competencias de *coordinación* de las competencias propias locales con las competencias propias del Estado o Comunidades Autónomas sobre una misma materia o sector de la acción pública —art. 7.2—. Y, asimismo, la autonomía no impide el establecimiento por parte del Estado o de la Comunidad Autónoma de *controles de legalidad* sobre el ejercicio de los Municipios de sus competencias propias (SÁNCHEZ MORÓN), si bien la LRBRL optó por judicializar estos controles.

2.3. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES DELEGADAS

A diferencia de las competencias propias, las competencias delegadas no pertenecen al ámbito competencial que asegura la garantía institucional, sino al nivel competencial de los ordenamientos superiores (ORTEGA ÁLVAREZ). Por tanto, son producto de la voluntad de otras instituciones de otorgar a los Municipios la ejecución de sus propias competencias, en una manifestación del principio de descentralización —art. 103.1 CE—. A este respecto, la LRBRL dispuso que la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas «pueden» delegar en los Municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. Por su parte, la Ley 27/2013 sustituye el precepto anterior por el siguiente: «La delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera». De este modo, se suprime toda referencia a la mejora de la participación ciudadana.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, hasta la Ley 27/2013 la delegación servía esencialmente para extender el poder local a competencias cuya titularidad retiene la Comunidad Autónoma o el Estado, por predominar los intereses supralocales sobre los municipales. La delegación permite proteger los intereses locales involucrados (mediante la descentralización del ejercicio de la competencia en los entes locales) sin riesgo para los intereses supralocales que justifican la centralización de la titularidad (siguen tutelados mediante las facultades de dirección y control que se

reserva la entidad delegante y que acepta la entidad delegada). Por su parte, el régimen de la Ley 27/2013 si bien no es ajeno a esta lógica, desarrolla otra hasta ahora menos presente: la delegación como mecanismo de reducción de costes en la gestión de las competencias autonómicas y estatales.

La Ley 27/2013 impone una serie de exigencias a la delegación de competencias. La delegación deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios antes indicados y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas —art. 27.1—. Asimismo, la delegación deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de ésta, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos, que ésta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas —art. 27.1—. Así pues, con la finalidad de garantizar una estabilidad mínima (que había sido solicitada por la FEMP), se establece una duración mínima de cinco años.

De otro lado, la Ley 27/2013 añade que cuando el Estado o las Comunidades Autónomas deleguen en dos o más municipios de la misma provincia una o varias competencias comunes, dicha delegación deberá realizarse siguiendo criterios homogéneos —art. 27.2—.

Asimismo, la versión original de la LRBRL dispuso que la efectividad de la delegación requería su aceptación por el Municipio interesado, «salvo que por ley se imponga obligatoriamente». Un sector de la doctrina (PARADA VÁZQUEZ) había considerado que esta obligatoriedad se compagina mal con el instituto de la delegación, además de comportar muy posiblemente una inconstitucionalidad por vulneración de la autonomía local. En todo caso, la Ley 27/2013 optó por suprimir la delegación forzosa por Ley (aceptando una sugerencia de la FEMP). Así, se establece que la efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el Municipio interesado —art. 27.5—, aceptación que corresponde expresar al Pleno —art. 22.2—. Al condicionar la efectividad de la delegación a la aceptación municipal, la Ley establece una base destinada a «concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada» (SSTC 103/2013 y 143/2013).

En cuanto al régimen jurídico de las competencias delegadas, dado que estas competencias no están cubiertas por la garantía constitucional de la autonomía local, la LRBRL —art. 7.3— admite que el acto de delegación puede prever técnicas de dirección y control por parte de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma, según los casos. Su fundamento se halla, por un lado, en que el ente local tiene la libertad de aceptar o rechazar la delegación y, por otro, en que la Administración delegante es titular de la competencia sin que pueda desentenderse de los intereses supralocales que justifican que haya retenido la titularidad (STC 41/2016).

En concreto, en cuanto a las *potestades de dirección*, la LRBRL —art. 27.2— se limita a prever la facultad de emanar instrucciones técnicas de carácter general —es decir, no se prevén órdenes singulares—. En todo caso, la LRBRL dispuso que debe respetarse la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad Local, pues éste es el núcleo de la autonomía local, de modo que ir más allá supondría la mera instrumentación mecánica de la entidad local. Sin embargo, la Ley 27/2013 suprimió esta salvaguarda. Frente a ello debe recordarse que la Carta Europea de la Autonomía Local —art. 4.5— dispone que en caso de delegación de poderes por una autoridad central o regional, las Entidades Locales deben disfrutar en lo posible de la libertad de adaptar su ejercicio a las condiciones locales.

Asimismo, la LRBRL —art. 27.2— prevé diversas *potestades de control*: la potestad de recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal; la

facultad de enviar comisionados y de formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas. Asimismo, se prevén expresamente controles de legalidad: como la interposición de recursos administrativos, de tal modo que los actos que emanen del Municipio en ejercicio de las competencias delegadas pueden ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma —art. 27.2 LRBRL—. Pero, sobre todo, la LRBRL —art. 7.3— admite que estas potestades de control puedan ser, no sólo de legalidad, sino también de oportunidad y eficiencia (añadida ésta por la Ley 27/2013). Además, la Ley 27/2013 añade que la Administración delegante podrá solicitar la asistencia de las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes para la coordinación y seguimiento de las delegaciones —art. 27.2—.

De otro lado, la Ley 27/2013 añade el siguiente precepto: «La disposición o acuerdo de delegación establecerá las causas de revocación o renuncia de la delegación. Entre las causas de renuncia estará el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante o cuando, por circunstancias sobrevenidas, se justifique suficientemente la imposibilidad de su desempeño por la Administración en la que han sido delegadas sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias. El acuerdo de renuncia se adoptará por el Pleno de la respectiva Entidad Local» —art. 27.7—.

Además, en caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas o inobservancia de los requerimientos formulados, la Administración General del ordenamiento delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del Municipio —art. 27.2 LRBRL—, lo cual hay que entender que supone decretar la suspensión de la delegación.

Por último, la Ley 27/2013 introdujo un precepto en el cual se predeterminan una serie de materias como posible objeto de delegación, «Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias...», elenco que contempla algunas materias que se consideraban antes de competencia propia municipal (como la prestación de servicios sociales o la protección del medio ambiente natural). Como se desprende del propio precepto («entre otras») se trata de una relación abierta, no tasada. De este modo, la Ley se limita a contemplar un listado detallado de competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas «podrán delegar» (apartado 3), pero no impone la delegación ni impide que se produzca en otras materias.

2.4. LAS COMPETENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPIAS Y DE LAS ATRIBUIDAS POR DELEGACIÓN

La LRBRL estableció —art. 25.1— que el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, «puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». Se trataba ésta de una *cláusula general de apoderamiento* que ha habilitado a los Municipios a realizar todo tipo de *actividades materiales* que redunden en beneficio de la comunidad local (calificadas a menudo como competencias municipales «impropias»). Esta habilitación general ha sido, además, reconocida por la jurisprudencia (STS 21-5-1997, Ar. 5941) y su ejercicio ha depen-

dido, en última instancia, de la capacidad económico-financiera del Municipio. Sin embargo, la reforma operada por la Ley 27/2013 inhabilitó esta cláusula general, al suprimir el sintagma «toda clase de» actividades, y añadir el inciso final «en los términos previstos en este artículo». De este modo, los municipios no pueden apoyarse ya en el art. 25.1 LBRL para entenderse autorizados a promover cualesquiera actividades y servicios relacionados con las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (STC 41/2016).

A partir de la Ley 27/2013 cuando un municipio pretende ejercer competencias en ámbitos materiales distintos de los atribuidos por Ley como competencia propia o de los delegados, debe acudir al mecanismo que ofrece el art. 7.4 LBRL: «Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas —art. 7.4—.

El Tribunal Constitucional entiende que estos controles previos para el ejercicio por parte de los municipios de estas competencias que la Ley denomina por exclusión «competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación», no vulneran por sí mismos la autonomía local, sin perjuicio de que las Administraciones de control puedan llegar a incurrir en dicha vulneración si impidieran efectivamente en casos concretos una intervención local relevante en ámbitos de interés local exclusivo o predominante (STC 41/2016).

En todo caso, se entiende que estas competencias son ejercidas por los Municipios «en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad —art. 7.2—, esto es como las competencias propias (de que aquí que la doctrina las haya denominado, en positivo, competencias «propias generales»). De este modo, estas competencias se distinguen de las competencias propias del art. 25 LBRL, no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas. Si las reguladas en el art. 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el art. 7.4 LBRL están directamente habilitadas por el legislador básico, quedando su inicio sujeto a la indicada serie de condiciones. Es decir, las condiciones que impone el art. 7.4 LBRL no se proyectan sobre el sentido que haya de dar el ente local a la competencia, sino sobre la posibilidad misma de su ejercicio. A través de ellas, la Administración autonómica puede llegar a impedir que el municipio ejerza una competencia que no está específicamente atribuida por ley, pero no condicionar el modo en que desarrollará la efectivamente autorizada (STC 41/2016).

Finalmente, las Corporaciones Locales que deban formular un plan económico-financiero, están obligadas a la supresión de las competencias que ejerza la Entidad Local que sean distintas de las propias y de las ejercidas por delegación —art. 116 bis—.

FIGURA 4

Diferencias entre competencias propias y delegadas

CLASES DE COMPETENCIAS	CONFIGURACIÓN	ATRIBUCIÓN	EJERCICIO	CONTROL
COMPETENCIAS PROPIAS	GARANTIZADAS POR LA CONSTITUCIÓN	POR LEY	COORDINACIÓN ESTADO - CCAA ↓ AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD	JUDICIALIZADO
COMPETENCIAS DELEGADAS	DISCRECIONALES ESTADO - CC.AA.	NO SE EXIGE LEY, PERO REQUIERE ACEPTACIÓN	DIRECCIÓN ESTADO - CCAA ↓ AUTOORGANIZACIÓN	CABEN CONTROLES DE LEGALIDAD Y/O OPORTUNIDAD Y EFICIENCIA

3. EL AYUNTAMIENTO

3.1. EL AYUNTAMIENTO COMO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A diferencia de la organización de las comunidades políticas superiores —como son el Estado y las Comunidades Autónomas—, la organización de los Municipios —y del resto de las Entidades Locales— es exclusivamente administrativa, es decir, se circunscribe a las Administraciones Públicas, pues estas Entidades carecen de Poder Legislativo, si bien —como se señaló en el tema anterior— ello no impide que los órganos de Gobierno de las Entidades Locales ejerzan un verdadero poder político y no meramente administrativo.

En concreto, existen dos formas de organización del gobierno y administración de los Municipios: el Ayuntamiento, que constituye un mecanismo de democracia representativa, y el Concejo Abierto, que es un sistema de democracia directa. De la Constitución —art. 140— y de la LRBRL —arts. 19.1— parece desprenderse que el Ayuntamiento es la forma general de organización del Municipio y, de hecho, el Concejo Abierto se reserva, en principio, para Municipios con menos de 100 habitantes y aquellos que tradicionalmente cuenten con este singular régimen de gobierno y administración —art. 29.1 LRBRL—.

En cualquier caso, deben diferenciarse las nociones de Municipio y Ayuntamiento. El primero es —como se ha visto— una comunidad política —y, como tal, integrada por los elementos de población, territorio y organización—, mientras que el Ayuntamiento no es más que la forma típica general —en oposición al Concejo Abierto y a otros regímenes especiales— de organización institucional del Municipio (figura 5).

FIGURA 5

Elementos del municipio

MUNICIPIO (COMUNIDAD POLÍTICA)	TERRITORIO	TÉRMINO MUNICIPAL		
	POBLACIÓN	VECINOS DEL MUNICIPIO		
	ORGANIZACIÓN POLÍTICO- ADMINISTRATIVA	CONCEJO ABIERTO	DEMOCRACIA DIRECTA	MUNICIPIOS DE MENOS DE 100 HABITANTES
		AYUNTAMIENTO (ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)	DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	MUNICIPIOS DE MÁS DE 100 HABITANTES

Más exactamente, el Ayuntamiento es la Administración General del Municipio —en oposición a las Administraciones municipales especializadas—. En definitiva, el Ayuntamiento es una Administración Pública y, como tal, le corresponde la personalidad jurídica —art. 3.1 ROF—. A este respecto, tradicionalmente, los Ayuntamientos —e, igualmente las Diputaciones Provinciales— se vienen configurando como *Corporaciones de Derecho Público*, en el sentido de que están integradas por una serie de miembros —los concejales—, y así se expresa actualmente el ROF —arts. 3.1 y 35.1—. Si con este término se quiere aludir a que sólo pueden integrar los órganos de gobierno de estas Administraciones las personas que ostentan la condición de tales, ello no tendrá más trascendencia. Ahora bien, esta terminología no deja de ser equívoca, pues parece situar a estas Administraciones dentro de un mismo género en el que estarían organizaciones de base privada —Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio...—, que constituyen en realidad fenómenos de autoadministración. Frente a ello, debe subrayarse que los Ayuntamientos —y las demás llamadas Corporaciones Locales— son Administraciones Públicas en sentido propio, vinculadas a servir los intereses generales de la comunidad política de la que dependen, y no los propios de sus miembros.

3.2. LA ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO

3.2.1. *Los Ayuntamientos de régimen común*

El Ayuntamiento, como toda Administración Pública, está integrado por una serie de órganos administrativos. La LRBRL —art. 20.1— se ocupa de regular los órganos que tienen carácter *necesario* —es decir, que han de existir obligatoriamente—, pero admite la existencia de otros órganos de carácter *complementario*, cuya existencia dependerá de los ordenamientos autonómico y local correspondientes. En concreto, según la LRBRL —art. 20.1— son órganos administrativos necesarios de los Ayuntamientos: el Pleno, el Alcalde y los Tenientes de Alcalde en todos los Ayuntamientos, y la Junta de Gobierno y las Comisiones Informativas y de Control en los Municipios de población de derecho superior a 5.000 habitantes. Por su parte, el ROF —art. 119— contempla determinados órganos complementarios, como los Concejales Delegados, los Consejos Sectoriales y las Juntas Municipales de Distrito.

FIGURA 6

Órganos de los ayuntamientos de régimen común

	ÓRGANO	COMPOSICIÓN		NÚM.	ELECCIÓN	CESE
ÓRGANOS NECESARIOS EN TODOS AYUNTAMIENTOS	PLENO	TODOS LOS MIEMBROS CORPORACIÓN LOCAL		LOREG	SUFRAGIO UNIVERSAL	EXTINCIÓN MANDATO: 4 AÑOS
	ALCALDE	—		—	PLENO	PLENO: MOCIÓN DE CENSURA
	TENIENTES DE ALCALDE	—		1 a 1/3 MIEMBROS CORP.	ALCALDE	ALCALDE
ÓRGANOS NECESARIOS EN AYUNTAMIENTOS > 5.000 HAB.	JUNTA DE GOBIERNO	NECESARIOS	ALCALDE TENIENTES DE ALCALDE	1 a 1/3 MIEMBROS CORP.	ALCALDE	ALCALDE
		FACULTATIVOS	CONCEJALES			
	COMISIONES INFORMATIVAS Y DE CONTROL	PROPORCIONAL A LA REPRESENTACIÓN EN PLENO GRUPOS POLÍTICOS		VARIABLE	PLENO	PLENO
ÓRGANOS FACULTATIVOS	CONCEJALES DELEGADOS	—		—	ALCALDE	ALCALDE
	CONSEJOS SECTORIALES	REPRESENTACIÓN DEL PLENO Y DE ORGANIZACIONES SOCIALES		—	PLENO	PLENO

Asimismo, desde otra perspectiva, el Ayuntamiento es susceptible de operaciones de la llamada «descentralización funcional», esto es de creación de Administraciones especializadas, es decir entidades dotadas de personalidad jurídica propia y creadas para la gestión de servicios municipales concretos, ya sea con forma de Organismos Autónomos o con forma de Entidades Públicas Empresariales. E, igualmente, caben también operaciones de desconcentración, esto es de creación de órganos territoriales o periféricos —Alcaldes Pedáneos, Juntas Municipales de Distrito, entre otras figuras—, con competencias delegadas de los órganos de Gobierno.

3.2.2. *Los Ayuntamientos de los Municipios de gran población*

La reforma de la LRBRL operada por la Ley 57/2003 introdujo un régimen orgánico específico para los llamados «municipios de gran población». La estructura organizativa básica de los Ayuntamientos de Municipios de gran población es similar a la de los Ayuntamientos de régimen común de Municipios de más de 5.000 habitantes: son órganos necesarios Pleno, Alcalde, Tenientes de Alcalde, Junta de Gobierno Local y Comisiones del Pleno, si bien se prevé un reparto competencial diferente entre dichos órganos, y la composición de la Junta de Gobierno es también parcialmente diversa. De otro lado,

determinados órganos que en los Ayuntamientos de régimen común tienen un carácter facultativo, en los Ayuntamientos de Municipios de gran población se configuran como órganos obligatorios: los Distritos —art. 24 LBRL—, la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones —art. 20.1.d) LBRL—, el Consejo Social de la Ciudad, la Asesoría Jurídica y el órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. Este régimen especial se aplica a dos tipos de supuestos —art. 121.1 LBRL—:

— Por imposición legal: en los casos de Municipios cuya población supere a los 250.000 habitantes, y Municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes. Estos municipios continuarán rigiéndose por este régimen aun cuando su cifra oficial de población se reduzca posteriormente por debajo del límite establecido en la ley.

— Por iniciativa de los Ayuntamientos afectados, mediante acuerdo plenario adoptado por mayoría absoluta —art. 123.1.o) y 123.2 LBRL— y acuerdo de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma correspondiente: en los casos de los Municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas, y ello con independencia de su población, y en los casos de los Municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

FIGURA 7

Órganos de los ayuntamientos de municipios de gran población

ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN Y CONTROL POLÍTICO	<ul style="list-style-type: none"> • PLENO DEL AYUNTAMIENTO • COMISIONES INFORMATIVAS Y DE CONTROL • COMISIÓN ESPECIAL DE SUGERENCIAS Y RECLAMACIONES 	
ÓRGANOS DE GOBIERNO Y GESTIÓN	JUNTA DE GOBIERNO MUNICIPAL	
	ÓRGANOS SUPERIORES	<ul style="list-style-type: none"> • ALCALDE • TENIENTES DE ALCALDE
	ÓRGANOS DIRECTIVOS	<ul style="list-style-type: none"> • COORDINADORES GENERALES • DIRECTORES GENERALES • OTROS CARGOS
ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • DISTRITOS • CONSEJO SOCIAL DE LA CIUDAD 	

4. EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO

Los municipios (y provincias), en tanto que «corporaciones» (art. 142 CE) o Administraciones con carácter «representativo» (arts. 141.2 y 142 CE), deben contar, por imperativo constitucional, con un órgano colegiado y representativo. Así, el Pleno, debido a su composición —«plenaria»—, es el órgano —necesario— más representativo del Ayuntamiento, y, si a ello se une su funcionamiento público, el Pleno es el órgano dotado de mayor legitimación democrática, de aquí que corresponda al Pleno adoptar las decisiones de mayor trascendencia política. No obstante, ese órgano forma parte del ayuntamiento o diputación encargado del «gobierno y administración» (arts. 140 y 141.2 CE), a diferencia de las Cortes Generales o las Asambleas autonómicas, que, naturalmente, en modo alguno se confunden con el Gobierno y Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas (STC 111/2016).

4.1. COMPOSICIÓN DEL PLENO

4.1.1. *La condición de cargos electivos*

El Pleno está integrado por todos los miembros de la Corporación Municipal o Ayuntamiento —los concejales—, y presidido por el Alcalde —art. 22.1 LRBRL—. Debe señalarse, asimismo, que tradicionalmente el Secretario del Pleno es un funcionario público —con habilitación nacional—, y no un miembro de la Corporación —art. 92.3 LRBRL—. Con carácter general, la propia Constitución —art. 140— impone que los concejales sean elegidos «por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida en la ley». Es decir, la Constitución establece idénticas exigencias democráticas que las previstas para la elección de diputados y senadores a las Cortes Generales —arts. 68.1 y 69.2 de la CE—. De hecho, el carácter electivo o democrático-representativo de los Ayuntamientos es un elemento imprescindible para entender su régimen jurídico y, en particular, la garantía institucional de la autonomía local. En este sentido, debe recordarse que la LRBRL —art. 1.1— define a los Municipios como «cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos».

Por lo demás, el Tribunal Constitucional —STC 38/1983— ha precisado que la regulación de las elecciones locales está sujeta a la reserva a Ley Orgánica relativa al régimen electoral general —art. 81.1 CE—. En concreto, las normas relativas a las elecciones locales están contenidas en la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG), modificada parcialmente por las Leyes Orgánicas 8/1991 y 8/1999, de 21 de abril —arts. 176 ss.—.

4.1.2. *El proceso de elección de los concejales*

— *Derecho de sufragio activo.* Además de la regla general vigente para el resto de los procesos electorales —españoles mayores de edad inscritos en el censo electoral—, lo peculiar de las elecciones municipales estriba en que la Constitución —art. 13.2— admitió ya en su redacción original de 1978 que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pudiera establecerse por Tratado o Ley el derecho al sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales. De conformidad con este precepto constitucional, tanto la LRBRL —18.2— como la LOREG —art. 176— establecieron que gozan del derecho al sufragio activo en las elecciones municipales los extranjeros residentes en España, cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado o —añadió la Ley Orgánica 8/1991— en el marco de la legislación comunitaria. Así, el Tratado de la Unión Europea suscrito el 7.1.1992 —art. 8 B— reconoció a todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional el derecho a ser elector en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

— *Derecho de sufragio pasivo.* A diferencia del derecho al sufragio activo, la Constitución no contempló expresamente la posibilidad de que los extranjeros pudiesen ejercer el derecho a ser candidatos en las elecciones municipales. Sin embargo, el antes citado Tratado de la Unión Europea reconoció a los ciudadanos de la Unión no sólo el derecho a ser elector —antes indicado— sino también a ser elegibles. Ahora bien, dado que —como consideró el Tribunal Constitucional en una «declaración» de 1 de julio de 1992— el art. 13.2 de la Constitución no mencionaba el derecho al su-

fragio pasivo, ello obligó a la revisión del texto constitucional. En este sentido, las Cortes Generales acordaron el 27 de agosto de 1992 una reforma constitucional, en virtud de la cual a la previsión del derecho de sufragio activo de los extranjeros se añade —art. 13.2— el sufragio pasivo.

— *Circunscripción electoral*. Cada término municipal constituye —art. 179.1 LOREG— una circunscripción electoral en la que se elige el número de concejales resultante de la aplicación de una escala determinada en la Ley en función del número de residentes.

FIGURA 8

Circunscripción electoral

NÚM. RESIDENTES	NÚM. CONCEJALES
Hasta 250	5
De 251 a 1.000	7
De 1.001 a 2.000	9
De 2.001 a 5.000	11
De 5.001 a 10.000	13
De 10.001 a 20.000	17
De 20.001 a 50.000	21
De 50.001 a 100.000	25
De 100.001 en adelante	Un Concejal más por cada 100.000 o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea par

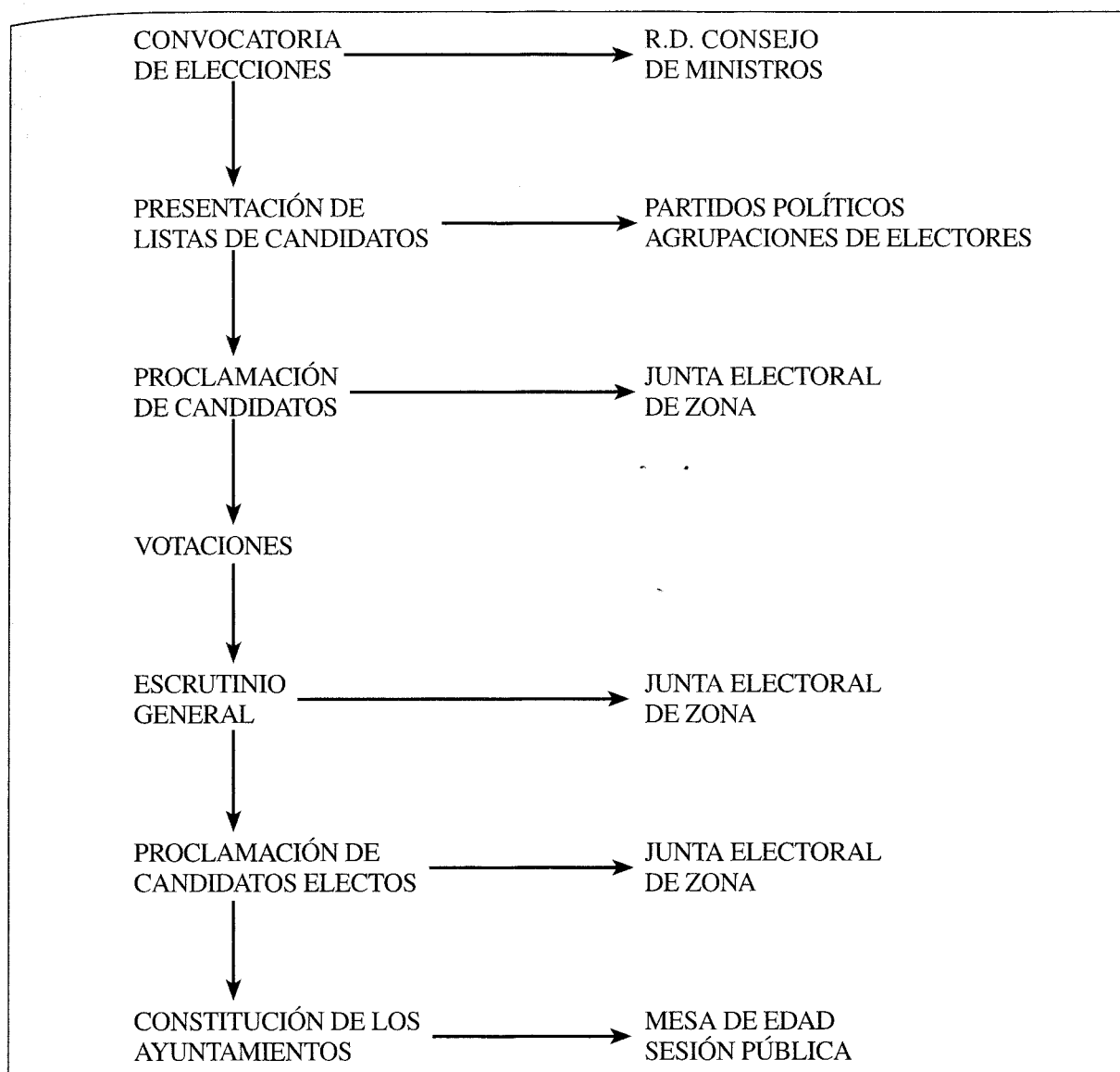
— *Convocatoria de elecciones*. La convocatoria a elecciones municipales corresponde al Consejo de Ministros, mediante Real Decreto —art. 185 LOREG—. Ahora bien, este órgano carece, a estos efectos, de discrecionalidad alguna —art. 42.3 LOREG—. En todo caso, importa subrayar que no cabe una disolución anticipada de una Corporación Local por su Presidente, y el Consejo de Ministros únicamente puede proceder a la disolución de una Corporación Local en una hipótesis extrema prevista en la LRBRL —art. 61—, en cuyo caso se debe proceder a la convocatoria de elecciones parciales para la constitución de una nueva Corporación Local —art. 183.1 LOREG—.

— *Procedimiento electoral*. Del procedimiento electoral importa destacar que cada candidatura debe presentarse —art. 187.2— mediante lista cerrada de candidatos, de tal modo el derecho de voto y el escrutinio se realiza sobre dichas listas y no sobre cada candidato individual. Esta opción legal, perfectamente razonable a nivel de elecciones a Cortes Generales o incluso a asambleas autonómicas, es discutible al nivel de las elecciones municipales, en las cuales la proximidad entre electores y elegibles debería permitir la posibilidad de listas abiertas, de lo contrario se otorga un predominio absoluto a los partidos políticos y agrupaciones de electores (RIVERO YSERN).

— *Atribución de puestos*. La atribución de los puestos de Concejales en cada Ayuntamiento se realiza siguiendo el mismo procedimiento previsto en la LOREG —art. 180 en relación con el art. 163.1— para la elección de diputados al Congreso,

es decir, la llamada ley de D'Hont o de reparto de restos. Ahora bien, mientras que para las elecciones a diputados se exige —art. 163.1— que las candidaturas obtengan al menos el 3% de los votos emitidos en la circunscripción, en las elecciones municipales este porcentaje se eleva a un 5 por 100 —art. 180 LOREG—.

FIGURA 9

Elecciones municipales4.1.3. *La pérdida de la condición de concejal*

Al margen de otras causas generales de cese de todo cargo público destaca la extinción del mandato. La LOREG —art. 194.1—, siguiendo el criterio previsto por la Constitución para los Diputados y Senadores —arts. 68.4 y 69.6 CE—, establece también que la duración del mandato de los Ayuntamientos es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección. Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones Locales cesantes continuarán sus funciones solamente para la «administración

ordinaria» hasta la toma de posesión de sus sucesores, sin que en ningún caso puedan adoptarse acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada.

De otro lado, debe señalarse que el Tribunal Constitucional —SSTC 5, 10, 20/1983— declaró inconstitucional el precepto de la Ley de Elecciones Locales de 1978 según el cual cesaba en el cargo público el concejal que fuese expulsado del partido político con el cual concurrió a las elecciones, declarando que el derecho a participar en los asuntos públicos —art. 23.1 CE— corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, y que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, de modo que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio producido en elecciones periódicas. Igualmente, el Tribunal Constitucional —SSTC 185/1993, 298/2006— ha declarado que del abandono voluntario del partido político por el cual concurrió el cargo electo a las elecciones no puede derivarse la pérdida del mandato representativo. De este modo, es lícito el fenómeno de «transfugismo» político, sin perjuicio de su valoración política.

4.2. LAS COMPETENCIAS DEL PLENO

Al Pleno le corresponde adoptar las principales decisiones que afectan al Municipio, si bien hay que tener presente que el Pleno no es exactamente un «Parlamento» municipal, al que correspondan exclusivamente funciones normativas y de control al Alcalde, puesto que el Pleno es también, aunque en menor medida sobre todo tras la Ley 11/1999, un órgano de Gobierno. Más aún, en los municipios de gran población, el Pleno ha perdido sus competencias administrativas pues se configura como el órgano de debate de las grandes políticas municipales y de adopción de las decisiones estratégicas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 103/2013), el Pleno ha quedado configurado en los municipios de gran población como un órgano con potestad normativa, de debate de las grandes políticas locales, de adopción de decisiones estratégicas y de control del poder «ejecutivo». En todo caso, y a diferencia de las Cortes Generales y las Asambleas autonómicas, debido a la ausencia en el ámbito local del juego de las reservas de Ley y primacía de la ley, que garantizan a las Cortes Generales y a las Asambleas autonómicas una posición de preeminencia respecto del poder ejecutivo, el Pleno de las Entidades Locales tendrá las competencias que le atribuya la ley (ordinaria) sin posibilidad de ejercer aquellas que el legislador (también ordinario) haya conferido a otros órganos de gobierno locales (STC 111/2016).

Sus competencias básicas —art. 22.2 LRBRL— son las siguientes:

— *Competencias constitutivas.* Al Pleno le corresponde decidir sobre las cuestiones que afectan a los elementos constitutivos del Municipio: aprobar cualquier alteración del término municipal, la segregación de una parte del Municipio o su fusión a otro, la descentralización del Municipio a través de Entidades Locales menores, la aprobación del Reglamento Orgánico, la creación de Administraciones especializadas —organismos autónomos y EPEs—, la participación en organizaciones supramunicipales —como Mancomunidades y Consorcios—, la aceptación de una delegación de competencias...

— *Competencias de gobierno.* La adopción de los principales actos que definen las líneas del gobierno local ha sido tradicionalmente de competencia del Pleno: la aprobación de las Ordenanzas o Reglamentos locales, incluidas las Ordenanzas Fiscales, de los Planes de ordenación del territorio, del Presupuesto Municipal, de la Plantilla y Relación de Puestos de Trabajo del personal al servicio de la Corporación, la aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos, la aprobación de los contratos

administrativos que excedan del 10 por 100 de los recursos ordinarios —art. 28 TRRL—... No obstante, la reforma de la LRBRL efectuada por Ley 11/1999 supuso el traslado al Alcalde de algunas competencias que hasta entonces correspondían al Pleno. Y esta tendencia se acentuó aún más para los Municipios de gran población por la reforma de la LRBRL efectuada por la Ley 53/2003 —concertación de operaciones de crédito; adquisición de bienes y derechos de toda clase; aprobación de la relación de puestos de trabajo; contrataciones y concesiones de toda clase...—.

— *Funciones de control.* Junto a las anteriores funciones propias, al Pleno de la Corporación le corresponde el control y la fiscalización de los demás órganos de gobierno —Alcalde, Tenientes de Alcalde, Junta de Gobierno, Concejales Delegados—. Esta función de control, similar a la de los Parlamentos sobre los ejecutivos, presenta diversas manifestaciones: requerimientos de comparecencia e información de miembros corporativos que ostenten delegación —art. 105 ROF—, debate en sesión extraordinaria de la gestión de la Junta de Gobierno —art. 106 ROF—. Pero, en última instancia, su principal manifestación consiste en la posibilidad de aprobar una moción de censura al Presidente o de rechazar la cuestión de confianza por él planteada, a las que se hará referencia más adelante.

— *Delegación de competencias.* Las competencias relacionadas con las funciones constitutivas y de control y las principales competencias relacionadas con la función de Gobierno no son susceptibles de delegación por parte del Pleno, pues en tal caso, a través de juego de mayorías, se desvirtuaría el sistema de gobierno local, que reserva tales decisiones al órgano con mayor legitimación democrática y de funcionamiento público. No obstante, la LRBRL —art. 23.2— autoriza al Pleno a delegar determinadas competencias menores de gestión a la Junta de Gobierno —enajenación de patrimonio, aprobación de gastos...—. Por su parte, en los Municipios de gran población el Pleno únicamente puede delegar parte de sus competencias en sus propias Comisiones —art. 122.4 LRBRL—.

4.3. EL FUNCIONAMIENTO DEL PLENO

El Pleno de las Corporaciones Locales está expresamente excluido de las reglas generales sobre funcionamiento de los órganos colegiados contenidas en la LRJSP —disp. adic. 21.^a—. Los aspectos más característicos son los siguientes:

— *Sesiones.* El Pleno celebra sesión ordinaria como mínimo cada mes en los Ayuntamientos de municipios de más de 20.000 habitantes y en las Diputaciones Provinciales; cada dos meses en los Ayuntamientos de los municipios de una población entre 5.001 habitantes y 20.000 habitantes; y cada tres meses en los municipios de hasta 5.000 habitantes —reforma de la Ley 11/1999—. Además, el Pleno debe reunirse en sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de los miembros de la Corporación. En este último caso, la celebración de la sesión no debe demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada. Como a pesar de ello algunos Alcaldes se negaban a realizar la convocatoria extraordinaria, la reforma de la Ley 11/1999 dispuso que si el Presidente no convocase el Pleno extraordinario solicitado, quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de finalización de dicho plazo —art. 46.2 LRBRL—.

— *Publicidad.* Tradicionalmente, las sesiones del Pleno son públicas, es decir, puede asistir a las mismas cualquier persona. De esta regla general se exceptúan los asuntos que puedan afectar al derecho fundamental a la intimidad de las personas, en

cuyo caso la sesión podrá ser «secreta», previo acuerdo del Pleno adoptado por mayoría absoluta —art. 70.1 LRBRL—. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 161/2013), esta exigencia de publicidad, incluyendo la de sus sesiones, es aplicable a la actividad del pleno municipal, en tanto que órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones, que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE. En tal sentido, diversas normas permiten expresamente que los asistentes puedan grabar y divulgar las sesiones.

— *Acuerdos*. Para la adopción de acuerdos basta, como regla general, la mayoría simple de miembros presentes, entendiéndose que existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos —art. 47.1 LRBRL—. Desde un punto de vista político, esta regla supone la opción general por el legislador de una «democracia basada en el juego de las mayorías», en lugar de una «democracia de acuerdo» —STC 5/1981—. Ahora bien, como excepción a esta regla, la LRBRL —art. 47.2 LRBRL, tras la redacción de la Ley 53/2003— exige el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación en relación a una serie tasada de asuntos. En todo caso, el Tribunal Constitucional entiende que las determinaciones relativas al quórum y mayorías necesarias para la adopción de acuerdos de los órganos colegiados de gobierno de las Corporaciones locales atañen al funcionamiento democrático de las mismas, definiendo un modelo de democracia local y, por ello, se trata de aspectos esenciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado, y de aquí su carácter de normas básicas (SSTC 331/1993, 159/2012).

5. EL ALCALDE

5.1. ELECCIÓN

El Alcalde es el Presidente de la Corporación Municipal —art. 21.1 LRBRL—. La Constitución —art. 140— establece dos fórmulas alternativas para la elección del Alcalde: bien directamente por los vecinos, o bien por los Concejales. La LOREG —art. 196— ha optado para los Ayuntamientos por esta segunda posibilidad, es decir, por la elección indirecta, pero en todo caso es una opción legal, como tal susceptible de sustitución. En concreto, la elección del Alcalde tiene lugar en la sesión constitutiva del Ayuntamiento. Pueden ser candidatos a la elección únicamente los concejales que encabezarán las distintas listas electorales, de forma que puede decirse que los candidatos que encabezan las listas son candidatos a Alcalde. La elección requiere la mayoría absoluta de votos de concejales. En el caso de que ninguna lista haya obtenido mayoría absoluta, este sistema de elección indirecta legítima, como es notorio, las alianzas políticas postelectorales, que pueden desbancar al candidato de la lista más votada. Ahora bien, si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, la Ley determina que es proclamado Alcalde el concejal que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares.

Asimismo, para los casos de vacante en la Alcaldía distintos a los supuestos de moción de censura y cuestión de confianza (que se tratan más adelante), la LOREG —art. 198— establece que se resuelven conforme a lo previsto para la sesión constitutiva, considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el Alcalde, el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a la candidatura, si bien en todo caso el candidato debió integrar la lista electoral (STC 125/2013).

5.2. COMPETENCIAS

5.2.1. *Municipios de régimen común*

El Alcalde es el representante legal de la Corporación —así firma los actos en los que sea parte, como contratos—. Asimismo, el Alcalde es el Presidente de derecho de los órganos colegiados de gobierno del Ayuntamiento —el Pleno y Junta de Gobierno, pero también de los órganos colegiados complementarios—, y, en este sentido, le corresponde convocar las sesiones de estos órganos, confeccionar el orden del día de las mismas, presidir sus deliberaciones y moderar los debates, dirimir los empates con su voto de calidad o levantar las sesiones.

Pero, sobre todo, y a diferencia de los Alcaldes de otros sistemas políticos —como los anglosajones—, en nuestro ordenamiento el Alcalde es mucho más que un mero Presidente de órganos colegiados, pues corresponde al Alcalde dirigir el gobierno y la Administración municipal. Es decir, el Alcalde es el principal órgano ejecutivo del Ayuntamiento, posición ésta reforzada por la reforma de la LRBRL operada por la Ley 11/1999. La LRBRL —art. 21.1— atribuye directamente al Alcalde un número importante de competencias relativas a la gestión de la Corporación Local, de tal modo que el Alcalde, en el ejercicio de sus competencias propias, no está subordinado jerárquicamente al Pleno, sino que existe una paridad de rango. Las competencias atribuidas al Alcalde, no sólo por la legislación de régimen local sino también la legislación sectorial, son muy numerosas, de tal modo que puede decirse que el Alcalde concentra en su persona casi la totalidad del poder ejecutivo local. Así, desde un punto de vista interno, compete al Alcalde ejercer la jefatura superior de todo el personal al servicio de la Corporación, incluida la Policía Local, elaborar el Presupuesto de la Entidad, autorizar los gastos que no sean de competencia del Pleno, ordenar los pagos, adjudicar contratos...—. Y, desde un punto de vista externo, corresponde al Alcalde la facultad de dictar Bandos de Alcaldía —si bien es dudoso que puedan tener carácter normativo—, otorgar las autorizaciones y licencias de muy diverso tipo —desde licencias de obra hasta licencias de comercio ambulante—, imponer sanciones también de muy diverso tipo —desde infracciones de tráfico a contravenciones urbanísticas—, conceder subvenciones...—.

Además de todas las competencias expresamente atribuidas al Alcalde, la LRBRL —art. 21.1— contiene una *cláusula residual* en favor del Alcalde, en virtud de la cual todas las competencias que la legislación atribuya al Municipio sin precisar a qué órgano corresponden, se presume que se asignan al Alcalde. De este modo, puede decirse que en los Municipios de régimen común el Alcalde es el principal órgano de gestión o ejecutivo del Ayuntamiento.

Asimismo, la LRBRL —art. 21.3— autoriza al Alcalde a delegar buena parte de sus competencias de gestión en otros órganos —Junta de Gobierno, Tenientes de Alcalde y Concejales—, facultad ésta de la que en la práctica se hace un abundante uso. Lo cierto es que son tantas y tan amplias las competencias atribuidas al Alcalde que, salvo en Municipios minúsculos, es humanamente imposible ejercerlas todas por sí solo, de tal modo que el sistema de gobierno local funciona merced a la delegación, como mecanismo de reparto de poder y responsabilidades y, en consecuencia, de conformación de equipos de gobierno.

5.2.2. *Municipios de gran población*

Por su parte, en los Municipios de gran población la Ley distribuye las competencias ejecutivas entre el Alcalde y la Junta de Gobierno, de manera que el Alcalde en

los Municipios de gran población ostenta menos atribuciones gestoras o ejecutivas que el Alcalde de régimen común. Con ello, la figura del Alcalde en los Municipios de gran población se aproxima más a la de los Presidentes de las instancias de gobierno superiores, en el sentido de que se trata no tanto de un órgano ejecutivo como de un órgano representativo y de dirección política: así, el Alcalde, al designar los miembros de la Junta de Gobierno, forma un equipo de gobierno de confianza política, para lo cual —como se verá— va a gozar de mayor libertad que los Alcaldes de régimen común. Asimismo, corresponde al Alcalde establecer las directrices generales de la acción de gobierno municipal, asegurando su continuidad, así como establecer la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva, respetando los niveles esenciales fijados por el Pleno. Y, finalmente, el Alcalde de los Municipios de gran población conserva la competencia residual, tradicional en nuestro régimen local —art. 124.4.ñ) LRBRL—. Además, buena parte de las competencias ejecutivas que la Ley —art. 124.4— sigue atribuyendo a los Alcaldes en estos Ayuntamientos de régimen especial —y muy señaladamente la superior dirección del personal al servicio de la Administración municipal—, no sólo son delegables en la Junta de Gobierno, en sus miembros (sean o no Concejales) y en otros Concejales, sino también en los Coordinadores Generales y Directores Generales —art. 124.5 LRBRL—.

5.3. EL CESE DEL ALCALDE

Además de las causas comunes al resto de los miembros de la Corporación, el Alcalde puede cesar por dimisión del cargo pero manteniendo la condición de Concejales. Pero, sobre todo, las causas de cese más características del Alcalde son la moción de censura y la cuestión de confianza, consecuentes con el sistema de elección del Alcalde por el Pleno.

5.3.1. *Moción de censura*

Al igual que sucede con el Gobierno de la Nación —art. 113.1 CE— o de las Comunidades Autónomas, el sistema de moción de censura en las Corporaciones Locales es de carácter «constructivo», es decir, la propuesta de moción de censura debe incluir un candidato a Alcalde, y para que prospere la moción de censura es necesario que obtenga la mayoría absoluta y, en tal caso, conlleva automáticamente y en un mismo acto la destitución del Alcalde existente y la elección del candidato incluido en la moción de censura como nuevo Alcalde —art. 197 LOREG—.

Ahora bien, mientras en el ámbito del Gobierno de la Nación o de las Comunidades Autónomas, la propuesta de la moción de censura para su votación requiere que esté avalada únicamente por una fracción de la Asamblea —una décima parte en el caso del Congreso o un 15 por 100 en la mayoría de los Parlamentos autonómicos—, en el caso de las Corporaciones Locales la LOREG —art. 197, tras la reforma de Ley Orgánica 8/1991— exige que ya la misma propuesta de moción de censura vaya firmada por la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación. De este modo, se evita la utilización de este instrumento como mera maniobra política, y se reserva para los casos en los que esté realmente en condiciones de prosperar. Más aún, mediante Ley Orgánica 2/2011, se establece que en el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone (es decir, concejales tránsfugas), la

mayoría exigida se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias (de modo que se produce el absurdo de exigir un respaldo mayor para la presentación de la moción que para su votación, además de un trato discriminatorio de dudosa constitucionalidad). Por lo demás, a través de la moción de censura, puede ser candidato a Alcalde cualquier concejal.

Por último, con objeto de evitar prácticas abusivas por parte de los Alcaldes, la LOREG —art. 197.1—, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/1999, sustituyó la convocatoria ordinaria del Presidente del órgano por una especie de convocatoria *ex lege*, en el sentido de que el Pleno queda automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la presentación de la moción, y se establece que dicho Pleno en el que se decidirá la moción de censura estará presidido por una Mesa de edad, integrada por los Concejales de mayor y menor de edad de los presentes, excluidos el Alcalde y el candidato a la Alcaldía.

5.3.2. Cuestión de confianza

Hasta 1999 no existía esta figura en el ámbito local. Sin embargo, en las Corporaciones en las que el Alcalde gobierna en minoría en ocasiones se producen situaciones de bloqueo del proceso de toma de decisiones: la oposición mayoritaria en el Pleno vota en contra de proyectos de gran relevancia en el gobierno local —como los presupuestos—, pero sin presentar una alternativa de gobierno estable mediante la correspondiente moción de censura. Con objeto de superar estas situaciones de desencuentro entre el Alcalde y el Pleno, se reformó la LOREG —art. 197 bis—, por Ley Orgánica 8/1999, introduciendo en el régimen local el instrumento de la cuestión de confianza, pero —a diferencia de lo que sucede en ámbitos superiores— esta moción debe ir siempre vinculada a la aprobación o modificación de una serie de proyectos concretos: los presupuestos anuales; el reglamento orgánico; las ordenanzas fiscales y los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal.

Como requisito previo a la presentación de la cuestión de confianza, el acuerdo correspondiente debe haber sido debatido en el Pleno sin obtener la mayoría necesaria para su aprobación. En tal caso, el Alcalde podrá presentar la cuestión de confianza vinculada al acuerdo sobre el asunto antes rechazado. La aprobación de la cuestión conlleva la del asunto vinculado. La falta de aprobación supone, en unos casos (reglamento orgánico, ordenanzas fiscales, planeamiento general y plan provincial de cooperación), el cese del alcalde (o presidente). En otros (presupuestos generales), obliga a la oposición a plantear una moción de censura con candidato alternativo a alcalde (o presidente). Si en el plazo de un mes tal moción no se plantea o no prospera, el alcalde (o presidente) se mantendrá en el cargo y el proyecto de presupuestos se entenderá aprobado automáticamente por ministerio de la ley (arts. 197 bis y 207.4 LOREG).

6. OTROS ÓRGANOS MUNICIPALES

6.1. LOS TENIENTES DE ALCALDE

Son órganos unipersonales de carácter necesario, y con funciones de auxilio a apoyo al Alcalde —art. 20.1 LRBRL—. Según la LRBRL —arts. 21.2 y 23.3—, los Tenientes de Alcalde son designados —y revocados— libremente por el Alcalde de entre los miembros de la Junta de Gobierno y, donde ésta no exista, de entre los Con-

cejales de la Corporación, sin que pueda exceder su número de un tercio del número legal de miembros de la Corporación —art. 46.2 ROF—. Dado que es un número máximo, nada impide que se designen menos Tenientes de Alcalde. En cuanto al cese, además de las causas comunes a todo miembro de la Corporación, el Teniente de Alcalde puede cesar por dimisión del cargo que no entrañe la renuncia a la condición de concejal, así como por libre destitución del Alcalde —art. 23.3 LRBRL—.

Los Tenientes de Alcalde desempeñan dos tipos de funciones. De un lado, una función de suplencia del Alcalde, es decir, una función de sustitución temporal del Alcalde en casos de vacante, de ausencia temporal o enfermedad, siguiendo para ello el orden de la designación —art. 23.3 LRBRL—, y por ello se habla de primer teniente de alcalde, segundo... De otro lado, debe subrayarse que la LRBRL —art. 23.4— no asigna a los Tenientes de Alcalde competencias propias, sino que se limita a autorizar al Alcalde a delegar competencias en estos órganos. Por tanto, los Tenientes del Alcalde ejercitan todas sus competencias por delegación del Alcalde. En la práctica, el Alcalde suele asignar a cada Teniente de Alcalde la delegación sobre un área o sector de la gestión municipal, y que en ocasiones puede significar, a su vez, una competencia de coordinación sobre otros órganos —Concejales Delegados— que actúan dentro de esa área.

6.2. LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL

6.2.1. *Composición*

Según la LRBRL —art. 20.1— la Junta de Gobierno es un órgano colegiado necesario en los Municipios de más de 5.000 habitantes y de constitución opcional en el resto —a decisión del Pleno de la Corporación—. La Junta de Gobierno está integrada por el Alcalde —que la preside— y un número de Concejales no superior a un tercio del número legal de miembros de la Corporación. Debe aquí precisarse que, si bien los Tenientes de Alcalde son necesariamente miembros de la Junta de Gobierno —art. 23.3. LRBRL—, la Ley no exige que los miembros de la Junta de Gobierno tengan necesariamente la condición de Tenientes de Alcalde. En cuanto a la designación de los miembros de la Junta de Gobierno, la LRBRL —art. 23.1— establece que los miembros de la Junta de Gobierno son nombrados y separados libremente por el Alcalde, si bien esta decisión está parcialmente condicionada por el nombramiento de los Tenientes de Alcalde, pues como se ha dicho todos los Tenientes de Alcalde son miembros de pleno derecho de la Junta de Gobierno. Asimismo, debe reseñarse que, en algún caso, se han ofrecido puestos en la Junta de Gobierno a los grupos de la oposición.

Dada la limitada composición numérica de las Corporaciones municipales —art. 179 LOREG—, en la praxis política se ha demostrado que la exigencia de que los miembros del equipo de gobierno tengan la condición de concejales limita considerablemente la capacidad del Alcalde para conformar su equipo de gobierno de confianza política, y estar así en condiciones de poder responder políticamente ante el Pleno de su gestión al frente del Gobierno y la Administración municipal, sobre todo si se compara con la posición de los Presidentes de órganos de gobierno en instancias superiores, que carecen de condicionamientos para modelar sus órganos colegiados de gobierno. Por ello, en los Municipios de gran población, la Junta de Gobierno Local diseñada por la Ley 57/2003 presentó la novedad de ofrecer al Alcalde la posibilidad de que hasta un tercio de sus miembros, excluido el propio Alcalde, pudieran ser

personas que no ostentasen la condición de Concejales, con el objeto explícito de «reforzar el perfil ejecutivo» de la Junta de Gobierno Local, lo cuales. podían ser delegatarios de las competencias de la Junta de Gobierno Local. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (STC 103/2013) ha entendido que esta figura del miembro de la Junta Local de Gobierno ajeno a la condición de electo es inconstitucional por ser contraria al carácter representativo de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales, y que constituye una inequívoca exigencia constitucional (art. 140 CE).

6.2.2. *Competencias*

En los municipios de régimen común, la Junta de Gobierno cumple por Ley una función de asistencia al Alcalde, esto es de asesoramiento o apoyo político al Alcalde en el ejercicio de sus competencias propias —art. 23.2 LRBRL—. La Junta actúa en su calidad de equipo de confianza política del Alcalde, pero desprovista de funciones decisorias. En la práctica, a partir de esta función de asistencia al Alcalde, la Junta de Gobierno realiza una verdadera coordinación de la actuación de los distintos órganos con competencias delegadas por el Alcalde —Tenientes de Alcalde y Concejales Delegados—. Además de esta función de asistencia al Alcalde, la LRBRL no asigna directamente a la Junta de Gobierno ninguna competencia propia, sino que se limita —arts. 23.2 y 23.4— a autorizar al Alcalde y al Pleno a delegar en la Junta de Gobierno el ejercicio de determinadas competencias —con limitaciones—. En la práctica los Alcaldes suelen ejercitar sus competencias propias en Junta de Gobierno, con la finalidad política de corresponsabilizar a miembros de la Junta en las medidas y acuerdos adoptados.

Por el contrario, en los Municipios de gran población, la Junta de Gobierno Local cuenta con competencias propias —art. 127.1 LRBRL—, sin perjuicio de aquellas otras que pueda delegar en ella el Alcalde —art. 124.5 LRBRL—. Las competencias propias de la Junta de Gobierno Local presentan, asimismo, una doble procedencia en comparación con los Ayuntamientos de régimen común, pues parte son competencias propias del Pleno y parte son propias del Alcalde en los Ayuntamientos de régimen común —en materia de gestión económica, de personal, de patrimonio y contratación...—. Por último, la LRBRL —art. 127.2— posibilita que la Junta de Gobierno Local pueda delegar parte de sus competencias eminentemente ejecutivas en sus propios miembros —sean o no Tenientes de Alcalde— y en los órganos directivos —Coordinadores Generales, Directores Generales y otros—.

6.2.3. *Funcionamiento*

Al igual que el Pleno, la Junta de Gobierno está expresamente excluida de la aplicación de las reglas de funcionamiento de los órganos colegiados establecidas en la LRJSP —disp. adic. 21.^a—. Dadas las dos clases de funciones que realiza la Junta de Gobierno, ésta presenta dos tipos de reuniones: por un lado, reuniones de asistencia al Alcalde, que se llevan a cabo sin requisitos formales y en las que no se adoptan acuerdos. Y, por otro lado, sesiones de adopción de acuerdos, cuyas características principales son las siguientes: las sesiones ordinarias tienen periodicidad mínima quincenal —art. 112.2 ROF—, si bien el Reglamento Orgánico puede fijar una periodicidad inferior —es frecuente la periodicidad semanal—. En todo caso, las sesiones

de la Junta de Gobierno se celebran a puerta cerrada —art. 70.1 LRBRL—, salvo que se trate de decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno, en cuyo caso deberán ser públicas (STC 161/2013).

6.3. LAS COMISIONES INFORMATIVAS Y DE CONTROL

6.3.1. *Configuración*

Hasta la reforma de la LRBRL operada por la Ley 11/1999, las antes llamadas Comisiones Informativas eran meros órganos colegiados complementarios y, por tanto, de carácter facultativo, puesto que la decisión de su creación o no correspondía al Pleno de cada Corporación. Tras la mencionada reforma, la LRBRL —art. 20.1— establece que estos órganos son preceptivos en los municipios de más de 5.000 habitantes, pudiendo crearse en los de menos cuando así lo disponga su Reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno. Asimismo, las Comisiones pueden ser —art. 124.1 ROF— *permanentes* —que ordinariamente son varias y se distribuyen por áreas de la gestión municipal—, o *especiales*, es decir, para tratar un asunto concreto, en consideración a sus características especiales y que tienen, por tanto, un carácter temporal —p. ej., una comisión de investigación de la gestión de un miembro de la Corporación—. Como supuesto especial debe mencionarse la Comisión Especial de Cuentas, la cual existe en todos los municipios —art. 20.1.e)—.

6.3.2. *Composición*

De acuerdo con la doctrina constitucional —STC 32/1985—, la LRBRL —arts. 20.1— establece que todos los grupos políticos integrantes de la Corporación tienen derecho a participar, mediante la presencia de Concejales pertenecientes a los mismos, en estos órganos de estudio y seguimiento. Y, en relación con la Comisión Especial de Cuentas, la LRBRL —art. 116— declara que estará constituida por miembros de los distintos grupos políticos integrantes de la Corporación. En este sentido, el ROF —art. 125.b)— establece que cada Comisión estará integrada de forma que su composición se acomode a la proporcionalidad existente entre los distintos grupos políticos representados en el Pleno. No obstante, la doctrina constitucional —SSTC 36/1990, 30/1993— admite que una proporcionalidad estricta es algo difícil de alcanzar en toda representación y tanto más cuanto más reducido es el número de representantes a elegir, por lo cual tal representación proporcional será generalmente imperfecta, de tal modo que no cualquier desviación matemática porcentual da lugar a una discriminación inconstitucional, salvo que dé lugar a una situación notablemente desventajosa o no esté fundamentada en un criterio objetivo que la justifique.

6.3.3. *Competencias*

Estas Comisiones carecen de atribuciones resolutorias o de gobierno, puesto que su función tradicional ha consistido en dictaminar con carácter preceptivo los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno (y de la Junta de Gobierno cuando ésta actúe con competencias delegadas por el Pleno), salvo cuando hayan de

adoptarse acuerdos declarados urgentes —arts. 123.1 y 126.2 ROF—. El sentido —favorable o desfavorable— de éstos dictámenes no vincula en absoluto al Pleno —art. 126.1 ROF—, pues de lo contrario éste —el Pleno— compartiría sus competencias con las Comisiones Informativas. Además, tras la reforma de la Ley 11/1999, la LRBRL —art. 20.1— añadió a las anteriores funciones de estudio e informe la función relativa al seguimiento de la gestión del Alcalde, la Junta de Gobierno y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno.

Por su parte, en los Municipios de gran población el Pleno puede delegar determinadas competencias en estas Comisiones —art. 122.4 LRBRL—, de tal modo que, en tal caso, no son ya simples órganos informativos o de control, sino también órganos con competencias resolutorias. Entre las competencias delegables destaca la aprobación de ordenanzas y reglamentos, a excepción de los reglamentos de naturaleza orgánica —art. 123.3—, de este modo la LRBRL excepciona la prohibición general contenida en el art. 9.2.b) de la LRJSP de delegación de la potestad reglamentaria.

6.4. OTROS ÓRGANOS MUNICIPALES

6.4.1. *Órganos de participación*

Ya el ROF —art. 130— contempló la posibilidad de que el Pleno de cada Corporación pueda acordar el establecimiento de *Consejos Sectoriales*, «cuya finalidad será la de canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales». Asimismo, el ROF —arts. 131.1 y 139.2— remitió íntegramente la creación, organización y funcionamiento de estos Consejos Sectoriales a la potestad organizatoria de cada Corporación Local, precisando —art. 235— que las asociaciones generales o sectoriales canalizarán la participación de los vecinos en los Consejos Sectoriales, y que los Consejos Sectoriales desarrollan «exclusivamente funciones de informes y, en su caso, propuesta, en relación con las iniciativas municipales relativas al sector de actividad al que corresponda cada Consejo» —art. 130 ROF—, sin que en ningún caso los informes del Consejo puedan ser vinculantes para los órganos de gobierno de la Corporación —art. 69.2 LRBRL—. En este sentido, en la práctica, es frecuente la existencia en los Ayuntamientos de los municipios de cierto tamaño de Consejos sobre ámbitos y sectores diversos (Servicios Sociales, Consumo, Educación...).

Asimismo, la LRBRL —art. 131.1, cuya constitucionalidad ha sido refrendada por la STC 103/2013— obliga a los Ayuntamientos que se acojan al régimen especial de Municipios de gran población a crear un *Consejo Social de la Ciudad*, cuya creación es facultativa en el resto de los Municipios. El Consejo Social de la Ciudad está integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas, y que, a diferencia de los mencionados Consejos Sectoriales, presenta un carácter general, asemejándose a los Consejos Económicos y Sociales existentes en las instancias territoriales superiores. La ordenación de este órgano compete al Pleno del Ayuntamiento, mediante normas orgánicas —art. 123.1.c) LRBRL—, correspondiendo a este Consejo la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad —expresión que debe comprender, al menos, el planeamiento urbanístico general—, y grandes proyectos urbanos —art. 131.2 LRBRL—.

6.4.2. Órganos territoriales de gestión desconcentrada

La LRBRL —art. 24— dispuso que para «facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales y mejorar ésta, los Municipios podrán establecer órganos territoriales de gestión desconcentrada, con la organización, funciones y competencias que cada Ayuntamiento les confiera, atendiendo a las características del asentamiento de la población en el término municipal, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Municipio». Básicamente, esta posibilidad de desconcentración de competencias atiende a dos realidades diversas.

De un lado, está la situación de las grandes ciudades o ciudades de tamaño medio, para las cuales se trataría de acercar el gobierno municipal a las propias barriadas o distritos. Y, en este sentido, el ROF —art. 128— contempló que el Pleno del Ayuntamiento podrá acordar la creación de «*Juntas Municipales de Distrito*, que tendrán el carácter de órganos de gestión desconcentrada y cuya finalidad será la mejor gestión de los asuntos de competencia municipal y facilitar la participación ciudadana en el respectivo ámbito territorial» (así, STS 24-5-2007, Ar. 3314). Por su parte, la Ley 57/2003 de reforma de la LRBRL —art. 128.1—, dio un paso más al obligar a los Ayuntamientos que se acojan al régimen especial de Municipios de gran población a crear los Distritos, como divisiones territoriales propias dotadas de órganos de gestión desconcentrada, con la finalidad de impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio (precepto cuya constitucionalidad ha sido refrendada por la STC 103/2013. Corresponde al Pleno de la Corporación la creación y regulación de los distritos, mediante normas de carácter orgánico —art. 123.1.c) LRBRL—, si bien la presidencia de cada distrito corresponde a un concejal, el cual es nombrado y cesado (se entiende que libremente) por el Alcalde —art. 124.4.e) LRBRL—.

De otro lado, la desconcentración de competencias se utiliza también para aquellos municipios en los que junto al núcleo principal de población existen poblados o asentamientos separados del caso urbano y que no constituyen una entidad local menor. Para estos casos el ROF —art. 122.1— contempló la posibilidad de que en, el Alcalde nombre un representante personal entre los vecinos residentes en los mismos, si bien en alguna Comunidad Autónoma se contempla otra figura (así, la Ley de La Rioja de Administración Local 1/2003 —art. 33— prevé la figura de la Junta de Vecinos).

6.4.3. Órganos ejecutivos

El Alcalde puede delegar sus competencias no sólo en los Tenientes de Alcalde, sino también en otros Concejales que carezcan de esa condición, y aun cuando no pertenezcan a la Junta de Gobierno —art. 43.3 ROF—. Asimismo, dado que estas delegaciones pueden referirse genéricamente a una o varias áreas o materias determinadas, se entiende que abarcan tanto la facultad de dirigir los servicios correspondientes como la de gestionarlos en general, incluida la facultad de resolver mediante actos administrativos que afecten a terceros, de tal modo que los *Concejales Delegados* ejercen todas las facultades referidas a la materia delegada que corresponden al Alcalde —art. 121.1 ROF—. En la práctica, los Alcaldes —como se ha dicho— hacen un uso muy amplio de estas delegaciones para distribuir entre los concejales de su equipo las responsabilidades de gobierno.

De otro lado, en relación con los municipios de gran población, como se señaló más arriba, la Ley 57/2003 de reforma de la LRBRL prevé que el Alcalde y la Junta de Gobierno Municipal pueden delegar buena parte de sus competencias ejecutivas no sólo en los Concejales sino también en otros sujetos que carecen de dicha condición, como son los llamados *Coordinadores Generales* y *Directores Generales* —arts. 124.5 y 127.2 LRBRL—.

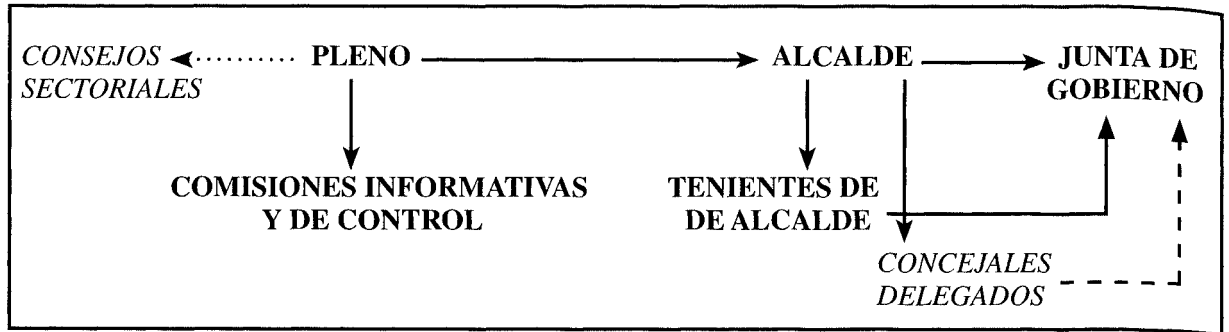
Corresponde al Pleno de la Corporación la determinación, mediante reglamento de naturaleza orgánica, de los «niveles esenciales de la Organización municipal», entendiéndose por tales las grandes Áreas de Gobierno, al frente de cada cual se sitúan los *Coordinadores Generales*, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales u órganos similares integradas en la misma Área de gobierno, y de la gestión de los servicios comunes de éstas u otras funciones análogas —art. 123.1.c) LRBRL—. La competencia para nombramiento y el cese de los titulares de estos órganos directivos de la Administración municipal corresponde a la Junta de Gobierno Local —art. 127.1.i) LRBRL—.

6.4.4. Órganos de garantía de derechos de los ciudadanos

La Ley 57/2003 de reforma de la LRBRL —art. 132.1— obligó a los municipios de gran población a crear un órgano, que en el resto de los Municipios tiene carácter facultativo —art. 20.1.d) LRBRL—, que denomina *Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones*, para la defensa de los derechos de los vecinos ante la Administración municipal, y que debe estar formada por representantes de todos los grupos que integren el Pleno, de forma proporcional al número de miembros que integran el mismo. Esta Comisión especial podrá supervisar la actividad de la Administración municipal, y deberá dar cuenta al Pleno, mediante un informe anual, de las quejas presentadas y de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios municipales, con especificación de las sugerencias y recomendaciones no admitidas por la Administración municipal. No obstante, también podrá realizar informes extraordinarios cuando la gravedad o la urgencia de los hechos lo aconsejen.

Al margen de este órgano colegiado, como se señaló en el Tema relativo a la posición del ciudadano, en algunos Municipios en ejercicio de su potestad de autoorganización se ha dado entrada a la figura del *Defensor del Vecino*. En este sentido, la Ley de Cataluña municipal y de régimen local, tras la reformada operada por la Ley 3/2002, prevé que los Ayuntamientos podrán crear la figura del Síndico municipal de Agravios, cuya función es defender los derechos fundamentales de los vecinos del municipio, para lo que puede supervisar las actividades de la Administración municipal. La figura debe ser creada mediante acuerdo del Pleno adoptado por mayoría absoluta, y el titular debe ser elegido por el Pleno, al menos, también por mayoría absoluta, con una duración en el cargo de cinco años, ejerciendo su función con independencia y objetividad.

FIGURA 10

La organización municipal**7. LA PROVINCIA****7.1. LA PROVINCIA COMO ENTIDAD LOCAL**

Dejando al margen otros significados que la palabra «Provincia» tiene en nuestro ordenamiento, como circunscripción electoral —arts. 68.2 y 69.2 CE—, o como demarcación territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado —art. 141.1 CE—, la Provincia, al igual que el Municipio, es una Entidad Local constitucionalmente garantizada, al constituir una de las comunidades políticas en las que se organiza territorialmente el Estado —art. 137 CE—. Esto significa que todo el territorio del Estado español debe estar estructurado en Provincias, salvo en el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en las cuales la Comunidad Autónoma absorbe a la Provincia —art. 9 Ley 12/1983 del Proceso Autonómico—.

Ahora bien, la Provincia se caracteriza por ser una Entidad Local «supramunicipal». La propia Constitución —art. 141.1— define a la Provincia como Entidad Local determinada por la *agrupación* de Municipios —así, art. 31 LRBR—, En este sentido, y como no pueden existir zonas exentas de la estructuración provincial, la Provincia constituye una agrupación constitucionalmente necesaria —no voluntaria— de los Municipios. De este modo, la Provincia agrupa o integra a todos los Municipios de su territorio, sin excepción. En todo caso, esta característica de la Provincia como agrupación legal de Municipios va a determinar —como se verá— que la Provincia presente un carácter derivado, tanto en sus funciones como en su organización, con respecto a los Municipios que agrupa. Es decir, la Provincia va a constituir una Entidad Local de segundo grado.

La Constitución acepta implícitamente la división provincial existente en el momento de su promulgación, y que —con pequeñas modificaciones— procede de la división provincial que impulsara Javier de Burgos en 1833. Ahora bien, la Constitución no sólo acepta esta división sino que, en cierto modo, la congela, pues impone —art. 141.1— una reserva de Ley Orgánica para cualquier alteración de los límites provinciales. Esta reserva impide, evidentemente, a las Comunidades Autónomas modificar la planta territorial de las Provincias de su territorio, la cual se impone a las mismas.

7.2. LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES PROPIAS

7.2.1. *La autonomía provincial*

La Constitución —art. 137— garantiza la autonomía de las Provincias para la gestión de sus intereses. Según el Tribunal Constitucional —STC 27/1987— «la concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local, así como las fórmulas o instrumentos de relación con otras entidades públicas y el sistema de controles de legalidad constitucionalmente legítimos. En primer término, la Ley debe especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a la comunidad provincial y sin más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza». En consecuencia, para el Tribunal Constitucional, el reconocimiento de esta garantía institucional entraña que la autonomía provincial se halla protegida en cuanto reducto indisponible o núcleo esencial que ha de ser respetado tanto por el Estado como por los poderes autonómicos —SSTC 213/1988, 259/1988—.

A nuestro modo de ver, aunque la Constitución no especifica cuáles son los intereses propios de las Provincias, debe entenderse que estos intereses derivan de su condición de agrupación necesaria de Municipios. Es decir, los intereses provinciales no deben conceptuarse como intereses sustancialmente diversos de los intereses municipales, sino como intereses estrechamente vinculados a aquéllos, dado ese carácter de segundo grado que presentan las Provincias. De este modo, no sería lícito contraponer los intereses municipales con los provinciales —tal como pueden contraponerse los intereses locales con los autonómicos y nacionales y éstos últimos entre sí—, pues los intereses provinciales —como todos los intereses locales— son sustancialmente los propios de los Municipios. Así, la LRBRL —art. 31.2— establece que son fines propios y específicos de la Provincia garantizar los *principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales* en el marco de la política económica y social. Así, la doctrina señala que las competencias de las provincias son de carácter «instrumental», pues se ejercen sobre competencias sustantivas.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional —STC 109/1998— considera como núcleo de la autonomía de la provincia, en cuanto entidad local «determinada por la agrupación de municipios» (art. 141.1 CE), «el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, a cargo de las Diputaciones Provinciales u otras Corporaciones de carácter representativo; actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esta actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el *núcleo de la autonomía provincial*, de tal manera que la ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada». Ahora bien, la definición del modelo de autonomía provincial por parte del legislador básico no queda limitada única y exclusivamente al desarrollo del contenido esencial de la garantía institucional que comprende la función de cooperación, sino que puede extenderse a aquello que resulte necesario para la definición del modelo común de autonomía provincial, con independencia del posterior desarrollo normativo de las bases que en todo caso corresponde a las Comunidades Autónomas (STC 103/2013).

7.2.2. *Función de cooperación a los Municipios*

Como se acaba de ver, la función de cooperación a los Municipios constituye el núcleo de la autonomía provincial. Se trata de que las Provincias sirvan de estructura de apoyo a los Municipios, con objeto de asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal, y la mayor eficacia y economicidad en la prestación de éstos. En concreto, la LRBRL fija dos prioridades en la acción coo- peradora de las Provincias: de un lado, garantizar el acceso de la población al conjunto de los servicios municipales mínimos —arts. 26.3 36.2.b) LRBRL—, así como la garantía del desempeño en los Municipios de las funciones públicas legalmente neces- arias, es decir, las de Secretaría e Intervención —arts. 36.2.c) y 92 bis LRBRL—; y, de otro lado, apoyar especialmente a los Municipios «de menor capacidad económica y de gestión» —art. 36.1.b) LRBRL—. La propia LRBRL, tras la reforma de la Ley 27/2013, especifica a qué municipios debe orientarse esta competencia:

— En los municipios de menos de 1.000 habitantes, debe garantizarse en todo caso la prestación de los servicios de secretaría e intervención —art. 36.1.b)—.

— En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, la asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en período vo- luntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera; así como la pres- tación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada —art. 36.1.f) y g)—.

Las manifestaciones más características de la cooperación provincial son las si- guientes:

— *La prestación de servicios de apoyo a los Municipios.* Así es tradicional el desempeño por parte de las Provincias de una función de «asistencia» técnica a los Municipios, la cual reviste distintas modalidades: ya sea una asistencia jurídica — atender consultas, informes, redacción de ordenanzas, defensa en juicio...—, asisten- cia técnica económico-financiera —realización de auditorías, informes...—, o asisten- cia técnica de otro tipo —elaboración de estudios, proyectos, planes, dirección facultativa de obras, diseño de programas informáticos que permitan la mecanización de tareas...—. Por su parte, la Ley 27/2013 ha especificado diversas acciones de este tipo: prestar apoyo en la selección y formación de su personal, y dar soporte a los Ayuntamientos para la tramitación de procedimientos administrativos y realización de actividades materiales y de gestión —art. 36.2.c) y d)—; asistir en la elaboración y el seguimiento de la aplicación de las medidas contenidas en los planes económicos-fi- nancieros —art. 116 bis—.

— *Las aportaciones económicas a los servicios municipales.* Estas aportaciones económicas son también de muy diverso tipo: ofertas de ayudas o subvenciones para determinados programas, cesión temporal de bienes, medios o instalaciones... Pero, sobre todo, destaca la aprobación anual del *Plan Provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal* —art. 36 LRBRL—, que constituye el principal instrumento para hacer efectiva la solidaridad intermunicipal. Por lo demás, el Plan, que debe contener una Memoria justificativa de sus objetivos y de los crite- rios de distribución de los fondos, puede financiarse no sólo con fondos propios de la Provincia, sino también con aportaciones municipales y subvenciones de la Comuni- dad Autónoma y del Estado —art. 36.2 LRBRL—. Por su parte, la jurisprudencia no sólo exige la necesaria participación de los municipios de la provincia en la elabora-

ción del Plan, sino que considera que debe excluirse del Plan cualquier obra que cuente con la negativa del correspondiente Ayuntamiento afectado, afirmando, incluso, que la propuesta de inclusión de la obra corresponde a la propia Corporación municipal —STS 3/4/1998, Ar. 3372—.

— *La gestión conjunta con los Municipios de determinados servicios municipales.* En estos casos la Provincia no se limita a apoyar a los Municipios mediante ayudas técnicas o económicas para que éstos pueden prestar sus servicios, sino que se implica en la propia gestión de dichos servicios municipales. Para ello el principal instrumento consiste en la creación de una Administración instrumental llamada Consorcio. Asimismo, cabe también que la Diputación asuma la gestión del servicio cuando los Ayuntamientos se le encomienden —art. 36.2.d)—.

7.2.3. *Función de coordinación y sustitución de los Municipios*

Se trata de una competencia evidentemente más delicada que la de cooperación, pues sitúa a la Provincia en una posición de cierta superioridad en relación con los Municipios coordinados. Hasta la Ley 27/2013, la LRBRL —art. 31.2— se limitó a disponer que la Provincia participa en la coordinación de la Administración Local con la de la Comunidad Autónoma y del Estado. Es decir, de lo que se trata es que la Provincia, como agrupación forzosa de todos los Municipios de su territorio, sirva de intermediario o interlocutor entre los Municipios y la Comunidad Autónoma o el Estado. Y, en esta línea, la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades Locales se realiza preferentemente a través de las Provincias —en su caso, Islas—. En concreto, esta coordinación se efectúa básicamente a través del mencionado Plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, el cual se revela no sólo como un instrumento de cooperación sino también, en parte, de coordinación —RD 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la Cooperación Económica del Estado a las inversiones de las Entidades Locales.

Ahora bien, la Ley 27/2013 ha reforzado las competencias de las Diputaciones en este ámbito:

— Coordinación forzosa de determinados servicios municipales obligatorios en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes. Corresponde a la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: *a)* recogida y tratamiento de residuos; *b)* abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; *c)* limpieza viaria; *d)* acceso a los núcleos de población; *e)* pavimentación de vías urbanas; *f)* alumbrado público —art. 26.2—.

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas.

Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un «coste efectivo» menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado. Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el «coste efectivo del servicio» en función de su uso.

Para hacer efectivo este supuesto (y el siguiente), la Ley 27/2013 obliga a todas las Entidades Locales a calcular antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior. Todas las Entidades Locales comunicarán los costes efectivos de cada uno de los servicios al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación (art. 116 ter).

— Coordinación de servicios previo acuerdo. La Diputación debe efectuar el seguimiento de los «costes efectivos de los servicios» prestados por los municipios de su provincia. Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes. No obstante, las Corporaciones Locales que deben formular un plan económico-financiero, pueden verse obligadas a adoptar la gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la Entidad Local para reducir sus costes —art. 116 bis—.

Asimismo, se contempla la coordinación mediante convenio, ahora con la Comunidad Autónoma respectiva, de la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5.000 habitantes —art. 36.1.i)—.

— Coordinación en caso de planes económicos-financieros. La Diputación provincial o entidad equivalente propondrá y coordinará las medidas contenidas en los planes económicos-financieros cuando tengan carácter supramunicipal, que serán valoradas antes de aprobarse el plan económico-financiero —art. 116 bis—.

7.2.4. *Sustitución de los municipios*

La Diputación asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación —art. 36.1.c)—.

7.2.5. *Función de prestación de servicios supramunicipales*

La LRBRL —art. 36.1.c)— atribuye a la Provincia como competencia propia la prestación de servicios públicos de carácter «supramunicipal» y, en su caso, supracomarcal, sin precisar en modo alguno cuáles son estos enigmáticos servicios supramunicipales. A este respecto, la legislación autonómica se refiere a servicios que, «por su naturaleza, excedan del ámbito de un Municipio» (Ley de Galicia 5/1997).

Relacionada con esta función, la LRBRL —art. 36.1.e)— atribuye a la Provincia la competencia de fomento y administración de los intereses peculiares de la Provincia, y que se suele traducir en la atribución a las Provincias de competencias relacionadas con el fomento del turismo y la promoción de los bienes culturales. Y, en este contexto, debe resaltarse que la reforma de la LRBRL efectuada por la Ley 57/2003 atribuyó expresamente a las Provincias una nueva competencia referente a la «cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones

Públicas en ese ámbito», cuya constitucionalidad ha sido ratificada (STC 103/2013). Lo cierto es que la generalidad de las Diputaciones Provinciales, una vez descargadas o desposeídas, según se mire, de buena parte de sus cometidos tradicionales, han venido desarrollando en los últimos años una activa política de cooperación con los Municipios en relación con el llamado «desarrollo local» —unidades de promoción de empleo, de apoyo a actividades emprendedoras, a empresas de economía social...—, y que la Ley 57/2003 —exposición de motivos— considera especialmente necesaria en las zonas rurales, básicamente como medio para diversificar las rentas de los habitantes del medio rural.

7.3. LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES DELEGADAS

De modo similar a lo señalado para los Municipios, la LRBRL —art. 37.1— prevé que las Comunidades Autónomas (naturalmente pluriprovinciales) podrán delegar competencias en las Provincias. Y esta posibilidad es objeto de cierto desarrollo en algunos Estatutos de Autonomía (como es el caso del Estatuto de la Comunidad Valenciana tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2006). Por su parte, las Comunidades Autónomas pluriprovinciales han hecho uso de esta posibilidad en mayor o menor medida en función de sus propias políticas de relaciones con las Diputaciones Provinciales de su territorio. Por lo demás, el ejercicio de las competencias delegadas por las Provincias se ajusta a las reglas ya vistas en relación con las competencias delegadas de los Municipios, si bien en algunas Comunidades se refuerzan estas reglas (así el citado Estatuto de la Comunidad Valenciana establece que las Diputaciones Provinciales «actuarán como instituciones de la Generalitat y estarán sometidas a la legislación, reglamentación e inspección de ésta, en tanto que se ejecutan competencias delegadas por la misma»).

Asimismo, la LRBRL —art. 37.2— contempla la posibilidad de que el Estado, previa consulta o informe de la Comunidad Autónoma interesada, delegue en las Provincias competencias de mera ejecución «cuando el ámbito territorial sea el más idóneo para la prestación de los correspondientes servicios». Sin embargo, aun cuando se ha admitido la constitucionalidad de esta facultad (STC 214/1989), no ha llegado a materializarse ni es previsible que suceda a estas alturas del Estado de las Autonomías. Por su parte, algunas de las materias que la Ley 27/2013 contempla expresamente como delegables en las Entidades Locales, parecen estar pensadas en las Diputaciones (como la gestión de instalaciones culturales y deportivas de titularidad del Estado).

7.4. LA ORGANIZACIÓN PROVINCIAL: LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

La Constitución —art. 141.2— establece que el gobierno y la administración de las Provincias estará encomendado a las Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo —igualmente, art. 31.3 LRBRL—. Es decir, con carácter general, la organización de las Provincias está constituida por las Diputaciones Provinciales, que —como los Ayuntamientos— son *Corporaciones de Derecho Público de carácter representativo*, integradas por los diputados provinciales, y dotadas de personalidad jurídica propia. No obstante, se prevé —art. 39 LRBRL— un régimen especial para las provincias vascas —los llamados Territorios Históricos, que podrán organizar libremente sus propias instituciones, de conformidad con su Estatuto de Autonomía, sin

que les sean de aplicación las normas contenidas en la LBRL en materia de organización territorial, salvo con carácter supletorio —Disp. Adic. 2.^a— (figura 11).

FIGURA 11

Elementos de la Provincia

PROVINCIA (comunidad política)	TERRITORIO	EL PROPIO DE LOS MUNICIPIOS QUE AGRUPA		
	POBLACIÓN	LA PROPIA DE LOS MUNICIPIOS QUE AGRUPA		
	ORGANIZACIÓN POLÍTICO-ADMINISTRATIVA	RÉGIMEN COMÚN	DIPUTACIÓN PROVINCIAL (Corporación de carácter representativo)	
		REGÍMENES ESPECIALES	COMUNIDADES AUTÓNOMAS UNIPROVINCIALES DIPUTACIONES FORALES DEL PAÍS VASCO CONSEJOS DE VEGUERÍAS EN CATALUÑA	

7.5. LA ELECCIÓN DE LOS DIPUTADOS PROVINCIALES

La Constitución, a diferencia de que como procede en relación con los concejales, no prefigura la elección de los diputados provinciales, de modo que remite esta cuestión al legislador, en concreto a la Ley Orgánica —art. 81.1 CE—. A este respecto, la LOREG establece un complejo sistema de elección de segundo grado:

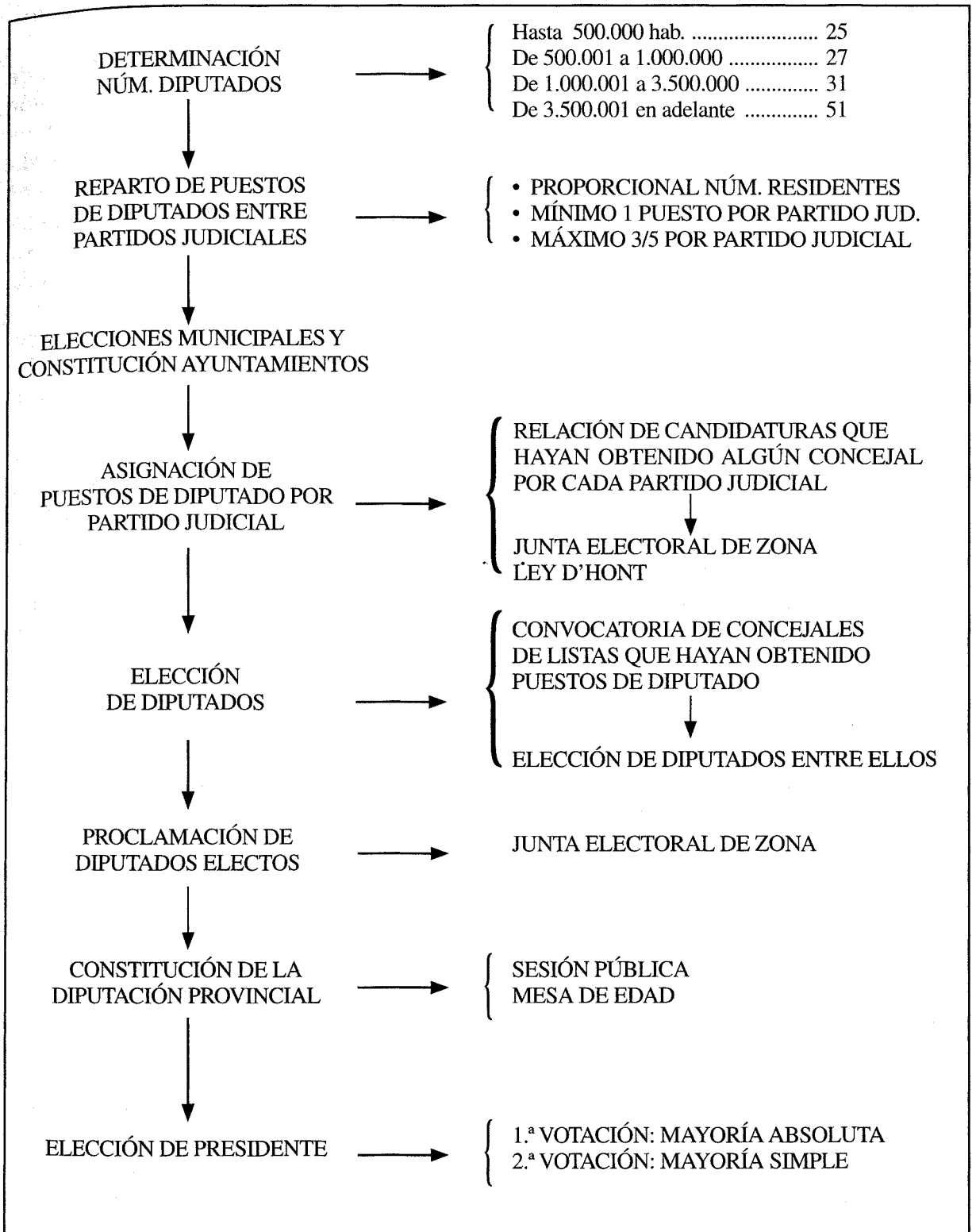
— *La determinación del número de miembros de la Corporación.* La LOREG —art. 204— asigna a cada Diputación Provincial un número de diputados en proporción al número de residentes de la Provincia, según una escala: Provincias de hasta 500.000 residentes: 25 diputados; de 500.001 a 1.000.000: 27 diputados; de 1.000.001 a 3.500.000: 31 diputados...

— *La división en «partidos judiciales».* Cada Provincia se divide en «partidos judiciales», que agrupan a uno o varios Municipios. Esta división está establecida en la Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988.

— *El reparto de puestos de diputado por partidos judiciales.* Una vez convocadas las elecciones municipales, la Administración electoral debe repartir —art. 204 LOREG— el número de diputados que corresponde a cada Provincia entre los distintos partidos judiciales existentes en la misma, con arreglo a los criterios siguientes: el criterio básico es el proporcional en función del número de habitantes, pero existen dos criterios correctores, en el sentido de que todos los partidos judiciales han de contar al menos con un Diputado, y ningún partido judicial puede contar con más de los tres quintos del número total de diputados. Se trata, así, de establecer una cierta representación territorial, con objeto de que no prime de modo absoluto la representación de las urbes sobre el mundo rural.

FIGURA 12

Diputaciones provinciales: procedimiento electoral



— *La asignación de puestos de diputados.* Una vez constituidos los Ayuntamientos de la Provincia, la Administración electoral forma una relación de todas las agrupaciones electorales que hayan obtenido algún concejal dentro de cada partido judicial, y distribuye entre dichas agrupaciones los puestos de diputados correspondientes

al respectivo partido judicial, aplicando para ello el sistema proporcional corregido de la Ley D'Hont —art. 205 LOREG—. Si en aplicación de este sistema se produjera coincidencia de cocientes entre distintas formaciones electorales, la vacante se atribuye a la que mayor número de votos ha obtenido y, en caso de empate, a la formación de mayor número de concejales en el partido judicial.

— *La elección de los diputados*. Una vez realizada esta distribución abstracta de puestos de diputados entre las distintas agrupaciones electorales, la Administración electoral convoca a los concejales de estas agrupaciones electorales para que entre ellas elijan al Diputado/s que les haya correspondido —art. 206 LOREG—. De ordinario esta elección estará ya condicionada por el partido político al que pertenecen los respectivos concejales, el cual les ordenará a quiénes deben elegir como diputados. Ahora bien, siempre cabe la posibilidad de que los concejales pertenecientes a alguna formación presenten a la Administración Electoral más de una lista de candidatos para ocupar los puestos de diputados. Ante esta hipótesis, el Tribunal Constitucional —STC 174/1991— ha admitido el criterio según el cual la elección debe realizarse mediante una votación por los concejales electos de los candidatos de las dos listas, entendiéndose que las listas de candidatos son listas abiertas —puesto que la Ley dispone que los diputados deben elegirse «de entre las listas de candidatos»—.

En definitiva, la elección de los diputados provinciales tiene lugar a través de un procedimiento complejo, del cual resulta una representatividad marcadamente desdibujada, que dificulta una adecuada identificación entre los ciudadanos y las Diputaciones Provinciales: ¿a qué comunidad representan los diputados provinciales?, ¿al Municipio del cual ostentan la condición de concejales?, ¿a ese artificial «partido judicial» que ha servido de unidad para la elección de los Diputados?, ¿al conjunto de la Provincia? Y, sobre todo, este mecanismo de elección impide articular una responsabilidad política del gobierno de la Diputación frente al electorado, pues éste carece de medios para premiar o castigar la gestión de una concreta Corporación provincial, puesto que su elección se contrae el Ayuntamiento correspondiente. Por ello, las Diputaciones Provinciales de régimen común presentan una deficiente plasmación del principio de legitimación democrática.

7.6. LOS ÓRGANOS DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL

La organización interna de las Diputaciones Provinciales es sustancialmente igual a la de los Ayuntamientos de más de 5.000 habitantes. Es decir, son órganos necesarios el Pleno, el Presidente, los Vicepresidentes —análogos a los Tenientes de alcalde—, con las únicas salvedades de que la Junta de Gobierno y las Comisiones informativas y de control son órganos necesarios en todas las Diputaciones Provinciales —art. 32.1 LRBRL—. Una vez constituida la Diputación Provincial, el Pleno de la misma procede a la elección del Presidente de entre sus miembros —art. 207.1 LOREG—, pudiendo ser candidato al cargo de Presidente cualquiera de los diputados provinciales —art. 207.3 LOREG—. El candidato debe obtener mayoría absoluta en la primera votación y simple en la segunda —art. 207.2 LOREG—. De este modo, puede decirse que la elección del Presidente es de tercer grado: primero se eligen a los concejales, después éstos eligen a los diputados provinciales y éstos, a su vez, al Presidente, y dado que el primero de cada lista es legalmente candidato a la alcaldía, la figura del Presidente de la Diputación presenta un carácter secundario, y de aquí la escasa identificación del electorado con este cargo.

8. OTRAS ENTIDADES LOCALES

8.1. LAS MANCOMUNIDADES

Aproximadamente 7.000 de los algo más de 8.000 municipios existentes en España tienen menos de 5.000 habitantes. Estos pequeños municipios presentan serios problemas de incapacidad económica y técnica para hacer frente a los servicios municipales, incluidos los obligatorios. Para afrontar esta situación se han planteado varias vías: por un lado, el fomento de la fusión de municipios, política que ha seguido la mayoría de las Comunidades Autónomas con escasos resultados. No obstante, tras el reconocimiento al Estado por parte del Tribunal Constitucional (STC 103/2013) de la competencia para impulsar la fusión de municipios, la Ley 27/2013 incorporó a la LRBRL —art. 13— una nueva regulación con facilidades procedimentales (convenio de fusión aprobado por mayoría simple) y medidas de incentivación organizativas y económico-financieras, si bien está por ver el éxito de esta medida.

Otra vía menos radical es la tendente a estimular la asociación voluntaria de los Municipios para la creación de entidades supramunicipales con objeto de prestar determinados servicios, y estas entidades son las Mancomunidades. Además, debido al hecho de que los servicios locales son cada vez más costosos y de progresiva complejidad técnica, como destaca la doctrina (RIVERO YSERN), el fenómeno de la Mancomunidad ha desbordado la problemática del pequeño Municipio para constituir una fórmula para optimizar los recursos y los costes de instalación y gestión de los servicios. Y esta vía sí que ha tenido un gran éxito, al menos cuantitativo (en 2010, en el Registro de Entidades Locales constaba algo más de 1.000 mancomunidades).

En este sentido, la LRBRL —art. 44.1— reconoció a los Municipios el derecho a asociarse para la ejecución en común de obras y servicios *determinados* de su competencia, constituyendo para ello una Mancomunidad, dotada de personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines específicos —art. 44.2 LRBRL—. Y este derecho de asociación está, además, recogido en la Carta Europea de la Autonomía Local: «Las Entidades locales tienen el derecho, en el ejercicio de sus competencias, de cooperar y, en el ámbito de la Ley, asociarse con otras Entidades locales para la realización de tareas de interés común»; «el derecho de las Entidades locales de integrarse en una asociación para la protección de sus intereses comunes y el de integrarse en una asociación internacional de Entidades locales deben ser reconocidos por cada Estado» —art. 10—.

De este modo, las Mancomunidades pueden definirse como Administraciones Públicas constituidas por la agrupación voluntaria de dos o más Municipios, inicialmente de carácter especializado, es decir, con la finalidad de gestionar determinados servicios municipales. Se trata, por tanto, de un instrumento al servicio de la cooperación interadministrativa y, por ello, su regulación es marcadamente estatutaria, es decir, de carácter predominantemente singular. Por su parte, el Tribunal Constitucional (STC 103/2013) ha señalado que si bien las mancomunidades de municipios no son entidades locales constitucionalmente consagradas, tampoco han sido configuradas por el legislador básico como entidades cuya existencia dependa de la voluntad de las Comunidades Autónomas. La LRBRL —art. 44.1— reconoce a los municipios el derecho a asociarse en su doble vertiente de libertad de creación de mancomunidades y libertad de no ser obligados a asociarse o a permanecer en ellas. Y en la medida en que no son titulares de otros intereses que los de los municipios encomendantes, participan de la autonomía que constitucionalmente se predica de los entes locales que las forman.

En cuanto a su creación, dado el carácter asociativo o voluntario de esta Entidad, prima aquí una absoluta flexibilidad. Así, no hay límite al número de Municipios que pueden mancomunarse entre sí, ni es necesario que exista entre ellos continuidad territorial, si ésta no es requerida por la naturaleza de los fines de la Mancomunidad, como tampoco es indispensable que pertenezcan a la misma Provincia —arts. 44.3 LRBRL—, e, incluso, a partir de la reforma de la LRBRL operada por la Ley 57/2003 —art. 44.5—, se admite expresamente la posibilidad de que puedan integrarse en la misma Mancomunidad municipios pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas. De otro lado, aun cuando la LRBRL no contempla ningún mecanismo de control en el proceso de creación de las Mancomunidades, el Tribunal Constitucional —STC 214/1989— ha admitido que la legislación de las Comunidades Autónomas puede establecer algún tipo de intervención que permita a la Administración autonómica examinar los Estatutos de la entidad y poder así formular observaciones de legalidad y demás sugerencias con carácter previo a su aprobación —trámite de homologación o visado, el cual es contemplado en la generalidad de los ordenamientos autonómicos—.

La LRBRL —art. 44.2— establece que los Estatutos de la Mancomunidad determinarán el objeto y competencias de la Mancomunidad, y si bien no se fija explícitamente un límite a la atribución de competencias a la Mancomunidad, se entiende que tal límite se encuentra en el mantenimiento de la propia sustantividad del Municipio, sustantividad que se podría ver menoscaba si los municipios llegaran a vaciarse de responsabilidades en beneficio de la mancomunidad que los agrupa.

Más aún, la Ley 27/2013 trata de reorientar a las mancomunidades al ámbito estricto de prestación de determinados servicios municipales, ordenando que las competencias de las mancomunidades de municipios estarán orientadas exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los artículos 25 y 26 LRBRL (disp. trans. 11.^a), previsión que, con independencia de su virtualidad real, se presenta como una directriz básica que pretende evitar la proliferación de mancomunidades y los riesgos que se entiende que ello supone para los principios de eficacia (art. 103.1 CE), eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE) y estabilidad financiera (art. 135 CE), y cuya constitucionalidad ha sido ratificada (STC 41/2016).

8.2. LAS COMARCAS

La Constitución —art. 141.3— prevé que se «podrán» crear agrupaciones de municipios diferentes a la Provincia y, más específicamente, añade —art. 152.3— que, mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos de Autonomía «podrán» establecer circunscripciones territoriales propias que gozarán de plena personalidad jurídica. Debido al carácter dispositivo de estas agrupaciones de municipios, el Tribunal Constitucional —STC 31/1981— negó que estén constitucionalmente garantizadas, de tal modo que el Estado no puede imponer su creación, que es decisión de cada Estatuto de Autonomía. En todo caso, estas previsiones constitucionales fueron recogidas en la casi totalidad de los Estatutos. Ahora bien, los Estatutos contienen dos modalidades diversas de configuración de las Comarcas:

— *Las comarcas como entidades no garantizadas estatutariamente.* La mayoría de los Estatutos se limitan a contemplar la posibilidad de que por Ley de la Comuni-

dad Autónoma «puedan» crearse las Comarcas —Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia...—. En estos casos, el Tribunal Constitucional —STC 214/1989— parece entender que las comarcas no están dotadas de garantía estatutaria, sino que se trata de entidades contingentes. Asimismo, la Comunidad Autónoma sólo dispone sobre estas Entidades el título competencial en materia de régimen local, el cual debe respetar la legislación básica estatal, contenida principalmente en la exigencia según la cual no podrá crearse la comarca si a ello se oponen expresamente los 2/5 de los Municipios afectados, siempre que tales Municipios representen la mitad del censo electoral del territorio correspondiente —art. 42.2 LRBRL—. Más aún, en alguna Comunidad Autónoma se configura a la comarca como una agrupación voluntaria de municipios (es el caso de Andalucía tras el Estatuto aprobado por Ley Orgánica 2/2007 —art. 97—), lo cual impide operaciones de comarcalización de carácter general, de modo que la comarca únicamente podrá emplearse para zonas singularizadas.

— *Las comarcas como entidades garantizadas estatutariamente.* Algunos Estatutos —caso de Aragón, Cataluña o Asturias— configuran a la comarca como una entidad necesariamente integrante de la organización territorial de la Comunidad Autónoma. Así, el Estatuto de Aragón establece que las comarcas son entidades territoriales fundamentales para la vertebración territorial aragonesa —art. 83 Ley Orgánica 5/2007—. En estos casos, según el Tribunal Constitucional, la regulación y constitución de la comarca se considera resultante, no ya de la competencia autonómica sobre régimen local, sino de la potestad de autoorganización de la propia Comunidad Autónoma, lo cual podrá modular la eficacia vinculante de la legislación básica estatal sobre régimen local, sobre todo en el sentido de que la Ley autonómica puede imponer la creación de las comarcas a pesar de la oposición de los Municipios afectados, y ello debido a que la comarca se configura como entidad necesaria, facilitándose así las operaciones políticas de comarcalización de la Comunidad Autónoma. En estos casos, está claro, asimismo, que las comarcas vienen a constituir verdaderas comunidades políticas. Pero, en todo caso, debe subrayarse que la comarca es siempre una «agrupación de municipios», de modo que no puede significar su sustitución, pues así lo exige, además, la garantía institucional de la autonomía municipal —STC 214/1989—. Así, la LRBRL establece —art. 43.4— que la creación de las comarcas no puede suponer la pérdida por los Municipios de la competencia para prestar los servicios municipales obligatorios según la propia LRBRL —art. 26—, ni la privación a los mismos de toda intervención en cada una de las materias numeradas en el art. 25.

8.3. LAS ÁREAS METROPOLITANAS

Las grandes aglomeraciones urbanas, integradas por una pluralidad de Municipios sin práctica solución de continuidad, suelen requerir un ejercicio coordinado de determinadas competencias municipales —en materia de ordenación del territorio, de transportes urbanos, de infraestructuras...—. Para estos casos la LRBRL —art. 43.1— faculta a las Comunidades Autónomas para crear, mediante ley, unas entidades supramunicipales llamadas Áreas Metropolitanas. La LRBRL —art. 43.2— se limita a precisar que entre los núcleos de población de los Municipios han de existir «vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras».

En todo caso, el dato decisivo es que estas entidades supramunicipales pueden constituirse con la oposición de los Ayuntamientos afectados, es decir, su carácter

forzoso, lo cual impone dos exigencias con objeto de salvaguardar la autonomía municipal. De un lado, estas entidades no pueden asumir la totalidad de las competencias municipales, de modo que los Municipios integrados en la Entidad no pueden ser privados de toda intervención en cada una de las materias de competencia municipal —STC 214/1989—; puede, incluso, decirse que en la atribución de competencias a las Áreas Metropolitanas debe primar un *principio de asignación mínima*, como corolario del principio de subsidiariedad. A este respecto, la clave de la funcionalidad del Área Metropolitana no es tanto la *gestión* de determinados servicios como la *coordinación* de los servicios municipales. Y ello sin perjuicio de que pueda admitirse la delegación por parte de los Municipios de determinadas competencias de gestión en el Área Metropolitana, acordada mediante convenio interadministrativo, con objeto de aprovechar la estructura de esta Entidad, evitándose así tener que mantener una paralela Mancomunidad.

De otro lado, en el gobierno y administración de la entidad deberá garantizarse la participación de todos los Municipios en la toma de decisiones, así como una justa distribución de las cargas entre ellos. Más aún, dicho gobierno debe respetar el *principio democrático*, de tal modo que la representación de los Municipios en los órganos de gobierno de la Entidad debe ser en función exclusivamente del número de habitantes de cada Municipio, y no de otras consideraciones —como aportación económica...—. En todo caso, probablemente debido a su origen como ente creado por la Comunidad Autónoma e impuesto a los municipios, en la praxis las áreas metropolitanas, salvo excepciones (como la reciente Ley de Galicia 4/2012, de 12 de abril, del Área Metropolitana de Vigo), no acaban de implantarse, siendo sustituidas por fórmulas asociativas, como las mancomunidades y los consorcios metropolitanos.

8.4. LAS ENTIDADES LOCALES MENORES

En los Municipios con asentamientos de población alejados del núcleo urbano principal donde tienen su sede las instituciones del Ayuntamiento, los vecinos de estas poblaciones o barriadas suelen reivindicar una gestión municipal más cercana y sensible a sus demandas colectivas. Para afrontar este tipo de situaciones, como solución intermedia entre una simple desconcentración de competencias en un órgano ubicado en la población (los órganos territoriales de gestión desconcentrada antes tratados) y la medida radical de segregación de esa parte del territorio municipal para constituir un nuevo Municipio (solución en principio contraria a la política territorial dirigida a evitar la proliferación de pequeños municipios), ha existido desde antiguo la posibilidad de optar por una medida de *descentralización territorial*, consistente en la creación de una entidad local inframunicipal (que ha recibido denominaciones diversas, según la tradición de cada territorio, tales como «caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos», entre otros). Estas entidades, aun cuando forman parte del Municipio al que pertenecen, han ostentado personalidad jurídica propia y —lo que es más importante— autonomía para la gestión de sus competencias. Con una distribución desigual en las diferentes Comunidades Autónomas, en 2010, en el Registro de Entidades Locales constaba algo más de 3.700 de estas entidades locales.

Por su parte, la Ley 27/2013 si bien permite la subsistencia de las entidades de ámbito territorial inferior al Municipio existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley, manteniendo su personalidad jurídica y la condición de Entidad Local (Disp. Trans. 4.^a), en cambio, impide la creación de nuevas entidades de ámbito terri-

torial inferior al Municipio dotadas de personalidad jurídica propia (se suprime su mención del artículo 3), pues lo que se permite es únicamente la creación de «entes» (¿?) de ámbito territorial inferior al Municipio desprovistos de personalidad jurídica —art. 24 bis—. Por tanto, estas estructuras de nueva creación serán, no ya «entidades locales descentralizadas», sino simples «entes desconcentrados», sin el carácter de entidad local (medida que ha sido avalada por la STC 41/2016). Las consecuencias son, de un lado, que el Ayuntamiento se erige en el centro de imputación de las obligaciones y los derechos dimanantes de la actividad de estas «formas de organización desconcentrada» y, de otro, los órganos municipales de gobierno se relacionan con estas estructuras en términos de jerarquía.

En cuanto al procedimiento de creación, lo más significativo es que, de un lado, la iniciativa corresponde no sólo Ayuntamiento sino también a la población interesada —art. 24 bis— asimismo, tras la Ley 27/2013, la creación requiere que resulte una opción más eficiente para la administración *desconcentrada* de núcleos de población separados —art. 24 bis—, de modo que quedan fuera consideraciones de carácter democrático.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALMONACID LAMELAS, V. (dir.): *Estudios sobre la Modernización de la Administración Local: Teoría y Práctica*, La Ley, Madrid 2009.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: *Manual de Administración Local*, 6.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2006.
- Modernización del Gobierno Local*, El Consultor, 2004.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Las áreas metropolitanas*, Civitas, Madrid, 1993.
- CALONGE VALÁZQUEZ, A., y GONZÁLEZ DEL TESO, T.: *El Alcalde: elección y destitución*, Universidad de Valladolid, 1997.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T.: *La provincia en el sistema autonómico español*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*. Coordinadores: La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2014.
- CASARES MARCOS, A., y QUINTANA LÓPEZ, T.: *La reforma del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CLAVERO ARÉVALO, M.: «La provincia ante una encrucijada histórica en el 150 aniversario de su creación», *RAP*, n.ºs 100-102, vol. III (1983), pp. 2129-2157. También en *Estudios de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 319-339.
- CUCHILLO, M., y MORATA, F.: *Organización y funcionamiento de las Áreas metropolitanas*, INAP, Madrid, 1991.
- DOMINGO ZABALLOS, M.: *Reforma del Régimen Local*, Aranzadi, 2014.
- ESTEVE PARDO, J.: *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre Administración autonómica y orden local (la experiencia de la REA, bases y perspectivas en España)*, Madrid, 1991.
- FANLO LORAS, A.: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, CEC, Madrid, 1990.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J.: *El régimen jurídico de la comarca en el sistema autonómico español*, Madrid, 1999.
- FON I LLOVET, VELASCO CABALLERO y ORTEGA ÁLVAREZ: *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006.
- ESCRIBANO COLLADO, P., y RIVERO YSERN, J. L.: «La Provincia en los Estatutos de Autonomía y en la LOAPA», *RAP*, n.º 104 (1984), pp. 79-120.
- GALÁN GALÁN, A.: *El Reglamento Orgánico Local*, INAP, Madrid, 2004.
- GARCÍA MORILLO, J.: *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (coord.): *La Provincia en el sistema constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª A. (coor.): *Las nuevas Diputaciones Provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*, Cemci, Granada, 2015.

- GUIRADO CID, C.: *El Alcalde en la legislación española*, Trivium, Madrid, 1991.
- GUTIÉRREZ COLOMINA y LLAVADOR CISTERNES: *Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: «El régimen de las Mancomunidades de municipios en Andalucía», en *La Administración Institucional*, t. I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 523 ss.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M.: *Manual de Derecho Local*, 3.ª ed., Iustel, 2014.
- MARTÍN-RETORTILLO, S.: *La Provincia: pasado, presente y futuro*, Civitas, Madrid, 1991.
- MIR I BAGO, J.: *El sistema estatal vigente de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.
- MORELL OCAÑA, L.: *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: «Las Diputaciones Provinciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía», *REDA*, n.º 65 (1990), pp. 65-94.
- MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, II tomos, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *El régimen constitucional de las competencias locales*, CEC, Madrid, 1988.
- PARADA VÁZQUEZ, R., y BACIGALUPO, M.: *Manual de Derecho Local*, Madrid, 2010.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Básico de la Administración local*, Ariel, Barcelona, 1988.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: *Las Mancomunidades en nuestro Derecho Local*, Madrid, 1991.
- REBOLLO PUIG, M.: *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho Local*, Civitas, 7.ª ed., Madrid, 2014.
- RUIZ OJEDA, A.: *El Gobierno Local, estudios en Homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Madrid, 2010.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.: *El Sistema de Gobierno Municipal*, Madrid, 2007.
- SALVADOR CRESPO, M.: *La Autonomía Provincial en el Sistema Constitucional Español. Intermunicipalidad y Estado Autonómico*, Madrid 2007.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: *Organización intermunicipal*, Iustel, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La autonomía local*, Civitas, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J.: *Autonomía local y descentralización. Su naturaleza jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- SOSA WAGNER, F.: *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, 6.ª ed., Pamplona, 2002.
- TORRES CURDI, F.: *Las Entidades locales menores en el Derecho administrativo español*, Madrid, 1985.
- VELASCO CABALLERO, F.: *Derecho Local. Sistema de fuentes*, Madrid, 2009.
- VVAA: *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid, 1992.
- Justicia administrativa*, n.º extraordinario 2000, monográfico sobre *La reforma del Régimen Local*.
- Administración Local, Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, El Consultor, Madrid, 2011.
- Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, II tomos, Aranzadi, 2013.
- La Provincia en el Estado de las Autonomías*, Fundació Carles Pi i Sunyer D'Estudis Autònomicos I Locals, Madrid, 1996.
- Libro Verde. Los Gobiernos locales intermedios en España*, Fundación Democracia y Gobierno Local.

TEMA 9

EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL Y OTRAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

1. EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL

1.1. COMPOSICIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

La propia Constitución emplea en varios preceptos —arts. 128.2, 134.2 y 136— la expresión «sector público» para referirse implícitamente a un entramado de organizaciones controladas por los poderes públicos que va mucho más allá de las Administraciones públicas generales o territoriales. En la actualidad, el sector público, que desde el punto de vista territorial se desglosa en tres niveles (estatal, autonómico y local), de acuerdo con la LPAC —art. 2.1—, la LRJSP —art. 2.1— y la Ley General Presupuestaria —art. 2—, comprende dos esferas:

a) Las Administraciones generales o territoriales: la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. Son las Administraciones estudiadas en los temas anteriores.

b) El sector público institucional, el cual se integra por:

— Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. Como se verá más adelante, estas entidades responden a formas jurídicas diversas, típicas y atípicas, si bien todas tienen en común el dato formal de la personalidad de Derecho Público, y debido a este dato tienen expresamente la consideración de Administraciones Públicas —art. 2.3 LPAC y art. 2.3 LRJSP—, y que por oposición a las anteriores, pueden denominarse Administraciones especializadas.

— Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas. Estas entidades responden básicamente a dos formas jurídicas (sociedades mercantiles y fundaciones), y ambas son personas jurídicas de Derecho Privado, razón por la cual no tienen la consideración de Administraciones Públicas.

— Las Universidades públicas. Sorprendentemente ni la LPAC ni la LRJSP consideran expresamente a las Universidades públicas como Administraciones Públicas, a sus efectos, si bien tal consideración sí se establece en otras leyes (art. 3.2 TRLCSP, art. 2.2 Ley 19/2013), y se encuentra implícita en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, por ejemplo, cuando determina cuáles resoluciones de las Universidades públicas «agotan la vía administrativa» —art. 6.4—. Y lo cierto es que la personalidad jurídica de las Universidades públicas no puede ser sino de Derecho Público.

FIGURA 1

El sector público

SECTOR PÚBLICO	ADMINISTRACIONES PÚBLICAS GENERALES	<ul style="list-style-type: none"> • Administración General del Estado • Administraciones CC AA • Entidades Locales
	SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none"> • Administraciones especializadas • Universidades públicas • Sociedades mercantiles del sector público • Fundaciones del sector público

1.2. RÉGIMEN JURÍDICO

1.2.1. *Fuentes del sector público institucional*

Debido a la estrecha conexión de esta materia con la potestad auto-organizativa autonómica, son escasas las normas básicas comunes a los tres sectores públicos, estatal, autonómico y local. En efecto, salvo unos principios básicos y la figura del Inventario de Entidades del Sector Público —que se tratan seguidamente—, las normas contenidas en la LRJSP son en su gran mayoría de aplicación exclusiva al sector público estatal.

Por su parte, en el ámbito autonómico, la mayoría de las Comunidades Autónomas no ha aprobado una ordenación general, limitándose a regular su control financiero en las Leyes ordenadoras de Hacienda autonómica. No obstante, tras la aprobación de la Ley 6/1997, algunas Comunidades Autónomas (como es el caso de Extremadura, La Rioja o Cantabria) procedieron a ordenar, con carácter general, sus Administraciones instrumentales, adoptando el esquema establecido en la Ley 6/1997 de diferenciación entre Organismos Públicos y Entidades Públicas Empresariales, si bien en ocasiones no se renuncia a la posibilidad de creación de entidades atípicas (caso de Cantabria). Y tras la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales, algunas Comunidades han adoptado el nuevo modelo estatal de agencias (como es el caso de Andalucía).

Por otro lado, históricamente fue el ámbito local el que contó primero con una normativa propia, a raíz de las municipalizaciones de inicio del siglo XX para la prestación de servicios públicos locales. En la actualidad, tras la reforma de la LRBR operada por la Ley 27/2013, el legislador básico han entrado a ordenar con profusión el sector público local, animado desde la directriz de sostenibilidad financiera.

Lo cierto es que, si bien desde el Programa de Convergencia con Europa derivado del Tratado de la Unión Europea, y con el objetivo de contribuir a la reducción del gasto público, se vienen periódicamente adoptando medidas para revisar el sector público, a partir de 2010 (Acuerdo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010), el Estado y las Comunidades Autónomas asumieron el compromiso de aplicar una política de racionalización del sector público, que se ha traducido en múltiples medidas de redimensionamiento, reestructuración o reordenación del mismo (en el ámbito estatal, cabe destacar la Ley 15/2014, de 16 septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa), medidas que llegaron al ámbito local, con el carácter de normas básicas, mediante la reforma de la LRBR operada por la Ley 27/2013 (Disp. Adic. 9.^a).

1.2.2. *Inventario de Entidades del Sector Público*

Dando carta de naturaleza a una figura ya prevista en normas reglamentarias del ámbito presupuestario, la LRJSP configura el *Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local* como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades integrantes del sector público institucional cualquiera que sea su naturaleza jurídica —art. 82.1—, por tanto, tanto de naturaleza pública como privada. Al menos, la creación, transformación, fusión o extinción de cualquier entidad integrante del sector público institucional debe ser inscrita en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local. Asimismo, el Inventario de Entidades del Sector Público contendrá, al menos, información actualizada sobre la naturaleza jurídica, finalidad, fuentes de financiación, estructura de dominio, en su caso, la condición de medio propio, regímenes de contabilidad, presupuestario y de control así como la clasificación en términos de contabilidad nacional, de cada una de las entidades integrantes del sector público institucional —art. 82.2—. Esta inscripción es requisito necesario para obtener el número de identificación fiscal definitivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Puede consultarse el *Inventario de Entes del Sector Público Estatal* (INVESPE) en <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/ClnInvespe/Paginas/invespe.aspx>

1.2.3. *Aspectos comunes*

La diversidad de entidades que integran el sector público institucional, unas consideradas Administraciones Públicas, y otras entidades jurídico-privadas, dificulta la sujeción de todas ellas a un régimen común. Con todo, la LRJSP establece unos principios comunes de actuación: las entidades que integran el sector público institucional están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión —art. 81.1—.

Asimismo, todas las Administraciones Públicas deberán establecer un *sistema de supervisión continua* de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción —art. 81.2—. Además, debe observarse que existe un principio de *mutabilidad de formas jurídicas*, en el sentido de que cualquier entidad de cada sector público institucional puede transformarse y adoptar la forma y naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades de cada ámbito. Así, por ejemplo, en el sector público institucional estatal un organismo autónomo puede transformarse en entidad pública empresarial, o una entidad pública empresarial en sociedad mercantil estatal, o a la inversa una sociedad mercantil estatal en entidad pública empresarial —art. 87 LRJSP—. Ahora bien, dado que la adopción de formas jurídico-privadas (sociedades y fundaciones) puede utilizarse como huida de los controles de derecho administrativo, la LRJSP impone mayores controles a este tipo de transformaciones.

Con todo, a partir de aquí, es preferible diferenciar entre las entidades que tienen la consideración de Administración pública y aquellas otras que carecen de tal condición.

2. LAS ADMINISTRACIONES ESPECIALIZADAS

2.1. ASPECTOS GENERALES

2.1.1. *Evolución legal*

Aun cuando existen precedentes históricos más antiguos, la creación de estas entidades públicas separadas de la Administración general del Estado puede situarse hacia fines del siglo XIX. En esta primera época, la atribución de personalidad jurídica propia a ciertas organizaciones obedeció a motivaciones puramente operativas (SANTAMARÍA PASTOR), como promover las liberalidades (legados, donaciones) de los particulares con objeto de contribuir a la financiación de los establecimientos asistenciales (caso de establecimientos de beneficencia). Ya en el siglo XX, la creación por el Estado de organizaciones personificadas va a tener también una finalidad política: bajo la denominación de «descentralización funcional», la creación de Administraciones especializadas se presentó por algunos sectores (S. ROYO-VILLANOVA) como una alternativa a la verdadera descentralización (la territorial), y, además, se utilizó para impulsar el carácter corporativo del Estado (época de la dictadura de Primo de Rivera), dando para ello entrada en los órganos rectores de estas Administraciones a representantes de organizaciones corporativas (Confederaciones Hidrográficas, Juntas de Puertos...).

En todo caso, el fenómeno de la creación de organizaciones públicas personificadas se generalizó, ya a mediados del siglo XX, con el aumento de intervencionismo público, con objeto de descongestionar a los órganos de la Administración General del Estado. De hecho, como ha puesto de manifiesto la doctrina (S. MARTÍN-RETORTILLO), los organismos autónomos son el cauce a través del cual discurrirá principalmente la acción administrativa que el Régimen político de Franco trata de llevar a cabo de forma más o menos novedosa (caso del Instituto Nacional de Industria, del Instituto Nacional de la Vivienda, del Servicio Nacional del Trigo...).

Con la finalidad de ordenar una situación cada vez más caótica, en 1958 se aprobó la Ley de Entidades Estatales Autónomas, la cual intentó mantener la clásica ecuación de personificación pública (organismo autónomo)/Derecho Administrativo, personificación privada (empresa nacional)/régimen jurídico privado. Sin embargo, al tratarse de una simple ley general, los criterios racionalizadores de esta Ley fueron eludidos por las Leyes especiales, que consagraron la creación de entidades con forma jurídico-pública que, sin embargo, sometían su actividad al Derecho privado, quebrando así el binomio forma-régimen jurídico de la Ley de 1958.

Y esta disociación fue finalmente ratificada por la Ley 6/1996 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, al contemplar, además de la clásica figura del organismo autónomo sujeto a Derecho administrativo, una categoría de entidad de Derecho Público (la entidad pública empresarial) sujeta en su actividad fundamentalmente al Derecho Privado.

Diez años después, se aprobó la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales, que trató de incorporar un nuevo modelo de entidad instrumental (la agencia estatal) caracterizado por la autonomía de gestión, y llamado a sustituir tanto a los organismos autónomos como a las entidades públicas empresariales, si bien esta sustitución no llegó a culminarse (sólo llegaron a constituirse ocho Agencias), y finalmente, dado que las medidas de control del gasto público han neutralizado la pretensión inicial de dotar a esas agencias de una mayor autonomía financiera, este modelo de entidad ha sido definitivamente abandonado por el legislador (la LRJSP deroga tanto la Ley 6/1996 como la Ley 28/2006).

En definitiva, con el pretexto de facilitar una gestión más ágil de estos servicios, las normas que regulan cada entidad van a procurar excluirlas de la aplicación de las leyes administrativas generales, de tal modo que el Derecho singular de cada entidad pública (el llamado Derecho estatutario) va a prevalecer sobre el Derecho general (CLAVERO ARÉVALO).

2.1.2. *Noción*

Junto a las Administraciones Públicas generales o territoriales tratadas en los temas anteriores existe una multitud de entidades de Derecho Público —las Administraciones Públicas «especializadas», también llamadas Administraciones «institucionales»— creadas por el ordenamiento jurídico de cada nivel territorial para la gestión de una parcela o sector de los intereses públicos de las distintas comunidades políticas, y que están ligadas en mayor o menor medida, en virtud de ciertos mecanismos jurídicos, a las Administraciones Públicas generales.

Dado que el grado de dependencia o vinculación de estas entidades con la Administración pública territorial correspondiente es muy diverso, su principal punto en común, además de la personalidad de Derecho Público, es que mientras las Administraciones Públicas generales actúan bajo un *principio de generalidad* o «universalidad» de fines (NIETO), en cambio, está otras entidades están regidas por un *principio de especialidad*, es decir, se constituyen para el desempeño de una función o de un conjunto de funciones determinadas —p. ej., el INEM para gestionar las prestaciones por desempleo y la intermediación en el mercado de trabajo, el INSS para gestionar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, el antiguo INSALUD para gestionar las prestaciones sanitarias...—, y fuera de estos fines estas Entidades carecen de competencia subjetiva para actuar.

La denominación de las Administraciones especializadas es extraordinariamente variada e influenciada por las modas del momento. Durante una primera época, por influencia francesa, se llamaban «Servicios» —caso del extinto Servicio Nacional del Trigo y ahora del Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA)—, más tarde se empleó profusamente el término «Instituto» y de aquí la terminología de Administración «institucional» —como los ya extintos INI, Instituto de Reforma Agraria, Instituto de Conservación de la Naturaleza (ICGNA), INSALUD o de los aún existentes INSS, INAP, Instituto de Crédito Oficial (ICO), Instituto Nacional del Consumo (INC), Instituto de la Juventud, Instituto de la Mujer, IMSERSO...—. Y, más recientemente, por influencia anglosajona, se han dado en llamar «Agencias» —Agencia Estatal de Gestión Tributaria, Agencia de Protección de Datos, Agencia Española del Medicamento, Agencia Española de Seguridad Alimentaria...—. Ni qué decir tiene que estas denominaciones son, además, equívocas, pues con frecuencia un mismo término, como el de Agencia, puede referir regímenes bien diversos.

FIGURA 2

Clases de administraciones especializadas

GRADO DE AUTONOMÍA	FORMA JURÍDICA		RÉGIMEN JURÍDICO
INSTRUMENTALES	ORGANISMOS PÚBLICOS	ORGANISMOS AUTÓNOMOS	DERECHO ADMINISTRATIVO
		ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES	DERECHO PRIVADO, salvo: formación voluntad de órganos y ejercicio de potestades administrativas
	ENTIDADES ATÍPICAS Y CONSORCIOS		DERECHO ADMINISTRATIVO, con salvedades
INDEPENDIENTES	AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES		DERECHO ADMINISTRATIVO, con salvedades

2.1.3. *Clases de Administraciones especializadas*

Las Administraciones públicas especializadas pueden clasificarse en función de dos criterios, uno formal y otro sustantivo. Desde esta segunda perspectiva, pueden diferenciarse dos tipos de entidades públicas:

— *Administraciones instrumentales*. En estos casos la Entidad mantiene una relación de dependencia con la Administración matriz, configurándose como una simple organización instrumental de ésta. En general, el fundamento de la creación de estas Entidades instrumentales se encuentra en el principio constitucional de eficacia —art. 103.1 CE—, es decir, en el logro de una mayor eficiencia en la gestión administrativa, pues se parte de la premisa según la cual la especialización funcional de la organización permite mejorar la eficiencia en la gestión. Sin embargo, se trata de una premisa que no siempre se ajusta a la realidad, pues, por ejemplo, un grado excesivo de especialización puede redundar en ineficacia —solapamiento de actuaciones, costes excesivos...—. Ello determina el carácter coyuntural de estas entidades, sujetas a frecuentes procesos de fusión y disolución, pues la misma finalidad de eficacia en la gestión pública que justificó la creación de estas Entidades, puede fundamentar su supresión.

Por otra parte, el carácter instrumental de la entidad se manifiesta en una serie de potestades de dirección y control que la Administración matriz ostenta sobre la entidad instrumental, de tal modo que, aunque la existencia de una personalidad jurídica propia y diferenciada impide que se pueda hablar en rigor de una relación jerárquica, sí que existe una innegable subordinación de la entidad instrumental en su relación con la Administración matriz.

— *Administraciones independientes*. Mucho menos numerosas que las anteriores, estas entidades se crean con la finalidad de acentuar no ya el principio de eficacia sino el también principio constitucional de objetividad —art. 103.1 CE—. Para ello, la vinculación de estas entidades con la Administración matriz debe preservar un ámbito de independencia o autonomía funcional, extraordinariamente modulable en cada caso por el legislador.

Desde la perspectiva formal, debe advertirse que no existe un régimen jurídico común para los tres ámbitos territoriales (estatal, autonómico y local). Por ello, cen-

trándonos en el sector público institucional estatal, pueden diferenciarse dos tipos de entidades públicas:

— *Organismos Públicos*. Aun cuando la LRJSP parece utilizar en algún precepto —art. 88— la expresión de *Organismos públicos* como comprensiva de toda entidad creada «bajo la dependencia o vinculación» de la Administración General del Estado, incluyendo entidades tanto en régimen de descentralización funcional como de independencia, lo que permitiría incluir tanto a las Administraciones instrumentales como independientes bajo la forma de organismo público, lo cierto es que la Ley —art. 84.1— reserva esta forma para dos tipos de entidades (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) de carácter instrumental, pues la LRJSP declara que estas entidades *dependen* de la Administración General del Estado —arts. 98.1 y 2 y 103.2—, al tiempo que deja fuera de esta categoría de organismos públicos a las Administraciones independientes —art. 109—. Igualmente, en el ámbito local, se contemplan estos organismos públicos con idéntico carácter instrumental, y a los que se les aplica las reglas previstas para los organismos públicos estatales —art. 85 bis 1 LRBRL—.

— *Entidades atípicas*. Se trata de entidades públicas que no adoptan la forma de organismos públicos. Aquí deben incluirse, por lo anterior, a las autoridades administrativas independientes, pero también a otras Administraciones estatales que, aun desprovistas de un estatuto de independencia, no adoptan la forma de organismo público, como es el caso de las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social (que la Ley General Presupuestaria —art. 2.2—, el TRLCSP —art. 3.1— o la Ley 19/2013 —art. 2.1—, entre otras, configuran como entidades distintas a los organismos públicos), si bien se les aplica en parte el régimen de los organismos autónomos (Disp. Adic. 13.^a LRJSP). Es también el caso de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o de las Autoridades Portuarias, que se rigen por su legislación específica (Disps. Adics. 17.^a y 12.^a LRJSP, respectivamente).

2.2. LOS ORGANISMOS PÚBLICOS

2.2.1. Régimen general

Como se ha señalado, no existe una normativa básica común. El régimen establecido en la LRJSP es aplicable exclusivamente al sector público estatal. Por su parte, la LRBRL contiene normas básicas aplicables a todo el sector público local.

— *Creación*. En el ámbito de la Administración General del Estado, la creación de los organismos públicos es una medida reservada a la Ley. La Ley de creación debe especificar el tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Departamento de dependencia o vinculación, y, en su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de Ley —art. 91.2 LRJSP—. De este modo, la propia LRJSP reconoce la capacidad del legislador fundacional para modular el régimen de cada organismo público. Asimismo, con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo de cada organismo público, deben aprobarse (y publicarse) sus estatutos por Real Decreto del Consejo de Ministros —art. 93.2—. Los estatutos deben desarrollar las previsiones de la Ley fundacional: sus funciones y competencias, con indicación de las potestades administrativas que pueda ostentar; la determinación de su estructura organizati-

va; el patrimonio que se le asigne; el régimen relativo a los recursos humanos, patrimonio y contratación, gestión económico-financiera, entre otros —art. 93.1 LRJSP—.

Por su parte, en el ámbito de las Administraciones Locales, la creación, modificación, refundición y supresión de organismos públicos corresponde al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos, los cuales deben ser publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente —art. 85 bis 3 LRBRL—.

— *Competencias*. Como se ha señalado, los estatutos deben determinar las funciones y competencias del organismo, de modo que los organismos públicos no podrán realizar funciones que no les estén expresamente asignadas. Ahora bien, debe recordarse que la LRJSP —art. 9.1— permite que las diferentes Administraciones Públicas puedan delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquéllas. Asimismo, la LRJSP —art. 11.1— permite que la encomienda de gestión pueda efectuarse no sólo a otro órgano de la misma Administración (posibilidad tratada en otro Tema), sino también a Entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración de que se trate.

— *Potestades*. Dentro de su esfera de competencia, a los organismos públicos les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, si bien es tradicional la exclusión de la potestad expropiatoria. Como novedad, la LRJSP prevé que los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento para cumplir con los fines y el servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio —art. 89.2—, lo cual supone reconocer una potestad reglamentaria de carácter organizativo.

— *Organización*. Los organismos públicos se estructuran en los órganos de gobierno (Presidente y el Consejo Rector), y ejecutivos (con denominaciones diversas, Director, Gerente, directores generales, directores ejecutivos...) que se determinen en su respectivo Estatuto. El estatuto puede, no obstante, prever otros órganos de gobierno con atribuciones distintas —art. 90.1—. Así, es frecuente la creación de un órgano de control (económico-presupuestario) y, en ocasiones, de un órgano participativo con funciones consultivas. En general, como clara manifestación del carácter dependiente de los organismos públicos, el Presidente y demás titulares de los máximos órganos de gobierno son libremente nombrados y separados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de adscripción, y tienen la condición de altos cargos —art. 2 Ley 3/2015—. Además, corresponde al Ministro nombrar y separar a los titulares de los órganos directivos de los Organismos públicos o entidades de derecho público dependientes del mismo, cuando la competencia no esté atribuida al Consejo de Ministros —art. 61.f) LRJSP—. Más aún, en algunos casos se produce el llamado fenómeno de las «uniones personales»: es decir, los altos cargos de la Administración general son «titulares natos» de los órganos de gobierno del organismo público (p. ej., el Presidente de la entidad es un Secretario de Estado del departamento al que está adscrita).

— *Supervisión*. Como clara manifestación del carácter instrumental de los organismos públicos, la LRJSP —arts. 95.2 y 103.2 LRJSP— declara que dependen de la Administración General del Estado a la que corresponde su dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia. En tal sentido, corresponde al departamento del que dependa cada organismo aprobar su *plan anual de actuación* —art. 92.2 LRJSP—. Además, corresponde al Ministro ejercer el con-

rol de eficacia respecto de la actuación de los Organismos públicos dependientes —art. 61.e) LRJSP—, con objeto evaluar el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad específica de la entidad y la adecuada utilización de los recursos, de acuerdo con lo establecido en su plan de actuación —art. 85.2 LRJSP—. Inicialmente, estas funciones de tutela deben situarse en el marco de *directrices generales*, sin descender a actuaciones concretas en relación con supuestos determinados, salvo que la ley establezca lo contrario (STS 25-9-2008, Rec. 368/2006). Por su parte, los organismos públicos locales están sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos —art. 85 bis 1 LRBRL—.

Además de este control de eficacia, la Administración General del Estado se reserva un amplio abanico de controles sobre actos concretos de los organismos públicos. Algunas potestades tiene un carácter previo a la adopción del acto: así, para la aprobación de determinados actos se requiere la autorización o el informe previo de la Administración General del Estado. El problema que presentan estos controles previos sobre actos concretos es que un excesivo número controles contradice la pretendida agilidad o eficacia en la gestión de los servicios públicos que justifica la creación de estas entidades.

En cuanto a los controles a posteriori, siguiendo el criterio de la Ley 6/1997, la LPAC —art. 114.2.d)— establece que en los Organismos Públicos adscritos a la Administración General del Estado ponen fin a la vía administrativa los actos emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus Estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa. De este modo, salvo que la Ley establezca lo contrario, no cabe interponer recurso de alzada ante la Administración General del Estado contra los actos de los órganos superiores de los Organismos Públicos. Por otra parte, siguiendo de nuevo lo previsto en la Ley 6/1997, la LPAC —art. 111.c)— sí que faculta a los órganos de la Administración General del Estado a los que estén adscritos los Organismos Públicos para revisar de oficio los actos dictados por el máximo órgano rector de los Organismos Públicos.

Por último, otra manifestación de la naturaleza instrumental de los organismos públicos estriba en el hecho de que estas entidades no pueden interponer un recurso contencioso-administrativo contra la actividad de la Administración de la que dependen —art. 20.c) LJCA—. Así, en el caso de la Administración General del Estado, las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre aquélla y cualquiera de sus organismos públicos se resolverán por una Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas (Ley 11/2011, de 20 de mayo).

— *Disolución*. Otro signo evidente de subordinación es el reconocimiento al Gobierno de la Administración matriz de la capacidad para extinguir un organismo público. En la actualidad, la LRJSP —art. 96.1— establece que los Organismos públicos estatales deben disolverse en determinados supuestos, en los cuales corresponde al Consejo de Ministros adoptar el acuerdo de disolución: a) por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la ley de creación; b) porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por los servicios de la Administración General del Estado; c) porque sus fines hayan sido totalmente cumplidos, de forma que no se justifique la pervivencia del organismo público, y así se haya puesto de manifiesto en el control de eficacia; d) cuando del seguimiento del plan de actuación resulte el incumplimiento de los fines que justificaron la creación del organismo; e) por encontrarse en situación de desequilibrio financiero durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos.

2.2.2. *Clases de organismos públicos*

Manteniendo el criterio de la Ley 6/1997, la LRJSP —art. 84.1.a)— establece que los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado se clasifican en Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales. Por su parte, en relación con las Administraciones Locales, si bien en la versión original de 1985, la LRBRL se limitó a reconocer la posibilidad de crear «Organismos Autónomos», tras la reforma operada por la Ley 57/2003, se admite también la creación de entidades públicas empresariales locales —art. 85.2— para la gestión de los servicios públicos locales. No obstante, a partir de la reforma operada por la Ley 27/2013, las Entidades Locales no son libres para elegir entre una u otra fórmula, pues el uso de la entidad pública empresarial requiere que quede acreditado que es la fórmula más sostenible y eficiente desde un punto de vista económico (criterio que ha sido ratificado por la STC 41/2016).

— *Organismos Autónomos*. Mientras la Ley 6/1997 encomendaba a los organismos autónomos la realización de «actividades de fomento, prestacionales y de gestión de servicios públicos», la LRJSP —art. 98.1— dispone que los organismos autónomos desarrollan actividades propias de la Administración Pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. Es decir, la LRJSP amplía los cometidos posibles de los organismos autónomos a actividades de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, y que en la Ley 6/1997 estaban reservadas a las Entidades Públicas Empresariales. Por lo demás, los organismos autónomos se rigen por normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación —art. 99 LRJSP—.

— *Entidades Públicas Empresariales*. Al igual que estableciera la Ley 6/1997, la LRJSP declara que las entidades públicas empresariales desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. Ahora bien, y a diferencia de la Ley 6/1997 y de lo previsto ahora para los organismos autónomos, la LRJSP establece que en las entidades públicas empresariales deben financiarse mayoritariamente con ingresos de mercado —arts. 103.1 y 107.3 LRJSP—, y por sólo excepcionalmente podrán proceder sus ingresos de la Administración General —art. 107.2—. De este modo, la diferencia entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales no depende ya de sus actividades (de hecho, ya con la Ley 6/1997 se producía un solapamiento parcial), sino del régimen financiero de la entidad, adecuándose el legislador español a las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 (SEC-95), tal como venía reclamando el Tribunal de Cuentas. Este criterio permite integrar a las entidades públicas empresariales en el sector público empresarial (art. 3.2 Ley General Presupuestaria). El problema es que las ventas reales pueden no alcanzar los objetivos esperados de cubrir el 50 por 100 de los costes de producción, lo que debería llevar a la transformación o disolución de la entidad.

En cuanto a su régimen jurídico, se mantiene el mismo criterio que en la Ley 6/1997, según el cual las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LRJSP, en su Ley de creación y sus estatutos —art. 104 LRJSP—.

Por último, y siguiendo de nuevo el criterio de la Ley 6/1997, la LRJSP —art. 103.2— admite que las entidades públicas empresariales estatales puedan depender, no ya directamente de la Administración General del Estado, sino de un Organismo autónomo dependiente de ésta, al cual corresponderá la dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia. Lo que no se contempla ya es la posibilidad (introducida en la Ley 6/1997 por la Ley 14/2000) de que una entidad pública empresarial pueda dirigir o coordinar a otros entes de la misma naturaleza. En cambio, esta posibilidad sí que se mantiene para las entidades públicas empresariales locales —art. 85 bis 1 LRBRL—.

2.3. LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

2.3.1. *Justificación y clases*

Estas Administraciones aparecen tras la Constitución en ciertos ámbitos particularmente sensibles a la dirección política del Gobierno, si bien pueden diferenciarse dos clases:

— *Administraciones con autonomía constitucionalmente garantizada*. El caso más característico es el de las Universidades públicas, a las cuales la Constitución —art. 27.10— reconoce expresamente su autonomía. También puede ser el caso de RTVE, pues la Constitución —art. 20.3— reconoce un control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado. En estos casos, la propia Constitución exceptúa la reserva al Gobierno de la dirección de la Administración del Estado —art. 97 CE—.

— *Administraciones con autonomía de configuración legal*. Serían el resto de los casos, que la LRJSP agrupa para la noción de *autoridades administrativas independientes* de ámbito estatal, y que define como las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley —art. 109.1—. Dado que la independencia de estas entidades, a diferencia de las anteriores, carece de un explícito fundamento constitucional, su autonomía es de configuración legal y, por ello, encuentra un límite en la garantía constitucional de la responsabilidad del Gobierno en la dirección de la Administración del Estado —art. 97 CE—.

En estos casos la Ley otorga una posición de autonomía con objeto de garantizar la neutralidad u objetividad de la Administración frente al Gobierno por razones diversas: por ejemplo, en el caso del Banco de España para garantizar la independencia de la autoridad monetaria frente a las necesidades coyunturales de la política económica del Gobierno —de acuerdo con las exigencias derivadas de la Unión Europea—, y, de modo similar, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, creada también por exigencias de la Unión Europea para el control del cumplimiento por parte de las Administraciones públicas de las reglas presupuestarias; en el caso de la Agencia Estatal de Protección de Datos, para asegurar el respeto por parte de las Administraciones estatales del derecho constitucional a la protección de los datos personales, o en el caso del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno para garantizar el respeto al derecho de

acceso a la información pública; o, en fin, en el caso de Consejo de Seguridad Nuclear, para garantizar a la opinión pública la seguridad de las instalaciones nucleares.

En el ámbito del Estado, entre estas autoridades independientes destacan los llamados «organismos supervisores», que tienen por objeto velar por el correcto funcionamiento de determinados sectores de la actividad económica. En los últimos lustros ha crecido este tipo de entidades, en ocasiones por exigencias de la normativa comunitaria, en los nuevos mercados que se abrían a la competencia con la finalidad de resolver los conflictos que pudieran surgir entre los diferentes operadores, especialmente en los casos en que era necesario garantizar el libre acceso a infraestructuras esenciales (Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, entre otros). Finalmente, con la finalidad de evitar el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores y optimizar las economías de escala, mediante la Ley 3/2013, de 4 de junio, se ha creado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados hasta entonces por varios organismos.

Aun cuando la presencia de este tipo de entidades es mucho menor en el ámbito autonómico, también existen algunos casos de autoridades independientes: en materia de transparencia pública (Andalucía), protección de datos personales (Cataluña, País Vasco), medios audiovisuales (Andalucía, Cataluña) o defensa de la competencia (Andalucía, Cataluña), lucha contra el fraude (Cataluña), entre otras. Por el contrario, en el ámbito local no existen Administraciones de este tipo, pues todas las entidades públicas locales son de carácter netamente instrumental (ya tratadas más arriba).

2.3.2. *Régimen jurídico de las Administraciones independientes*

El régimen de las Administraciones independientes es casi por completo singularizado, pues es modulado en cada caso por el legislador. En este sentido, en el ámbito de la Administración del Estado, y a diferencia de cómo opera en relación con los organismos públicos, la LRJSP no contiene un régimen común, sino que se limita a declarar que las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en la propia LRJSP para organismos autónomos, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación —art. 110.1—.

Uno de las claves para garantizar un status de autonomía se refiere a la designación y cese de los titulares del órgano de gobierno de la entidad. En algunos casos, esta designación corresponde al Parlamento, incluso mediante mayoría cualificada (como sucede con el Director del Consejo de Transparencia de Andalucía). Pero lo más frecuente es la designación por parte del Gobierno con alguna intervención del Parlamento: bien a título de mera comparecencia de la persona propuesta ante la Comisión permanente correspondiente con carácter previo a su nombramiento, para que se pronuncie sobre su idoneidad (p. ej., Director de la Agencia Española de Protección de Datos), o posibilitando que la Comisión pueda vetar el nombramiento del candidato propuesto (p. ej., Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), e incluso requiriendo que la Comisión parlamentaria deba refrendar el nombramiento del candidato propuesto (p. ej., Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

Asimismo, aunque el nombramiento sea discrecional por el Gobierno, es imprescindible, al menos, limitar la capacidad de destitución del Gobierno, garantizando una inamovilidad temporal, durante un plazo que oscila según los casos —p. ej., durante cuatro años en el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o seis años en el caso del Gobernador del Banco de España, o del Consejo de Seguridad Nuclear—. Durante la vigencia del mandato, el Gobierno únicamente puede separar del cargo a su titular por causa de incumplimiento grave de los deberes de su cargo, previo procedimiento contradictorio y con una motivación suficiente del acto (STSJ de Cataluña de 9-7-2008, Rec. 248/2005). Y, a este respecto, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, de ejercicio del Alto Cargo establece que en los supuestos en que el alto cargo sólo puede ser cesado por determinadas causas tasadas, la falta de honorabilidad sobrevinida será considerada como un incumplimiento grave de sus obligaciones del cargo declarado a través del correspondiente procedimiento» —art. 2.2—.

Por otro lado, también es importante preservar a estas autoridades no sólo del cese sino también de la renovación del mandato, o a la sumo permitir una única reelección. Es decir, la imposibilidad legal de prorrogar discrecionalmente el nombramiento es un indicador que refuerza la autonomía de la Entidad. Así, p. ej., la Ley 3/2013, de 4 de junio, dispone que el mandato de los miembros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será de seis años sin posibilidad de reelección. O, por ej., la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno será nombrado por un período no renovable de cinco años —art. 37—.

En cuanto al ejercicio de sus funciones, es común la regla según la cual los titulares de los órganos de la entidad no podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal).

Respecto a las potestades de las Administraciones independientes, debe señalarse que en los casos de autoridades independientes reguladoras o supervisoras de un mercado o sector es común atribuir a la entidad una verdadera potestad normativa sobre los operadores del sector, que se manifiesta formalmente a través de «instrucciones» y «circulares», cuya vigencia va más allá de la genérica potestad *ad intra* reconocida en la LRJSP —art. 6— a los órganos administrativos para dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente subordinados; caso del Banco de España (STC 135/1992) o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (STC 133/1997), de la ya extinta Comisión Nacional del Mercado Eléctrico (STS 6-5-2004, Rec. 6824/2004), o de la Agencia Española de Protección de Datos (SAN 11 de marzo de 2011, recurso 483/2009)—.

Finalmente, la autonomía de estas entidades frente a la Administración General se manifiesta en la posibilidad interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración Pública correspondiente —art. 20.c) LJCA—.

2.4. LOS CONSORCIOS

2.4.1. *Evolución y definición*

Desde hace décadas en el ámbito local (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955), se ha venido reconociendo a las Entidades Locales en general —no sólo a los Municipios— la capacidad para constituir un tipo de organizaciones públicas, llamadas Consorcios y dotadas de personalidad jurídica propia. Así esta figura ha servido para instrumentar la cooperación voluntaria entre Ayuntamientos y Dipu-

taciones Provinciales, e incluso entre la Administración del Estado o después la Administración autonómica con las Entidades Locales. Así, por ejemplo, existen consorcios para la prestación del servicio municipal de extinción de incendios. Más tarde, la Ley 30/1992 consagró la definitiva «deslocalización» de la figura del consorcio, como simple instrumento anudado a la gestión de un convenio interadministrativo, en el que podrán o no participar entidades locales. En la actualidad, la LRJSP contiene un régimen jurídico básico, que por tanto afecta a todas las Administraciones Públicas.

La LRJSP —art. 118.1— define a los consorcios como entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. Los consorcios puede realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes. Por ello, los consorcios son, principalmente, estructuras organizativas para la cooperación interadministrativa, allí cuando esta cooperación, por su continuidad en el tiempo y su complejidad, requiere de una organización específica. Asimismo, la posibilidad de que en el consorcio participen de entidades privadas estaba ya prevista en la legislación de régimen local, si bien ésta se refería a entidades privadas «sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público», concurrentes con los de las Administraciones públicas —art. 87 LRBRL, derogado sin embargo por la LRJSP—. Criterio que parece seguir la LRJSP al disponer que en el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro —art. 120.3—.

2.4.2. Régimen jurídico de los consorcios

Debido a la brevedad de los textos legales, en el régimen jurídico de los consorcios ha presentado una gran relevancia el Derecho singular, es decir, lo establecido en los Estatutos de cada consorcio (así, STS 3-11-1997, Ar. 7.967). No obstante, tras las últimas reformas legales (Ley 27/2013, Ley 15/2014 y LRJSP), la Ley ha pasado a ordenar, además con carácter básico, importantes aspectos del régimen de estas entidades. En la actualidad, la LRJSP —art. 119.1— establece que los consorcios se regirán por lo establecido en dicha Ley, en la normativa autonómica de desarrollo y sus estatutos. Y sobre los Consorcios locales, las normas básicas de régimen local tendrán carácter supletorio respecto a lo dispuesto en la LRJSP.

— *Creación*. Los consorcios se crearán mediante convenio suscrito por las Administraciones, organismos públicos o entidades participantes. En los consorcios en los que participe la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes se requerirá que su creación se autorice por ley —art. 123 LRJSP—. Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración Pública a la que estará adscrito, objeto, fines y funciones, identificación de participantes en el consorcio, órganos de gobiernos y administración y causas de disolución —art. 124 LRJSP—.

— *Régimen de adscripción*. Siguiendo el criterio ya ordenado por la Ley 27/2013, la LRJSP —art. 120— se preocupa porque cada consorcio esté adscrito a una, y sólo una, de las Administraciones que participan en el mismo. Para ello los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración Pública a la que estará adscrito, de acuerdo con una serie de criterios, ordenados por la Ley por prioridad en su aplica-

ción: a la Administración Pública que disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno; que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos o personal directivo; disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial; financie en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, entre otros.

— *Separación de un consorcio*. Siguiendo la pauta de la Ley 15/2014, la LRJSP —art. 125.1— declara que los miembros de un consorcio tienen el derecho a separarse del mismo en cualquier momento siempre que no se haya señalado término para la duración del consorcio. Cuando el consorcio tenga una duración determinada, cualquiera de sus miembros podrá separarse antes de la finalización del plazo si alguno de los miembros del consorcio hubiera incumplido alguna de sus obligaciones estatutarias y, en particular, aquellas que impidan cumplir con el fin para el que fue creado el consorcio, como es la obligación de realizar aportaciones al fondo patrimonial. El ejercicio del derecho de separación produce la disolución del consorcio salvo que el resto de sus miembros, de conformidad con lo previsto en sus estatutos, acuerden su continuidad y sigan permaneciendo en el consorcio, al menos, dos Administraciones, o dos entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de más de una Administración —art. 126.1—.

— *Disolución del consorcio*. La disolución del consorcio produce su liquidación y extinción. En todo caso será causa de disolución que los fines para los que fue creado el consorcio hayan sido cumplidos —art. 127.1 LRJSP—. En lo no previsto en la Ley, en la normativa autonómica aplicable, ni en sus Estatutos sobre el régimen del derecho de separación, disolución, liquidación y extinción, se estará a lo previsto en el Código Civil sobre la sociedad civil y en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital —art. 119.2 LRJSP—.

3. LAS ENTIDADES JURÍDICO-PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO

3.1. EVOLUCIÓN Y CLASES

3.1.1. *Evolución*

Los Organismos Públicos y demás Entidades de Derecho Público no son las únicas organizaciones instrumentales que utilizan las Administraciones Públicas, pues junto a ellos existen también entes con forma jurídico-privada. Estas entidades privadas creadas por las Administraciones Públicas no son formalmente Administraciones Públicas, puesto que su forma jurídica es de Derecho Privado, si bien su dependencia y control por parte de una Administración determina importantes consecuencias.

De un lado, el ordenamiento administrativo ha permitido tradicionalmente a las Administraciones Públicas, al menos a las generales o territoriales, la posibilidad de crear o participar en *sociedades mercantiles*, dando lugar bien a sociedades de capital social enteramente público, o bien a las llamadas «sociedades de economía mixta», en las cuales existe un accionariado concurrente, público y privado. Estas sociedades mercantiles «en mano pública», esto es de titularidad pública, se han empleado tradicionalmente para el ejercicio de actividades mercantiles o industriales, esto es de oferta de bienes y servicios al mercado. Ahora bien, desde finales del siglo XX se ha venido utilizando también las sociedades mercantiles en mano pública, no ya para actividades propiamente empresariales, sino para la gestión de actividades logísticas de las propias Administraciones Públicas de las que dependen —básicamente la ges-

ción de su patrimonio y de inversiones en obras públicas e infraestructuras—, objeto éste que suscita mayores problemas jurídicos.

De otro lado, el legislador desde 1994 ha reconocido expresamente a las Administraciones Públicas la posibilidad de constituir fundaciones, esto es personas jurídico-privadas, para «fines de interés general» —art. 34 CE—, posibilidad de la que se viene haciendo uso en el ámbito de determinados servicios públicos, como la educación —caso de las Fundaciones Universidad-Empresa creadas por las Universidades públicas—, la sanidad —caso de las Fundaciones hospitalarias— o los servicios sociales. Esta posibilidad ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, si bien precisa el alto tribunal que no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE, sino el de la potestad de auto-organización que corresponde a las Administraciones territoriales, presentando, por tanto, estas fundaciones un carácter instrumental (STC 120/2011).

3.1.2. *Clases: sociedades mercantiles y fundaciones del sector público*

Sorprendentemente, la LRJSP no establece una noción básica de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, sino que al igual que la Ley 6/1997 se limita a definir las sociedades mercantiles del sector público estatal. En concreto, y siguiendo el criterio de normas anteriores (Ley 47/2003 General Presupuestaria —art. 2.1—; de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas —art. 166.1—, y Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público —art. 3.1—), la LRJSP —art. 111.1— entiende por «sociedades mercantiles estatales» aquellas en las que la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o de alguna de las entidades que, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales (participación indirecta), sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. Se trata, pues, de una noción exclusivamente patrimonialista.

Con todo, debe señalarse que, a efectos de transparencia de las relaciones financieras, prima un concepto no ya patrimonialista, sino cualitativo de *empresa pública*, entendida como aquella en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante «en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen» (Ley estatal 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, que es trasposición de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006). De este modo, sociedades participadas minoritariamente en términos de propiedad por una Administración, pero en las que puede afirmarse sin lugar a equívocos que esta ejerce una posición de predominio por su participación financiera, caen bajo la órbita del nuevo concepto de empresa pública que se maneja a efectos de las relaciones de transparencia.

De otro lado, el hecho de que el capital social de la sociedad mercantil sea íntegra o mayoritariamente público comporta algunas diferencias. Así, en el ámbito local se viene entendiendo que si el capital social de la sociedad es exclusivamente público, se trataría de una forma de gestión directa del servicio público, y en otro caso sería una forma de gestión indirecta, sujeta a la Ley de Contratos del Sector Público —art. 85.2 LRBRL—. Y, en coherencia, sólo las sociedades cuyo capital sea de titularidad pública en su totalidad pueden ser consideradas medios propios y servicios técnicos del sector público —art. 24.6 TRLCSP—.

Por su parte, son fundaciones del sector público estatal aquellas que reúnan alguno de los requisitos siguientes —art. 128.1 LRJSP—:

a) Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

b) Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente.

c) La mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal. Este supuesto no estaba previsto Ley 50/2002 de Fundaciones —art. 44—, y a diferencia de lo sucede con las sociedades mercantiles supone seguir un criterio no exclusivamente patrimonialista, que ya había sido asumido en la legislación de algunas Comunidades Autónomas (como Andalucía). No obstante, para el ámbito local, este apartado no se contempla en la LRBRL —art. 103 bis, introducido por la Ley 27/2013—.

3.2. RÉGIMEN JURÍDICO

3.2.1. Creación

En el sector público estatal, la creación de una sociedad mercantil estatal o la adquisición de este carácter de forma sobrevenida debe ser autorizada mediante acuerdo del Consejo de Ministros, acuerdo que debe ser acompañado de una propuesta de estatutos —art. 114.1 LRJSP—. En cambio, para la creación de las fundaciones del sector público estatal o la adquisición de este carácter de forma sobrevenida se requiere una ley que establecerá los fines de la fundación, si bien los Estatutos deben ser aprobados por Real Decreto de Consejo de Ministros —art. 133.3 LRJSP—. En el caso de las fundaciones del sector público estatal, los Estatutos deben determinar la Administración pública a la que estará adscrita la entidad, de acuerdo con los criterios definidos en la Ley, y similares a los previstos para los consorcios —art. 129 LRJSP—.

Por su parte, en el ámbito local, la creación de una sociedad mercantil es competencia del Pleno —arts. 22.2.f) y 123.1.k) LRBRL—, previo expediente que acredite la oportunidad y conveniencia de la medida (STS 1-2-2002, Ar. 1590). Asimismo, tras la reforma de la LRBRL operada por la Ley 27/2013 —art. 85.2—, se establece que las Entidades Locales solo podrán crear sociedades mercantiles locales de capital social exclusivamente público cuando quede acreditado, mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes que la gestión directa de la actividad por la propia Entidad Local o mediante un organismo autónomo (criterio avalado por la STC 41/2016). De otro lado, la Ley 27/2013 (Disp. Adic. 9.^a) prohíbe taxativamente la creación de (nuevos) entes instrumentales de segundo grado con independencia de la situación económica deficitaria o no del ente instrumental matriz o de primer grado (MONTROYA).

3.2.2. Objeto

En general, las sociedades mercantiles en mano pública pueden tener dos grandes fines: la gestión de un servicio público o el ejercicio de la iniciativa pública para él

desarrollo de actividades económicas —arts. 85.2 y 86 LRJSP—, esto es de oferta de bienes y servicios. Por su parte, son actividades propias de las fundaciones del sector público estatal las realizadas, sin ánimo de lucro, para el cumplimiento de fines de interés general, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o mediante contraprestación. Además, las fundaciones del sector público únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa —art. 128.2 LRJSP—.

Ahora bien, la Ley 6/1997 explicitó que las sociedades mercantiles estatales en ningún caso podrán disponer de facultades que implicaran el ejercicio de autoridad pública, regla que también incorporó la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones —art. 46.1— para las fundaciones del sector público estatal. No se trataba, por tanto, de reglas básicas, sino aplicables exclusivamente al sector público estatal, si bien fueron adoptadas por diversas Comunidades Autónomas. Asimismo, un precepto similar existía, ahora sí con carácter básico, en el ámbito local (art. 85 LRBRL tras la reforma de la Ley 57/2003).

Sin embargo, ya la reforma de la LRBRL operada por la Ley 27/2013 suprimió el mencionado límite en el ámbito local. Y, sobre todo, la LRJSP —art. 113— se ha separado expresamente del criterio al prever que las sociedades mercantiles estatales «En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que *excepcionalmente* la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas». Por su parte, la LRJSP —art. 128.2— mantiene el criterio de la Ley 50/2002, según el cual las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas.

3.2.3. *Relaciones entre la Administración General y la entidad*

Las relaciones que conexionan estos entes instrumentales con la Administración de la que dependen son de carácter público (STC 14/1986). En relación con las sociedades mercantiles estatales, el Ministerio de tutela ejercerá el control funcional y de eficacia, sobre la base del plan de actuación anual —art. 114.1 LRJSP—, e instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas —art. 177 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas—. En casos excepcionales, debidamente justificados, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución —arts. 116.4 LRJSP y 178 Ley 33/2003—.

Por su parte, el Protectorado de las fundaciones del sector público será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia, que velará por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa sobre fundaciones, sin perjuicio del control de eficacia y la supervisión continua al que están sometidas estas entidades —art. 134 LRJSP y art. 34.2 Ley 50/2002 de Fundaciones—.

3.2.4. *Actuación*

Inicialmente, tanto las sociedades mercantiles como las fundaciones del sector público se rigen en su actividad con terceros por el ordenamiento jurídico privado

—arts. 113 y 130 LRJSP, art. 166.2 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y art. 85 ter LRBRL—, y, de hecho, esta es la finalidad principal de su creación. No obstante, debe recordarse el supuesto excepcional antes indicado de ejercicio de potestades públicas, en cuyo caso las entidades, aun siendo de carácter privado, como es lógico, sujetas a las normas de Derecho público —art. 2.2.b) LRJSP y art. 2.2.b) LPAC—.

Además, la jurisprudencia ha considerado que en los casos de sociedades mercantiles de capital exclusivamente público pueden existir situaciones en las que, a pesar de la anterior declaración de exclusiva sujeción al ordenamiento privado, sean consideradas «poder público» y, en consecuencia, se apliquen las reglas propias del Derecho Público con objeto de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales (SSTS 30-11-2001, recurso 8032/1997; 28-10-2002, recurso casación 11860/1998; STS 15-6-2009, recurso 9584/2003, todas ellas recaídas en vulneraciones del art. 23.2 CE).

Asimismo, las sociedades mercantiles y fundaciones integrantes del sector público institucional están sujetas en determinados aspectos a normas de Derecho Público, debido a justamente a su pertenencia al sector público. De entrada, estas entidades están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión —art. 81.1 LRJSP—, así como demás principios generales que rigen la actuación de las Administraciones públicas —arts. 2.2.b) y 3 LRJSP—. Además, pueden destacarse otros aspectos de Derecho público:

— *Presupuesto y gasto público*. Este es el ámbito que desde un inicio ha venido alcanzado a las entidades jurídico-privadas pertenecientes al sector público, debido a un doble fundamento expreso en la Constitución. Así, la norma fundamental —art. 134.2— establece que los Presupuestos Generales del Estado incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal, por lo que estas entidades han estado sujetas a la Ley General Presupuestaria —en la actualidad, arts. 117.1, 130 y 132.1 LRJSP—. Asimismo, dado que también la propia Constitución —art. 136.1— declara que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado «así como del sector público», la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas —art. 4.1—, incluye en el mismo a las sociedades estatales y demás empresas públicas, y disposiciones similares existen en el ámbito autonómico allí donde existe un órgano propio comisionado por el Parlamento de fiscalización del gasto público.

— *Titulares de órganos de gobierno*. En el sector público estatal, de acuerdo con la Ley 3/2015, de 30 marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado —art. 1.2—, tienen la condición de altos cargos, y por ello están sujetos a sus disposiciones, los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados de entidades tanto del sector público tanto fundacional como empresarial, que tengan la condición de máximos responsables de las entidades y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno (y en el mismo sentido se expresaban las Leyes precedentes de 1983, 1995 y 2006). Y disposiciones similares se establecen en la legislación autonómica. Asimismo, todos los altos cargos o asimilados, del sector público estatal, autonómico y local, están, además, sometidos a las normas básicas sobre Buen Gobierno contenidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno —art. 25—.

— *Personal*. Aun cuando el personal (necesariamente laboral) que presta servicios en estas entidades, al no ser Administraciones públicas, no tiene la condición de em-

pleado público, y por ello se rige por el Derecho laboral, sí está sujeto a determinadas reglas de Derecho público. Así, estas entidades están sujetas a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales, que puede imponer límites y restricciones a las retribuciones —arts. 81.1 y 117.4 LRJSP—. Asimismo, la selección de este personal debe respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y en el desempeño de sus funciones este personal está sujeto a los principios éticos y de conducta propios de los empleados públicos (Disp. Adic. 1.ª TREBEP, art. 47.4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), así como es de aplicación su régimen de incompatibilidades —Ley 53/1984 de Incompatibilidades—.

— *Contratación pública*. De entrada, todas las entidades jurídico-privadas integrantes del sector público están sujetas a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación que informan la legislación de contratación pública —art. 192.1 TRLCSP y art. 46 Ley 50/2002 de Fundaciones—. Pero, además, y como se tendrá ocasión de estudiar en el Tema dedicado a la contratación pública, las entidades que cumplan determinados requisitos definidos en la Ley de Contratos del Sector Público, e impuestos por el Derecho Comunitario, adquieren la condición de «poder adjudicador», y por ello se someten a dicha ley.

— *Transparencia*. Todas las entidades jurídico-privadas integrantes del sector público están sujetas a las reglas de transparencia pública ordenadas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno —art. 2.1—, así como, en su caso, en las leyes autonómicas de la materia, con la particularidad de que el control sobre los actos de estas entidades en este ámbito corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa —art. 23.1 Ley 19/2013—. Además, cuando cumplen determinados requisitos, similares a los establecidos en el TRLCSP para la noción de poder adjudicador, las entidades del sector público están sujetas a la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público —art. 2—.

— *Responsabilidad patrimonial*. De acuerdo con la LRJSP —art. 81.3— estas entidades están sujetas al sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas (Capítulo IV de la LRJSP). En tal sentido, desde determinadas instancias se había defendido que la sujeción de un ente que presta el servicio a criterios empresariales y a esquemas iusprivatistas en aspectos organizativos y de gestión no releva de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 106.2 de la Constitución, es decir, el régimen de responsabilidad de Derecho Público.

4. LA LLAMADA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

4.1. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO: CONCEPTO Y CLASES

Las llamadas *Corporaciones de Derecho Público* son organizaciones a caballo entre las Administraciones públicas y los administrados, pues se trata de organizaciones de base privada, esto es integradas por particulares (como una asociación privada), pero de creación legal (no por la exclusiva voluntad de sus promotores), y a las cuales la Ley asigna una serie de cometidos de interés público, para cuya consecución atribuye determinadas potestades públicas. En puridad, estas Corporaciones no «son» Administraciones Públicas, sino más bien «agentes colaboradores de la Administración», y, por ello, a diferencia de ésta, su sometimiento al Derecho Administrativo no

alcanza la totalidad de su actividad, sino tan sólo a aquella faceta de ejercicio de funciones públicas —ya sea por mandato legal o delegación de una Administración— en la que estas organizaciones actúan «en lugar de una Administración», pues de lo contrario quebraría la finalidad de un tratamiento común a los administrados exigida por la Constitución (REBOLLO PUIG), y en este sentido parece inclinarse la jurisprudencia (STS de 3 de junio de 2011, recurso 833/2009).

Así, la LPAC —art. 2.4— dispone que las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la propia LPAC. Y, en consecuencia, la LJCA —art. 2.c)— dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público, «adoptados en el ejercicio de funciones públicas» (así art. 8.1 Ley de Colegios Profesionales).

Asimismo, existen dos grandes tipos de organizaciones sociales de carácter corporativo: de un lado, las constituidas para la defensa de un interés económico, a las que se refiere el art. 52 de la Constitución —caso de las Cámaras de Comercio o de las Comunidades de Regantes de la Ley de Aguas—, y, de otro lado, las constituidas a partir del ejercicio de una profesión —caso de los Colegios Profesionales recogidos en el art. 36 de la Constitución—.

Con todo, no existe una ordenación común a todas estas organizaciones, sino que la ordenación legal se fragmenta en las diversas categorías de entidades. Nos referimos brevemente a continuación a las dos categorías más significativas.

4.2. LOS COLEGIOS PROFESIONALES

4.2.1. Ordenación

La Constitución —art. 36— ordena que ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. De este modo, la ley fundamental asocia la figura del Colegio Profesional a la ordenación de las profesionales tituladas, y, de hecho, ha sido tradicional la conexión entre titulación universitaria, profesión titulada y colegiada. De otro lado, de acuerdo con la doctrina constitucional, corresponde al Estado dictar la legislación básica sobre Colegios Profesionales *ex* art. 149.1.18 CE en tanto en cuanto estas Corporaciones de Derecho Público participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas. Además, la mayor parte de los Estatutos de Autonomía atribuyen a su respectiva Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de colegios profesionales (p. ej., arts. 79.3 EA Andalucía, y 125 EA Cataluña).

En la actualidad, la ordenación de los Colegios Profesionales es harto compleja. Debe diferenciarse entre una ordenación general y otra especial. La ordenación general está contenida en una Ley estatal básica preconstitucional, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (que experimentó importantes reformas por Ley 7/1997 y 25/2009). Además, casi todas las Comunidades Autónomas cuentan con una ley propia general sobre Colegios Profesionales (véase anexo al Tema). Por su parte, cada categoría de colegio profesional (abogados, arquitectos, médicos...) cuenta con su propia legislación especial, presidida por la Ley (estatal o autonómica, según los casos) de creación del colegio. Y cada Colegio Profesional singularmente considerado cuenta con sus propios Estatutos particulares, que corresponde aprobar

al órgano de Gobierno de cada Comunidad Autónoma (en función de control de legalidad). Y, por último, corresponde al Gobierno aprobar, mediante Real Decreto, los Estatutos Generales del Consejo General —art. 6.2 Ley 2/1974—.

4.2.2. *Funciones y actividades*

Entre las funciones públicas que la Ley asigna a los Colegios Profesionales, destacan las siguientes —art. 5 Ley 2/1974—: *a)* Ordenación del ejercicio de la profesión. Así corresponde a los colegios aprobar las normas deontológicas que deben regir el desempeño profesional, de acuerdo con los principios de ética y dignidad profesional y respeto debido a los derechos de los particulares. Aquí, se incluye también el ejercicio de la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial. *b)* Representación institucional del colectivo profesional, que será exclusiva cuando se trata de una profesión sujeta a colegiación obligatoria. En tal sentido corresponde a los Colegios ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales, así como participación en órganos y procedimientos públicos (como los referentes a la elaboración de disposiciones generales, títulos académicos que afecten a la profesión). *c)* Defensa de los intereses profesionales de los colegiados, en particular frente al intrusismo profesional. *d)* Además, la reforma de la Ley 25/2009 añadió la función de protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, protección que no puede sino ser frente a la actuación de los propios colegiados, justamente en el sentido opuesto a la que ha sido la tradición secular de las instituciones colegiales. Asimismo, a los Colegios de profesiones «técnicas» les corresponde realizar el «visado» de los trabajos profesionales cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, por considerarlo el medio de control más proporcionado —art. 13—.

Por lo demás, los Colegios realizan otras actividades de carácter privado, como la prestación de servicios de interés para los colegiados, de carácter formativo, cultural, asistencial y de previsión, así como de mediación y arbitraje, entre otros.

4.2.3. *Creación*

A diferencia de las organizaciones privadas, los Colegios Profesionales, deben crearse por Ley, a petición de los profesionales interesados —art. 4.1 Ley 2/1974—. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional, no existe un derecho de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen una Corporación de Derecho Público (STC 194/1998). Asimismo, según algunas leyes autonómicas sólo se podrán crear nuevos colegios profesionales respecto de aquellas profesiones que tengan titulación universitaria oficial.

Más aún, ni siquiera el legislador dispone de plena libertad para crear y configurar una Corporación de Derecho Público. Así, en relación con los Colegios Profesionales, el legislador, «al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22 CE), como el libre ejercicio profesional y de oficio (art. 35 CE) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un colegio profesional haya de tener en cuenta que al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales

mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de un interés público» (SSTC 89/1989, 35/1993, 74/1994, 76/2003). Y, en todo caso «la calificación de una profesión como colegiada, con la consecuente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son *destinatarios* de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser revisados por el Tribunal Constitucional (STC 194/1998).

4.2.4. *Colegiación y ejercicio profesional*

Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda, de tal modo que el acceso (y ejercicio) a profesiones colegiadas se rige por el principio de igualdad de trato y no discriminación. Además, según doctrina constitucional (STC 3/2013), sólo por ley estatal puede declararse la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de una profesión —art. 3.2 Ley 2/1974—, obligatoriedad que únicamente se justifica para garantizar los intereses de los destinatarios (no de los colegiados). De este modo, existen colegios oficiales cuya colegiación es voluntaria (caso de colegios de periodistas creados en algunas CCAA).

Asimismo, en caso de ser obligatoria la colegiación, ésta es única en todo el territorio estatal, de tal modo que cuando una profesión se organice por colegios territoriales, basta la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. Más aún, los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna —art. 3.3 Ley 2/1974—.

Por lo demás, el ejercicio de las profesiones colegiadas se realiza en régimen de libre competencia y está sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal —art. 2.1 Ley 2/1974—, lo que comporta la prohibición de fijar honorarios, ni siquiera orientativos (lo cual constituía una facultad tradicional de los Colegios).

4.2.5. *Organización*

El ámbito territorial de los colegios es muy diverso: provincial, autonómico, nacional e, incluso, *ad hoc*. No obstante, dentro del ámbito territorial que tenga señalado cada Colegio no puede constituirse otro de la misma profesión. Asimismo, cuando estén constituidos varios Colegios de la misma profesión de ámbito inferior al nacional existirá un Consejo General, el cual constituye también una Corporación de Derecho Público, con funciones de representación ante la AGE, además de aprobar los Estatutos Generales de los Colegios de una misma profesión —art. 4.4 Ley 2/1974—.

De otro lado, la propia Constitución —art. 36— exige que la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos. En tal sentido, se establece que las elecciones para la designación de las Juntas Directivas o de Gobierno u otros Organos análogos se ajustarán al principio de libre e igual participación de los colegia-

dos, sin perjuicio de que los Estatutos puedan establecer hasta doble valoración del voto de los ejercientes, respecto de los no ejercientes —art. 7.3 Ley 2/1974—.

4.3. LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación surgieron en España a finales del siglo XIX como forma de representar los intereses generales de las empresas. Durante un siglo, desde 1911 a 2010, el modelo cameral se ha basado en la obligada adscripción de las personas que ejerzan actividades empresariales y en la obligatoriedad en el pago de cuotas (el llamado «recurso cameral permanente»). En la actualidad, el régimen de estas Corporaciones está presidido por la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, desarrollada por legislación de las Comunidades Autónomas (véase Anexo).

La Ley 4/2014 mantiene la naturaleza como corporaciones de derecho público de las Cámaras Oficiales, para lo cual les asigna un conjunto de funciones públicas, calificadas expresamente de carácter público-administrativo, y que el legislador básico considera de relevancia constitucional: representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, y no de un determinado sector, asociación o colectivo de empresas, o los intereses peculiares de sus socios; colaborar con las Administraciones mediante la realización de actuaciones materiales para la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y verificación de establecimientos mercantiles e industriales; actuar como órgano de asesoramiento de las Administraciones públicas; participar con éstas en la organización de la formación práctica en los centros de trabajo incluida en las enseñanzas de Formación Profesional; gestionar un censo público de todas las empresas, así como de sus establecimientos, delegaciones y agencias radicados en su demarcación; recopilar las costumbres y usos mercantiles, así como las prácticas y usos de los negocios, entre otras. Además, las Cámaras de Comercio pueden llevar a cabo otras actividades, que tendrán carácter privado y se prestarán en régimen de libre competencia, que contribuyan a la defensa, apoyo o fomento del comercio, la industria, los servicios y la navegación, tales como actividades de formación, mediación y arbitraje, entre otras —art. 5 Ley 4/2014—.

Para garantizar el cumplimiento de estas funciones públicas, la Ley 4/2014 establece un sistema de adscripción universal a las Cámaras Oficiales, conforme al cual todas las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales, de servicios o navieras en territorio nacional (excluidas las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras de carácter primario) formarán parte de las Cámaras Oficiales de Comercio dentro de cuya circunscripción tengan establecimientos, delegaciones o agencias —art. 7—. No obstante, de esta pertenencia o adscripción no se deriva obligación económica alguna, pues se establece un sistema de ingresos basado, fundamentalmente, en los servicios que presten las Cámaras y en aportaciones voluntarias de empresas o entidades.

Por lo demás, la Ley 4/2014 asigna a la Administración, estatal o autonómica según los casos, un conjunto de funciones de tutela, que comprende el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión y disolución de la actividad de los órganos de gobierno de las Cámaras —art. 34—.

ANEXO 1. LEYES AUTONÓMICAS GENERALES SOBRE COLEGIOS PROFESIONALES

Ley 10/1990, 23 mayo, de Colegios Profesionales de Canarias.

Ley 6/1995, 29 diciembre, de Consejos Andaluces de Colegios Profesionales.

Ley 8/1997, 8 julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León.

Ley 19/1997, 11 julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid.

Ley 18/1997, de 21 de noviembre, que regula el ejercicio de las profesiones tituladas y de Colegios y Consejos profesionales del País Vasco.

Ley 6/1997, de 4 de diciembre, de Consejos y Colegios Profesionales de la Comunidad Valenciana.

Ley 2/1998, de 12 de marzo, de Colegios Profesionales de Aragón.

Ley Foral de Navarra 3/1998, de 6 de abril, de Colegios Profesionales de Navarra.

Ley 10/1998, de 14 de diciembre, de Colegios Profesionales de las Islas Baleares.

Ley 4/1999, de 31 de marzo, de Colegios Profesionales de La Rioja.

Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia.

Ley 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria.

Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Galicia.

Ley 11/2002, de 12 de diciembre, de Colegios y de Consejos de Colegios Profesionales de Extremadura.

Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía.

Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales de Cataluña.

ANEXO 2. LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO DE LA LEY 4/2014, DE 1 DE ABRIL, BÁSICA DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO

Ley 2/2014, de 16 de diciembre, por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid.

Ley 8/2015, de 20 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Asturias.

Ley 3/2015, de 23 de marzo, de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de La Rioja.

Ley 3/2015, de 25 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Aragón.

Ley 12/2015, de 30 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de la Región de Murcia.

Ley 3/2015, de 2 de abril, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de la Comunitat Valenciana.

Ley Foral 17/2015, de 10 de abril, de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Navarra.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BOTO ÁLVAREZ, A.: *El enigma de la descentralización funcional. La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española*, Erasmus, Barcelona, 2013.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T.: *Fundaciones y Administración Pública*, Barcelona, 2009.
- CRUZ ALLI TURRILLAS, J.: *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Madrid, 2010.
- FANLO LORAS, A.: *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales. La Administración Corporativa en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.
- GARCÍA LLOVET, E.: «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *RAP*, n.º 131 (1993), pp. 61-118.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.: *Los organismos autónomos en el Derecho Público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987.
- MAGIDE HERRERO, M.: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.
- MARTÍN-CARO GARCÍA, F.: *Las Agencias Estatales*, Madrid, 2007.
- NAVAJAS REBOLLAR, M.: *La nueva Administración instrumental*, Madrid, 2000.
- POMED SÁNCHEZ, L. A.: «Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes», *RAP*, n.º 132 (1993), pp. 117 ss.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M.^a: *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.
- SALOM PARETS, A.: *Los Colegios Profesionales*, Barcelona, 2007.
- SOCIAS CAMACHO, J. M.: *Fundaciones del Sector Público. En Especial, el ámbito Sanitario*, Madrid, 2006.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Madrid, 1999.
- VVAA (coord. PÉREZ MORENO, A.): *La Administración instrumental*, 2 vols., Civitas, Madrid, 1994.
- *La Administración instrumental, VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005.
- (dir.: L. MARTÍN-RETORILLO): *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996.

TEMA 10

EL EMPLEO PÚBLICO

1. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL EMPLEO PÚBLICO

1.1. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

Tradicionalmente, al englobarse el régimen de los funcionarios en el ámbito de lo organizativo o doméstico, ha sido muy extendida en la doctrina y jurisprudencia la idea de admitir una potestad reglamentaria independiente en esta materia (la consideración de los Reglamentos funcionariales como reglamentos meramente «administrativos»). Por el contrario, la Constitución —art. 103.3— establece una inequívoca *reserva de Ley* en esta materia: «La ley regulará *el estatuto de los funcionarios públicos*, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». El fundamento material de esta reserva de Ley, es decir, de la opción constitucional de que sea el legislador y no la Administración unilateralmente (o de acuerdo con el colectivo) quien que defina el Estatuto funcionarial, radica en el hecho de que en esta materia hay un claro interés general que trasciende de los sujetos de la relación, y que afecta al conjunto de los ciudadanos.

En cuanto al contenido de dicho Estatuto, el Tribunal Constitucional reconoce que el Estatuto es «un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta pueden darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas». «Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el Estatuto funcionarial, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda» (STC 99/1987). Y, en todo caso, el ámbito de la reserva de ley contenida en el art. 103.3 es más amplio que el del título estatal derivado del art. 149.1.18 CE, de tal modo que dicha reserva de ley vincula tanto al legislador estatal como al legislador autonómico (MARTÍNEZ DE PISÓN).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional se cuida de admitir la potestad reglamentaria en esta materia, «pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al Reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y completar una previa determinación legislativa» (STC 99/1987).

1.2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

La Constitución —art. 149.1.18— reserva al Estado la competencia relativa a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y *del régimen estatutario de sus funcionarios* que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas». Por su parte, la totalidad de los Estatutos de Autonomía asumieron la competencia legislativa para regular el «régimen estatutario de sus funcionarios». De este modo, la competencia en esta materia se reparte de acuerdo con el conocido binomio bases estatales-legislación de desarrollo y ejecución autonómicas. Así, la Constitución articula un reparto competencial diverso al resultante de la legislación laboral, que se reserva en bloque al Estado —art. 149.1.7 CE—. Esta diferencia obedece a la estrecha conexión existente entre el régimen jurídico de los funcionarios —como subsistema— y la estructura organizativa y, en general, el régimen jurídico de la Administración de que se trate —como sistema en el que se encuadra aquél—, y de aquí el mayor margen competencial normativo de las Comunidades Autónomas en materia de función pública. Y, al mismo tiempo, que se reconozca a las Comunidades la competencia para adaptar la relación de puestos de trabajo de su propio personal laboral a las necesidades derivadas de la organización administrativa (art. 136 EA Cataluña y art. 76.2 EA Andalucía).

Ahora bien, la principal cuestión que se ha planteado en esta materia ha sido la de determinar cuál debe ser el alcance del título estatal para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios. Y, en concreto, se ha discutido si las Comunidades Autónomas pueden establecer un «modelo» propio de función pública distinto al de la Administración del Estado. A este respecto, y de acuerdo con la doctrina constitucional relativa a las competencias estatales de carácter básico, éstas no autorizan a una uniformidad, sino que deben permitir un cierto espacio para un desarrollo legislativo propio por parte de las Comunidades Autónomas, en atención a sus propias políticas de personal y peculiaridades organizativas, por lo que el Estatuto de la función pública reclamado por la Constitución no equivale a un único y específico modelo de función pública. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (STC 54/1982) tiene señalado que la ordenación de los funcionarios en «cuerpos» no es un principio organizativo básico que se imponga a todas las Administraciones. Eso sí, el Estado deberá garantizar la efectividad de los principios constitucionales y, en particular de los principios de capacidad y mérito en materia de selección (y de carrera profesional) y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas —art. 103.3 CE—.

Por otro lado, debe señalarse que el Tribunal Constitucional (SSTC 99/1987, 214/1989, 37/2002) entiende que las Comunidades Autónomas con competencias sobre régimen local —hoy en día todas— están habilitadas para regular, dentro del régimen básico estatal, no sólo el régimen de su propia función pública, sino también el de la función pública local de su territorio, con respeto al principio de autonomía local —así, art. 136 EA Cataluña y art. 76.2 EA Andalucía—, cautela recogida también en el TREBEP —art. 3.1—.

En relación con el régimen del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, generalmente, se considera que el título competencial procedente no es el art. 149.1.18.º CE (que se refiere a la «función pública»), sino el art. 149.1.7.º CE, el cual reserva en bloque la *legislación laboral* al Estado —art. 149.1.7 CE—, de modo que las competencias autonómicas son de carácter meramente ejecutivo. Así, incluso los nuevos Estatutos de Autonomía, en materia de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas de la Comunidad, únicamente reservan a la Comunidad Autónoma la competencia «para la adaptación de la relación de puestos de

trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de éste personal» —art. 136.c) EA Cataluña y art. 76.2 EA Andalucía—. No obstante, la capacidad normativa que formalmente se les niega a las Comunidades Autónomas en relación con el personal laboral (en su calidad de poder público), se les reconoce para negociar (en su calidad de empleadores) normas convencionales, como son los convenios colectivos, únicamente sujetos a las reglas generales y abstractas del Estatuto de los Trabajadores.

1.3. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

1.3.1. *La situación legal previa al TREBEP*

Al inicio del régimen constitucional, las Cortes Generales aprobaron la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de Medidas para la Reforma de la Función Pública* (LMRFP), la cual declaró como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos una parte importante de la misma —art. 1.3—. Ahora bien, como indica su propia denominación, la Ley 30/1984 no fue una Ley de ordenación global del Estatuto de los funcionarios, sino que constituyó más bien un conjunto de modificaciones singulares, de ahí que dicha Ley no derogara totalmente la anterior (y ya vetusta) Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado (Decreto 315/1964), que permaneció parcialmente en vigor. Pero como quiera que las disposiciones de la LMRFP afectaron a aspectos centrales del sistema funcional existente, el resultado era un confuso conjunto normativo de cabecera.

1.3.2. *El objeto del TREBEP: funcionarios y laborales*

Tras varios intentos frustrados en legislaturas anteriores, y una nueva doctrina constitucional (SSTC 37/2002, 1/2003) según la cual la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado de 1964 ya había agotado su capacidad para inferir normas básicas, de modo que éstas se reducían a la parcial (por incompleta) LMRFP, las Cortes Generales aprobaron la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y que tras experimentar múltiples modificaciones puntuales, fue objeto del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP).

A diferencia de las Leyes de 1964 y 1984, el TREBEP no es una Ley exclusivamente para los funcionarios públicos, sino que se declara de aplicación al personal funcionario y «en lo que proceda» al personal laboral al servicio de las todas las Administraciones Públicas, y de aquí su denominación amplia de Estatuto Básico del Empleado Público. El Estatuto trata, así, de sintetizar aquello que diferencia a quienes trabajan en el *sector público administrativo*, sea cual sea su vínculo legal, de quienes lo hacen en el sector privado.

Ciertamente, el TREBEP introduce una serie de reglas referidas genéricamente a los «empleados públicos» (p. ej., arts. 14, 20.2, 51, 52, 93). En cambio, en otros casos, el TREBEP establece reglas diferenciadas para funcionarios y laborales, como sucede en materia de selección (cuando en esta fase en propiedad no hay ni funcionarios ni laborales sino ciudadanos candidatos). Pero, sobre todo, el modo de proceder más frecuente del TREBEP consiste en ordenar el régimen de los funcionarios, para después añadir a continuación un artículo referido al personal laboral en el que sim-

plemente se contiene una remisión en blanco a la legislación laboral —arts. 32, 77, 83, 92, entre otros—. En definitiva, en función de su ámbito objetivo, en el TREBEP hay tres tipos de preceptos: *a)* preceptos que se aplican a todos los empleados públicos (funcionarios y laborales), *b)* preceptos que se aplican sólo a los funcionarios (y, en casos importantes, exclusivamente a los funcionarios de carrera, no a los interinos), y *c)* preceptos que se aplican sólo a los laborales, y que son minoritarios, lo cual no deja de ser paradójico (pues se supone que la competencia estatal sobre los laborales es exclusiva no limitada a lo básico).

1.3.3. *El TREBEP como norma básica y las leyes de desarrollo del TREBEP*

A diferencia de la LMRFP de 1984, el TREBEP se configura exclusivamente como Ley básica común a los empleados públicos, sin contener preceptos referentes a los funcionarios de la Administración del Estado. El TREBEP realiza una comprensión de las bases estatales muy estricta. Así, según la exposición de motivos: «el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su *propia política de personal*, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas».

Además de la menor extensión de lo básico, destaca la menor intensidad de estas bases, para lo cual el TREBEP contiene una diversidad de preceptos, de distinta estructura: *normas directamente aplicables* (p. ej., en materia de situaciones administrativas); *normas principales*, que enuncian criterios generales y que, aunque pueden tener valor interpretativo, precisan de un desarrollo normativo (como los principios éticos y de conducta —arts. 53 y 54—); *normas directivas*, que fijan objetivos sin predeterminedar los medios (como en materia de planificación de los recursos humanos —art. 69—, o de ordenación de puestos de trabajo —art. 74—); *normas de garantía mínima*, que establecen un estándar que no puede ser rebajado por el legislador autonómico, pero sí complementado (como los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 49); *reservas formales de ley*, (p. ej., cuando se establece que sólo en virtud de ley podrá aplicarse el sistema de concurso para la selección de funcionarios públicos —art. 61.7—); *normas supletorias*, que se aplican en defecto de determinación en la legislación de cada Administración (como los permisos de los funcionarios del art. 48); y, por último, *normas dispositivas*, o meramente orientativas que se limitan a prever distintas posibilidades cuyo uso o, en su caso, elección se deja en manos del legislador autonómico (como es el caso de la carrera horizontal), de modo que reducen la función de la legislación básica a un simple menú dispositivo absolutamente abierto e incondicionado, y por ello difícil de admitir.

En todo caso, debido a esta opción del legislador básico, el TREBEP se configura como «un paso importante y necesario en un *proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo*, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo» (exposición de motivos). Así, el TREBEP —art. 6— establece, como ya hiciera la LMRFP: «En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas». Y, de hecho, buena parte de las determinaciones del TREBEP no son directamente aplica-

bles sino que su efectividad está condicionada a la efectiva aprobación por el Estado y las Comunidades Autónomas de sus correspondientes Leyes de la Función Pública que desarrollen el TREBEP.

En concreto, el propio TREBEP (disp. final 4.^a) declara: «Sólo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto las siguientes partes del TREBEP: el Capítulo II del Título III (carrera profesional), el Capítulo III del Título III (derechos retributivos), excepto el artículo 25.2, y el Capítulo III del Título V (provisión de puestos de trabajo y movilidad). Debido a esta ausencia de eficacia directa y para evitar vacíos normativos, el TREBEP no deroga por completo la LMRFP (y algo de la Ley de Funcionarios de 1964), sino que deja en vigor parte de estas Leyes, principalmente aplicables a la Administración del Estado (disp. derogatoria).

1.3.4. *Ámbito subjetivo de aplicación del TREBEP*

El TREBEP —art. 2.1— se declara de aplicación al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las *todas las Administraciones Públicas*, tanto generales o territoriales (Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y Administraciones de las Entidades Locales), como Administraciones especializadas (Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, así como las Universidades Públicas). No obstante, esta regla general tiene una doble matización.

De un lado, hay Administraciones a las que su aplicación es condicionada. En efecto, la disposición adicional 5.^a declara: «Lo establecido en el Estatuto se aplicará a los organismos reguladores de la disposición adicional 10.^a de la LOFAGE (esto es, Administraciones independientes) *en la forma prevista en sus leyes de creación*». De este modo, el propio TREBEP admite que la Leyes de creación de Administraciones independientes puedan condicionar la aplicación del Estatuto a su propio personal, lo cual no deja de ser contradictorio que justamente en aquellos ámbitos en los que se reclama una mayor neutralidad e independencia de la función pública respecto al poder político pueda excluirse el régimen funcional.

Por otro lado, y ahora en un sentido opuesto, es decir, de extensión del ámbito de aplicación del TREBEP a entidades que no son Administraciones Públicas en sentido formal, el TREBEP —disp. adic. 1.^a— establece: «Los principios contenidos en los artículos siguientes serán de aplicación en las *entidades del sector público estatal, autonómico y local*, que no estén incluidas en el artículo 2 del Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica: 52, 53, 54 (deberes de los empleados públicos y código de conducta), 55 (principios rectores del acceso al empleo público) y 59 (reserva de cupo a favor de las personas con discapacidad). De este modo, determinados «principios» (no preceptos) del TREBEP serán de aplicación a empresas y fundaciones pertenecientes al sector público (véase Tema 6 *in fine*).

1.3.5. *Personal con legislación específica propia*

Como viene siendo tradicional en las Leyes generales de la función pública, el TREBEP admite también las singularidades de múltiples colectivos de empleados públicos. En concreto, el TREBEP diferencia dos tipos de especificidades:

De un lado, el personal docente (tanto de la enseñanza no universitaria como universitaria) y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias «y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84» —art. 2.3 TREBEP—. Así, al personal estatutario de los Servicios de Salud se aplica de modo preferente la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (y demás normas autonómicas de desarrollo del estatuto marco). Esta Ley 55/2003 califica al personal estatutario como de «relación funcional especial», de modo que el TREBEP tiene carácter supletorio para este personal —arts. 2.5 TREBEP y 2.2 Ley 55/2003—. Así, el propio TREBEP —art. 2.4— declara que cada vez que el Estatuto hace mención al personal «funcionario de carrera» se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud. Además, de forma similar, el TREBEP declara que en la aplicación del mismo al personal investigador se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades —art. 2.2—.

De otro lado, el TREBEP establece que sus disposiciones del TREBEP «sólo se aplicarán *directamente* cuando así lo disponga su legislación específica» al siguiente personal —arts. 4 y 5—:

— *Personal al servicio de órganos constitucionales y estatutarios.* Se trata del personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas. Así, la propia Constitución —art. 72.1— establece que las Cámaras regulan por Reglamento el Estatuto del personal de las Cortes Generales. La peculiaridad de este personal es que no sirven en una Administración pública, subjetivamente considerada, sino en los aparatos auxiliares que asisten a los órganos constitucionales y estatutarios.

— *Personal al servicio de la Administración de Justicia.* La propia Constitución —art. 122.1— establece que el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia se regulará en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y, en otro lugar, la Constitución establece que la ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal —art. 124.3—.

— *Personal militar de las Fuerzas Armadas.* En este ámbito la ordenación se bifurca colectivos: el personal de tropa y marinería y el personal militar de carrera. El primer grupo está vinculado a las Fuerzas Armadas por una suerte de «compromiso» temporal, de carácter jurídico-público, ordenado por la Ley 8/2006 de Tropa y Marinería. Por su parte, en relación con el personal militar de carrera (funcionarios de carrera) la Ley 39/2007 Carrera Militar establece que los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con el TREBEP se incorporaran al régimen del personal militar profesional, «siempre que no contradigan su legislación específica», por medio de normas reglamentarias en las que se efectuaran las adaptaciones debidas a la condición militar —art. 5—. Por tanto, no se permite una aplicación directa del TREBEP, sino por intermediación de normas específicas de adaptación del mismo.

— *Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.* La propia Constitución establece que una ley orgánica determinará los estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad —art. 104.2—. Y, en tal sentido, se aprobó la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ahora bien, cada cuerpo de seguridad (guardia civil, policía nacional, policías autonómicas y locales) tiene además su propia normativa.

En el caso particular de la policías locales, el propio TREBEP —art. 3.2— declara que los Cuerpos de Policía local «se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986» —art. 3.2—.

— *Personal retribuido por arancel* (Notarios, Registradores de la Propiedad). En puridad, es cuestionable que este personal pueda ser calificado de empleados públicos, pues falta la nota esencial de la retribución con cargo al presupuesto público.

— *Personal de determinados organismos* (Centro Nacional de Inteligencia —art. 4.g)—, Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito —art. 4.h)—, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos —art. 5—). Se trata de supuestos muy heterogéneos.

Con todo, debe añadirse que el TREBEP declara su carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación —art. 2.5—. Por tanto, esta cláusula de supletoriedad no se aplica al personal de órganos constitucionales y estatutarios, ni al personal retribuido por arancel.

2. LAS CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS

2.1. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS

El TREBEP —art. 8.1— declara que son empleados públicos «quienes desempeñan *funciones retribuidas* en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales». La referencia a que el desempeño de las funciones en las Administraciones públicas es retribuido permite diferenciar a los empleados públicos del personal voluntario, que ejerce sus actividades de modo altruista, sin contraprestación (Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado y legislación autonómica concordante). Asimismo, aun cuando el TREBEP no lo precisa, como sí lo hacía la Ley de 1964, debe entenderse que esta retribución es con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas, lo cual permite diferenciar a los empleados públicos en sentido propio de otros colectivos que desempeñan funciones públicas, previo nombramiento legal, pero que no perciben sus retribuciones a cargo del presupuesto público sino mediante arancel (caso de notarios y registradores de la propiedad). Ahora bien, la nota del carácter retribuido de las funciones es insuficiente, pues también «desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas» determinados cargos públicos, como sucede con los miembros electos de las Corporaciones Locales, sin que puedan considerarse empleados públicos. A este fin, en nuestra opinión, es preciso añadir la nota de la *profesionalidad* (explicitada por el TREBEP —art. 9.1— en relación con los funcionarios de carrera). De este modo, los empleados públicos constituyen el personal profesional al servicio de las Administraciones públicas.

El TREBEP —art. 8.2— clasifica a los empleados públicos en: *a)* Funcionarios de carrera; *b)* Funcionarios interinos; *c)* Personal laboral; *d)* Personal eventual. Estas cuatro clases que enumera el TREBEP pueden agruparse en dos categorías: personal vinculado a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo (Funcionarios de carrera, Funcionarios interinos y personal eventual), y personal laboral, vinculado a la Administración por una relación regulada por el Derecho del Trabajo. Por otro lado, el TREBEP no menciona a los antiguos «contratados administrativos», cuya contratación fue suprimida ya por la LMRFP («no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo»). Otra cosa es el

empleo, en ocasiones, de algunas de las modalidades de contratación pública para dar cobertura formal a relaciones materialmente laborales, en fraude de ley sancionado por el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores (STSJ Galicia 7-5-2008). Finalmente, el TREBEP no incluye al personal directivo entre las «clases» de empleados públicos, si bien es evidente que se trata de una «categoría» de empleados públicos.

2.2. LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA

2.2.1. *Concepto*

Según el TREBEP —art. 9.1—, «Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente». De esta definición interesa destacar dos notas. De un lado, el TREBEP menciona expresamente la idea de *relación estatutaria* regulada por el Derecho Administrativo que nace a partir de nombramiento legal del sujeto (si bien no son características exclusivas de los funcionarios de carrera sino compartidas con los funcionarios interinos y personal eventual). En estas expresiones de la Ley se recepciona la llamada *teoría estatutaria* o del *acto unilateral*, en virtud de la cual el funcionario no se encuentra en una relación contractual, de la cual derive una posición subjetiva, sino en un *status* legal y reglamentario, cuyo contenido se halla determinado objetivamente por el ordenamiento, y a la que accedería a través del *acto de nombramiento*, de tal modo que la voluntad del sujeto que se expresa en el acto de toma de posesión del cargo se limitaría a un *acto condición*, para que su nombramiento adquiriera validez y eficacia.

Esta teoría estatutaria se considera implícita en la Constitución —art. 103.3—, cuando ordena al legislador a regular el estatuto de los funcionarios públicos, y ha sido reiteradamente aplicada por el Tribunal Constitucional, para el cual es «indudable que en el campo de la relación funcional el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la Ley ha de respetar (...). Pero una cosa son estos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una *situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente* y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando» (STC 293/1993). Y ello sin perjuicio de que si la modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y causa perjuicios económicos, «pueda merecer algún género de compensación».

No obstante, en nuestra opinión, la tesis de la situación legal y reglamentaria no sólo debe ser matizada hoy en día por las exigencias derivadas de la reserva de ley en esta materia, sino también por la propia eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, también para los funcionarios (como la libertad de expresión, de asociación o de sindicación), y por el juego de la negociación colectiva que genera pactos y acuerdos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios vinculantes para la Administración —art. 38 TREBEP—.

De otro lado, la nota característica de los funcionarios de carrera, y que les diferencia de los funcionarios interinos y del personal eventual, es la idea de *desempeño de servicios de carácter permanente*. Esta nota hace referencia a la estabilidad en el

empleo de que goza el funcionario de carrera, si bien la doctrina (PARADA VÁZQUEZ) ha señalado que la estabilidad en el empleo no está bien definida en la Ley, pues predica la permanencia de las funciones que el funcionario presta y no de él mismo, que es el que realmente permanece. A esta estabilidad en el empleo se la ha llamado tradicionalmente «inamovilidad» del funcionario. No obstante este término es un tanto equívoco, pues lo que se garantiza al funcionario de carrera no es un derecho a un concreto puesto de trabajo o destino del cual no pueda ser privado en ningún caso —véanse arts. 79.3 y 81.2 TREBEP—, sino más bien el derecho a conservar indefinidamente su relación de servicio con la Administración —el llamado *derecho al cargo*—. Así el TREBEP —art. 14.a)— declara el derecho a «la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera». Por ello, y desde un punto de vista terminológico, esta expresión —«funcionario de carrera»—, es más correcta que la utilizada con anterioridad cuando se hablaba de «funcionarios en propiedad», como si los funcionarios fueran dueños o propietarios de sus plazas o destinos. En todo caso, esta nota de la estabilidad o permanencia en la relación de servicio con la Administración distingue al funcionario de carrera de los interinos y eventuales.

2.2.2. *Funciones reservadas al estatuto funcionarial*

La LMRFP (tras la reforma de la Ley 33/1988) estableció que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado debían ser desempeñados por funcionarios públicos, añadiendo seguidamente un listado de puestos de trabajo que, a modo de excepción, podían desempeñarse por personal laboral. Ahora bien, esta opción genérica por el estatuto funcionarial tuvo una efectividad más que dudosa debido a diversas razones: no tuvo el carácter de norma básica, la Leyes de creación de Entidades de Derecho Público no se consideraron vinculadas por esta regla, las excepciones al estatuto funcionarial se fueron ampliando por leyes posteriores...

El TREBEP, siguiendo en parte el criterio ordenado para los empleados locales por la LRBRL —art. 92, ahora derogado—, establece —art. 9.2—: «En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden *exclusivamente* a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca». De este modo, estas funciones no podrán ser desempeñadas por personal laboral, sino que quedan reservadas en exclusiva para el estatuto funcionarial. Obsérvese que el TREBEP no reserva sólo el ejercicio de potestades administrativas, que sería rigurosamente excepcional, pues las potestades se atribuyen por lo general a órganos y no a cuerpos funcionariales, sino el «ejercicio de *las funciones que impliquen la participación directa o indirecta* en el ejercicio de las potestades públicas».

En relación con las Administraciones Locales, la LRBRL tras la reforma Ley 27/2013, declara que son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función —art. 92.3—. En tal sentido, debe recordarse que la LPAC —art. 77.5— atribuye valor probatorio exclusivamente a los hechos constatados por «funcionarios», lo que debe llevar a reservar a éstos el ejercicio de funciones de policía e inspección.

En todo caso, corresponde a las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP establecer los *criterios* para la determinación de los puestos de

trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral respetando la anterior reserva de funciones al estatuto funcionarial —art. 11.2 TREBEP—. Según el Tribunal Constitucional (STC 236/2015, f.j. 5), esta habilitación para el desarrollo legislativo del precepto se puede entender que incluye tanto la precisión de las concretas funciones que debe corresponder exclusivamente al personal funcionario como la determinación de las modalidades según las cuales los funcionarios pueden desarrollar las referidas funciones. En todo caso, la delimitación final para cada puesto de trabajo corresponderá a los instrumentos de clasificación de los puestos de trabajo. A este respecto, alguna Ley autonómica hapreciado muy acertadamente el ámbito reservado a los funcionarios: *a)* La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos. *b)* La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas. *c)* La emanación de órdenes de policía. *d)* El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria. *e)* La contabilidad. *f)* Las de tesorería. *g)* La fe pública. *h)* La recaudación. *i)* La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos. *j)* El asesoramiento legal preceptivo (así art. 6.2 Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha).

En relación con los tipos de puestos de trabajo que no se consideren reservados por el TREBEP a los funcionarios, el legislador de desarrollo del TREBEP dispone, en principio, de una amplia libertad para adscribirlos al estatuto funcionarial o al laboral. Sin embargo, parece más conforme con la doctrina constitucional (STC 99/1987), el criterio seguido por algunas Ley autonómicas posteriores al TREBEP de mantener la *preferencia* general por el régimen funcionarial (Ley 3/2007 de Baleares —art. 14—; Ley 10/2010 de la Función Pública Valenciana —art. 37—). Este criterio se ha llevado a la LRBRL tras la reforma operada por la Ley 27/2013: con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario —art. 92.2—, si bien llega ya tarde, pues en la práctica el personal laboral es ampliamente mayoritario en las Administraciones locales.

En definitiva, en el empleo público pueden trazarse dos círculos concéntricos. En el círculo interior, correspondiente al desempeño de funciones estrictamente públicas, el personal debe ser necesariamente funcionarial. En el círculo externo, relativo al resto de los puestos de trabajo del empleo público, si bien la regla general debería ser también la vinculación funcionarial, en la práctica salvo disposición legal en contra, la Administración puede optar por el estatuto funcionarial o el laboral, con lo cual se consagra el *sistema dual de empleo público*.

2.3. LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

2.3.1. *Concepto*

El TREBEP —art. 10.1— declara que son funcionarios interinos los que «por razones expresamente justificadas de *necesidad y urgencia*, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias»:

a) «La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera». Este supuesto, que es el tradicional, debe entenderse en el sentido de que el desempeño del puesto no admite la demora que impone el procedimiento ordinario de selección de los funcionarios de carrera. En este supuesto, las

plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, «salvo que se decida su amortización».

b) «La sustitución transitoria de los titulares». Se trataría de cubrir la ausencia por disfrute de determinadas licencias o situaciones administrativas de los funcionarios titulares con derecho de reserva de puesto (caso de los servicios especiales).

c) «La ejecución de programas de carácter temporal». Se trata de una novedad del TREBEP, que presenta una cierta similitud con el contrato de trabajo de obra o servicio determinado —art. 15 ET—, que se caracteriza precisamente porque ha de tratarse de actividades no estructurales. El principal problema es objetivar el carácter «temporal» de los programas. Así, alguna ley autonómica establece que la interinidad por ejecución de programas no podrá prorrogarse más allá de dos años (art. 16 Ley Función Públicas de Baleares). En este sentido, tras la modificación efectuada por la Ley 15/2014, de 16 septiembre, el TREBEP precisa que los programas de carácter temporal no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP.

d) «El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses». Se trata también de una novedad del TREBEP, que —como la anterior— presenta un paralelismo evidente en este caso con el contrato de trabajo eventual —art. 15 ET—. Ahora bien, el problema puede venir de su uso desviado de esta interinidad, tal como de hecho ha sucedido con el contrato laboral eventual. Y si bien en el caso de contratos laborales eventuales que se utilizan para tareas estructurales la jurisprudencia ha sancionado esta situación con la transformación del contrato en indefinido, en el caso de estos interinos es evidente que no pueden adquirir por esta vía la condición de funcionario de carrera, de modo que no hay sanción al uso abusivo de la figura.

Consciente de ello, la modificación efectuada por la Ley 15/2014, de 16 septiembre, introduce otra precisión: el personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas —art. 10.6 TREBEP—.

2.3.2. Selección y régimen

El TREBEP —art. 10.2— establece que la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Estos procesos de selección están condicionados por una doble exigencia. De un lado, no se puede imponer a esta selección un procedimiento idéntico al establecido para los funcionarios de carrera, pues ello sería contradictorio con la urgencia de esta provisión. Pero, de otro lado, dado que la legislación admite la valoración como mérito para el acceso a la función pública de carrera de los servicios prestados en régimen de interinidad, es necesario garantizar que la selección de los funcionarios interinos se realiza con respeto a los principios de

igualdad y publicidad, pues de lo contrario podría prestarse a un fraude a la Ley, en el sentido de burlar dichos principios en la selección de los interinos, para acumular méritos por esta vía y predeterminar el acceso definitivo a la función pública.

En cuanto al régimen de los funcionarios interinos, el TREBEP —art. 10.5— declara que a los funcionarios interinos les será aplicable, «en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición», el régimen general de los funcionarios de carrera. A este respecto, la diferenciación más importante ha sido hasta el TREBEP la falta de percepción de trienios. En cambio, el TREBEP —art. 25.2— optó por reconocer a los interinos los trienios correspondientes a los servicios prestados, incluso antes de la entrada en vigor del TREBEP. Más discutido ha sido si los funcionarios pueden hacer uso de algunas excedencias.

Finalmente, en cuanto a la extinción de la relación, el TREBEP —art. 10.3— establece que el cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas aplicables a los funcionarios de carrera (previstas en el art. 63), «cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento». De este modo, del hecho de que estos funcionarios no disfruten de la inamovilidad propia de los funcionarios de carrera, no cabe inferir que la Administración pueda destituirlos libremente, como puede hacer en relación con el personal eventual. Muy al contrario, en coherencia con su selección de acuerdo con los principios de capacidad y mérito, la legislación contempla de un modo tasado las causas de extinción de esta relación. Las más importantes se refieren a la provisión definitiva de la plaza ocupada por el interino por un funcionario de carrera, y la amortización de la plaza (admitida en el art. 10.3 TREBEP), por considerar la Administración que ya no existen las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina. Ahora bien, la jurisprudencia ha advertido contra la utilización de esta potestad en sustitución del régimen disciplinario, con la consiguiente desviación de poder.

2.4. EL PERSONAL LABORAL

2.4.1. *Concepto y clases*

De acuerdo con el TREBEP —art. 11.1—, es personal laboral «el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal». En general, se entiende que la contratación laboral puede revestir cualquiera de las modalidades previstas en la legislación laboral, incluido el contrato de alta dirección, previsto expresamente en el TREBEP —art. 14.1— para el personal directivo profesional.

El TREBEP diferencia entre personal *fijo* e *indefinido*. El fijo sería aquel que en caso de despido improcedente, la Administración está obligado a readmitir —art. 96.2 TREBEP—, de tal modo que disfruta de una estabilidad equiparable a la del funcionario de carrera; en cambio, el contratado indefinido sería simplemente el que no está sujeto a término cierto, pudiendo la Administración optar por la readmisión en la misma categoría de personal indefinido o por la indemnización (STS 3-6-2004, RJ 5386). La distinción tiene su origen en la regla del Estatuto de los Trabajadores según la cual «se entenderán por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley» —art. 15.7—. En aplicación de esta regla la jurisprudencia del orden social consideró indefinidos los contratos temporales cuando excedían el tiempo fijado por la Ley, pero matizando que si estos trabajadores no habían sido seleccionados me-

diante procesos que garantizaran los principios de capacidad y mérito, no pueden ser equiparados a los trabajadores fijos de plantilla, de tal modo que la Administración está obligada a proveer tales puestos de trabajo de manera regular y, una vez producida la provisión, existirá una causa lícita para extinguir aquel contrato.

En este sentido, mediante la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se modificó la disposición adicional 15.^a del Estatuto de los Trabajadores, con la siguiente redacción: «Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo».

2.4.2. Régimen jurídico del personal laboral

En cuanto al ámbito del personal laboral, según el TREBEP —art. 11.2—, las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto «establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso la reserva para los funcionarios públicos de los puestos de trabajo que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas». Asimismo, la jurisprudencia tiene declarado que los puestos reservados a funcionarios no pueden ser ocupados por personal laboral ni siquiera de forma temporal (STSJ Castilla y León 2-5-2008).

En relación al régimen aplicable al personal laboral, de acuerdo con el TREBEP —art. 7—, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas «se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». Por tanto, debe entenderse que los preceptos del TREBEP referidos al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tienen un carácter específico sobre las normas generales del Derecho Laboral, sobre las que prevalecen (exposición de motivos del TREBEP). El problema es —como se ha señalado antes— que el TREBEP se limita en múltiples preceptos a establecer una remisión en blanco a la legislación laboral —arts. 19, 27, 32, 77, 83, 92—.

Como se ha señalado antes, el personal laboral fijo gozaba de una estabilidad similar a la del funcionario de carrera. No obstante, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadió al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores una disposición (adicional 20.^a), en virtud de la cual se introduce el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. A estos efectos, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas «cuando se produzcan

cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público». De este modo, esta modalidad de despido puede alcanzar el personal laboral fijo, que hasta entonces disfrutaba de una estabilidad similar a los funcionarios de carrera. Finalmente, desde el punto de vista del control jurisdiccional, debe recordarse la aplicación a la contratación laboral de las Administraciones públicas de la doctrina de los actos separables, en virtud de la cual deben diferenciarse dos grupos de actuaciones: el primero lo constituyen las desarrolladas por el ente público para exteriorizar su voluntad de celebrar un contrato de trabajo, y cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, con objeto de salvaguardar los principios constitucionales de acceso al empleo público; y el segundo lo encarnaría el vínculo laboral subsiguiente a la perfección de ese contrato, correspondiendo al orden jurisdiccional social conocer los litigios que surjan en la dinámica del contrato laboral ya celebrado (SSTS 12-4-2005, Rec. 5382/2002, 18-10-2006, Rec. 234/2003).

2.5. EL PERSONAL EVENTUAL

Según el TREBEP —art. 12.1—, es personal eventual el que, en virtud de nombramiento libre y con carácter no permanente, «sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial», siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. Aunque el TREBEP habla de funciones de confianza «o» asesoramiento especial», esta expresión no debe interpretarse de forma literal, como si se tratase de dos supuestos diversos, pues la confianza es la característica que preside, en todo caso, esta figura de apoyo logístico a la autoridad. Una confianza que ha de precisarse, además, en grado elevado, para diferenciarla de la también confianza inherente a los puestos funcionariales a proveer por el sistema de libre designación. Así, la jurisprudencia tiene declarado que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa (STS 7-3-2008). Por tanto, tampoco puede desempeñar el personal eventual funciones directivas, para las que el TREBEP ha creado —como se verá— la figura del personal directivo profesional —art. 13—. En definitiva, al tratarse este personal de residuo de los modelos de *spoils system*, su nombramiento debería ser rigurosamente excepcional.

Por su parte, el TREBEP establece —art. 12.2— que las leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas. En el ámbito local, tras la reforma operada por la Ley 27/2013, la LRBRL fija límites cuantitativos al nombramiento de personal laboral en función del número de habitantes del municipio —art. 104 bis, ampliados para grandes ciudades por la Ley 48/2015, de 29 de octubre—. Y respecto a la transparencia de este personal, la LRBRL ya ordenó en su día que los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el *Boletín Oficial de la Provincia* —art. 104.3—.

En coherencia con su designación, la autoridad competente para su nombramiento puede también cesar libremente a este personal, puesto que su designación se basa

exclusivamente en la confianza. Más aún, el TREBEP —art. 12.3— declara: «El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento», de tal modo que es automático. Por estas razones, si las personas designadas tienen la condición de funcionarios, se contempla su pase a la situación administrativa de servicios especiales —art. 87.1.i) TREBEP—, con objeto de garantizar la reserva de su puesto de trabajo o similar, una vez se produzca el cese en el cargo de eventual.

En cuanto al régimen jurídico del personal eventual, el TREBEP declara que le será aplicable «en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición», el régimen general de los funcionarios de carrera. Sin embargo, esta extensión del régimen de los funcionarios de carrera, perfectamente razonable en el caso de los funcionarios interinos, no sólo no es operativa para el personal eventual, sino incluso perturbadora. En efecto, a este personal no se aplica —como se ha visto— el sistema de selección, pero tampoco el sistema de carrera profesional, de agrupación en cuerpos, escalas y especialidades, la evaluación del desempeño, el régimen de situaciones administrativas o el régimen disciplinario. Y, además, la jurisprudencia ha entendido que la determinación de las condiciones de empleo del personal eventual no es materia objeto de negociación colectiva, por afectar a la potestad de autoorganización. De hecho, cabe cuestionar la inclusión de esta categoría de personal dentro de la noción de empleo público, que debería reservarse al personal de mérito.

Finalmente, el TREBEP declara: «La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna». Esta exclusión es coherente con su nombramiento libre y vinculación personal al cargo político que sirve. Ahora bien, debería extenderse al acceso a la condición de personal laboral y a la entera carrera profesional (no sólo a la promoción interna).

2.6. PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL

Según el TREBEP —art. 13.1— es personal directivo «el que desarrolla *funciones directivas profesionales* en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración». Se trataría de un colectivo profesional a caballo entre la clase política y el personal burocrático. Ahora bien, dado que este personal directivo formalmente no constituye, según el TREBEP, una clase autónoma de empleado público (y por ello se regula en un Subtítulo), estos directivos podrán tener tanto la condición de funcionarios como de laborales. Así, el TREBEP —art. 13.4— establece: «Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

En cuando al régimen de este personal directivo, el TREBEP —art. 13— establece que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los principios siguientes:

— Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a *criterios de idoneidad*, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

— El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

— La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva —arts. 13.4 y 37.2.c)—.

De estas determinaciones destaca, de un lado, la aparente deslegalización del régimen de este personal, pues de un modo cuestionable el TREBEP se remite no a las Leyes de desarrollo de la Función Pública, sino a lo que dispongan el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, lo cual se entiende mediante normas reglamentarias, sin embargo tal remisión no podrá impedir a las Leyes de desarrollo del TREBEP ordenar esta figura. De otro lado, la figura del personal directivo no se impone, sino que queda a disposición de los órganos de gobierno citados. Finalmente, la omisión del TREBEP a las Entidades Locales debe cubrirse con lo dispuesto en la LRBRL, si bien sus preceptos sólo se aplican a los municipios de gran población, no a los de régimen común ni a las diputaciones provinciales.

3. ESTRUCTURA Y PLANIFICACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

3.1. ESTRUCTURACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

3.1.1. *La ordenación de los puestos de trabajo*

El TREBEP —art. 74— establece: «Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de *relaciones de puestos de trabajo* (RPT) «u otros instrumentos organizativos similares» que comprenderán, al menos: la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos. Asimismo, aunque no lo señale expresamente el TREBEP, debe entenderse que la RPT especificará qué puestos pueden ser provistos por personal laboral y, entre los funcionarios, cuáles precisan la nacionalidad española.

De este modo, estos instrumentos determinan las características definitorias de los puestos de trabajo y los requisitos esenciales exigidos para su desempeño. Ahora bien, a diferencia de versiones anteriores de la LMRFP, que establecían que las RPT debían indicar las *funciones* esenciales a desempeñar por cada puesto, el TREBEP ha omitido esta determinación. Y lo cierto es que, en la práctica, se ha demostrado que supone una excesiva rigidez que la RPT descienda a la identificación precisa del contenido funcional de cada puesto de trabajo (véanse STS 26-5-1994 y ATC 419/2003).

Según la LMRFP —art. 15.1.d)—, la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las RPT. Por esta razón, la LMRFP —art. 15.1.f)— dispone que la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requieren que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones. Ahora bien, este requisito no es preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones (si bien, a menudo, es el germen para la creación de puestos de trabajo que acaban consolidándose en la RPT).

En cuanto a su elaboración, debe señalarse que la jurisprudencia exige que la RPT sea objeto de negociación sindical (STS 4-7-2007, Rec. 3492/2002; STS 22-9-2010, Rec. 3819/2007). Y respecto a su naturaleza jurídica, si bien la jurisprudencia se ha decantado desde la LMRFP por la doble naturaleza de las RRPT, que consideraba que

a efectos procesales son disposiciones de carácter general (con la consecuencia de admitir la impugnación indirecta de estas normas una vez firmes) y a efectos sustantivos-materiales actos administrativos plúrimos, recientemente se ha producido un giro en la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que la caracterización de las RRPT debe ser en todo caso unívoca, y debido a la ausencia de las notas propias de las disposiciones generales (pues se trata de un acto aplicativo y no ordenador), deben caracterizarse como actos (STS 5-2-2014, Rec. 2986/2012). Con esta doctrina, se cierra el recurso indirecto contra las RRPT con ocasión de sus actos de aplicación a un funcionario concreto.

3.1.2. *Los Cuerpos y Escalas*

En cada Administración (salvo en las Administraciones pequeñas) es necesario definir y crear agrupaciones de funcionarios, tanto para organizar la selección de empleados de manera más eficiente que si se hiciera puesto por puesto, como para agrupar los puestos, definiendo unos perfiles de competencias más genéricos que los que corresponderían a cada puesto de trabajo objeto de agrupación. Estas agrupaciones de funcionarios reciben tradicionalmente el nombre de cuerpos, escalas, clases o especialidades. Así, según el TREBEP —art. 75.1—, los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades «u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo». Para garantizar esta homogeneidad del proceso selectivo, cada cuerpo está adscrito —como se verá— a un único grupo o subgrupo de clasificación profesional.

El TREBEP —art. 75.2— establece que los «cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas». En tal sentido, el Tribunal Constitucional —STC 99/1987— parece entender que para la creación de Cuerpos rige una reserva de Ley, por constituir dicha creación una de las materias estatutarias —art. 103.3 CE—. Sin embargo, es cuestionable la necesidad de esta reserva de ley para técnica organizativa que carece en la actualidad del peso que tuvo en el pasado. En tal sentido, desde la LMRFP de 1984 (y como medida de reacción frente a ciertos excesos corporativistas del pasado), existe una regla general según la cual los Cuerpos y Escalas de funcionarios no podrán tener asignadas facultades, funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos. De hecho, en algunas Administraciones autonómicas se ha tendido a integrar a la mayor parte de los funcionarios de cada grupo o subgrupo de clasificación profesional en dos únicos cuerpos funcionariales (de administración general y especial), eso sí, divididos, en su caso, en «escalas», «especialidades», «ramas», y otras agrupaciones de funcionarios, lo que vacía la virtualidad del cuerpo.

3.1.3. *Los Grupos de titulación académica*

La LMRFP de 1984 creó la técnica de agrupación de los funcionarios en función de la titulación académica exigida para el acceso a la función pública. Se trata así de una segmentación del empleo público articulada por referencia a las distintas etapas del sistema educativo. Desde entonces esta clasificación se ha enraizado en la cultura funcionarial española y sirve además de instrumento para homogeneizar (parcialmente) las condiciones de los funcionarios en el conjunto del Estado (caso de las retribuciones básicas). Por su parte, el TREBEP optó por mantener el sistema de grupos

de titulación, si bien adaptándolo a las nuevas estructuras del sistema educativo, tanto no universitario (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) como universitario (RD 1.393/2007 de enseñanzas universitarias oficiales).

En concreto, el TREBEP —art. 76— establece que los grupos cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

— Grupo A, dividido en dos Subgrupos A1 y A2. Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la Ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta (así es posible que para determinadas profesiones se exija la posesión de título universitario de postgrado de carácter oficial). La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

— Grupo B. Para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior. Así, de acuerdo con la citada Ley Orgánica 6/2006, la educación superior está integrada no sólo por la enseñanza universitaria, sino también por la formación profesional de grado superior.

— Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso: para el C1 título de bachiller o técnico (que constituyen la educación secundaria postobligatoria), y para el C2 el título de graduado en educación secundaria obligatoria.

Además de los anteriores Grupos clasificatorios, el TREBEP (Disp. Adic. 7.^a) permite que las Administraciones Públicas puedan establecer otras agrupaciones diferentes, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo. Teniendo en cuenta esta posibilidad, de acuerdo con el propio TREBEP (Disp. Trans. 3.^a) puede apuntarse el siguiente esquema de adaptación:

FIGURA 1

Grupos	Subgrupos	Titulación	Equivalencia LMRFP
A	A1 A2	Grado	A B
B	-	Técnico Superior	-
C	C1 C2	Bachiller o Técnico Graduado ESO	C D
Agrupaciones funcionarios	-	Sin titulación	E

3.2. PLANIFICACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

3.2.1. *Los planes de recursos humanos*

La técnica de planificación de los recursos humanos en la función pública se introdujo por Ley en 1993, bajo la figura de los *planes de empleo*, en el contexto

de una crisis económica y como medida orientada principalmente a la contención del gasto público. Su principal virtualidad consiste en permitir establecer objetivos plurianuales, más allá de la lógica anual del presupuesto. A este respecto, el TREBEP —art. 69.3— establece: «Cada Administración Pública *planificará* sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación». Según el TREBEP —art. 69.1—, la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tiene un doble objetivo: contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y a la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

Así, los Planes para la ordenación de sus recursos humanos pueden incluir, entre otras medidas, análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos; previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo; medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito —véase art. 81.1 TREBEP—; medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa —véase art. 81.2 TREBEP—; así como la previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de Empleo Público —art. 69.2—.

3.2.2. *Las Ofertas de Empleo Público*

Creada por la LMRFP, la técnica de la Oferta de Empleo Público pretende lograr dos objetivos principales: de un lado, regularizar el ritmo de las pruebas de selección, imponiendo la convocatoria anual de todas las plazas vacantes dotadas presupuestariamente, con objeto de que no se perpetuaran las situaciones de interinidad; y, de otro lado, ofrecer una información completa y con una cierta antelación de las plazas vacantes, proporcionando una seguridad mínima al colectivo de aspirantes (SANTAMARÍA PASTOR). En este sentido, el TREBEP —art. 70.1— dispone que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de Empleo Público, «o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal». Además, debe recordarse que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deben incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente —art. 10.4—.

La Oferta de Empleo Público (o instrumento similar), que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el diario oficial correspondiente. Y esta publicación comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un 10 por 100 adicional, debiendo fijarse el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público (o instrumento similar) deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años —art. 70.1—. Finalmente, de la jurisprudencia (STS 19-5-1994) parece desprenderse que la exigencia de que la oferta de empleo público preceda a la convocatoria puede determinar la invalidez de la convocatoria.

4. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

4.1. EL DERECHO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN IGUALDAD DE CONDICIONES

Las coordenadas constitucionales del acceso a la función pública vienen determinadas, fundamentalmente, por los arts. 23.2 CE (los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, «con los requisitos que señalen las leyes», y que no sólo se proyecta sobre los cargos de representación política sino también sobre los funcionariales —STC 30/2008—), y art. 103.3 CE («La ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad»). A partir de estos preceptos, la doctrina del Tribunal Constitucional puede sintetizarse como sigue:

— El derecho del art. 23.2 CE es una *especificación del principio de igualdad* del art. 14 CE (SSTC 27/1991, 60/1994, 73/1994, 107/2003), de tal modo que el art. 23.2 entra en juego cuando no sean aplicables ninguna de las circunstancias específicas de discriminación vedadas por el art. 14 CE —raza, sexo, nacimiento...—.

— El derecho del art. 23.2 CE —«con los requisitos que señalen las leyes»— constituye un supuesto de *derecho de configuración legal*, de tal modo que corresponde al legislador definir los requisitos oportunos dentro del debido respeto a los principios constitucionales del art. 103.3 CE. Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que del art. 23.2 CE no se desprende, necesariamente, que los requisitos que condicionan el acceso a las funciones públicas se regulen exclusivamente por normas de rango de ley, admitiendo la colaboración del reglamento en esta materia, tal como se desprende del art. 103.3 CE (STC 47/1990). No obstante, el principio de legalidad impone una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE (STC 138/2000).

— El derecho del art. 23.2 CE es compatible con el establecimiento legal de *requisitos específicos*. Este derecho no significa, obviamente, que todos puedan participar en todas las pruebas de selección. La igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función; de este modo es perfectamente constitucional el establecimiento de requisitos para poder participar en las pruebas —p. ej., una titulación académica, unas aptitudes físicas...—.

— Los requisitos y circunstancias deben tener un carácter abstracto. De la exigencia de igualdad del art. 23.2 se deriva que esos requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para el acceso a las funciones públicas han de ser definidos de un modo *genérico* o *abstracto*, objetivo, y no referidos de una manera individualizada y concreta (SSTC 42/1981, 50/1986, 27/1991, 185/1994, 30/2008), que favorezcan a personas concretas (*ad personam*).

— Los requisitos y circunstancias deben ser referibles a los conceptos de mérito y capacidad. Existe una necesaria y *recíproca relación* entre los arts. 23.2 y 103.3 CE pues el criterio igualatorio que introduce el art. 23.2 constituye una garantía del *principio de imparcialidad* de los funcionarios públicos, proclamado en el art. 103.3, inherente al Estado de Derecho. De esta conexión se desprende que la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad.

— Las «funciones públicas» tuteladas por el art. 23.2 CE son las desarrolladas por funcionarios públicos, no por personal laboral (ATC 298/1996, SSTC 281/1993, 38/2007, 236/2015), de modo que se adopta un concepto formal de «funciones públicas» que consideramos cuestionable. No obstante, el art. 14 CE es aplicable al acceso al empleo público no funcionario, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a él que tengan carácter discriminatorio (SSTC 86/2004, 132/2005, 38/2007, 128/2007).

De otro lado, si bien el art. 23.2 CE no garantiza la igualdad durante toda la vigencia de la relación funcional, sí se proyecta sobre situaciones muy precisas dentro de esa relación: en la promoción y la carrera profesional y en el momento del cese (SSTC 73/1994, 236/2015).

4.2. LOS REQUISITOS DE CAPACIDAD PARA EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Los requisitos de capacidad son las condiciones legales que deben reunir los candidatos para poder participar en el correspondiente procedimiento de selección, la ausencia de cualquiera de ellos supone la exclusión a potenciales candidatos al acceso a la función pública, a los que se les veda la posibilidad de que puedan demostrar su capacidad y mérito —STC 60/1994—. Los requisitos generales para el acceso al empleo público se encuentran regulados en el TREBEP —art. 56—.

4.2.1. Nacionalidad y extranjería en el acceso al empleo público

Tradicionalmente el acceso a la función pública —como a los cargos electivos— ha estado ligado, tanto en nuestro país como en los nuestro entorno, al estatuto de la ciudadanía, y, por tanto, a la posesión de la nacionalidad española. En tal sentido, el TREBEP —art. 56.1.a)— sigue exigiendo tener la nacionalidad española, si bien añade: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente». Y, en efecto, la exigencia de nacionalidad presenta varias matizaciones:

— *Extranjeros comunitarios y familiares*. Si bien es cierto que el Tratado de la Comunidad Europea establece como excepción al principio de la libre circulación de trabajadores los «empleos en la Administración Pública» —art. 39.4—, el TJCE ha configurado una «noción funcional» de la excepción del art. 39.4 del Tratado, en la que se ha de tener en cuenta la naturaleza de las tareas y las responsabilidades propias del empleo. De tal modo, que no cualquier empleo de la Administración Pública está excluido del principio general de libertad de circulación, sino que ha de tratarse de empleos «relevantes», entendiendo por tales aquellos empleos que suponen la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y las demás colectividades públicas territoriales, y que suponen una relación particular de «solidaridad» con el Estado.

En este sentido, tomando las expresiones de la jurisprudencia comunitaria, el TREBEP —art. 57.1— establece que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, como esta delimitación de empleos públicos susceptibles de ser desempeñados por nacionales de otro Estado miembro es muy imprecisa, el TREBEP —art. 57.1— añade: «A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios (cuerpos y escalas) a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados». En la actualidad, esta determinación está contenida en el RD 543/2001, de 18 de mayo.

En virtud de la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con objeto de garantizar el principio de igualdad de trato con los nacionales, estos derechos se han extendido a los familiares de los ciudadanos de la Unión. En tal sentido, el TREBEP —art. 57.2— añade: «Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes». El problema es que la Directiva 2004/38 refiere el derecho también a las parejas de uniones de hecho inscritas en un registro público, precisión ésta que ha omitido el TREBEP.

— *Extranjeros no comunitarios y principio de libre circulación.* El TREBEP —art. 57.3— prevé que el acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, con las limitaciones establecidas para los ciudadanos comunitarios antes tratadas.

— *Extranjeros no comunitarios y razones de interés general.* El TREBEP —art. 57.4— establece: «Sólo por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario». En realidad, el Estado ya hizo uso de esta vía con anterioridad al TREBEP, al permitir el acceso a militar profesional de tropa y marinería a nacionales de los países que reglamentariamente se determinen de entre aquellos que mantienen con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos» (actual Ley 8/2006 de Tropa y Marinería). La novedad del TREBEP sería extender esta posibilidad a las Comunidades Autónomas.

— *Acceso a personal laboral.* Por el contrario, cuando se trata de personal laboral, la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España establece que los trabajadores extranjeros podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. El TREBEP —art. 57.4— precisa que ha de tratarse de extranjeros con residencia legal en España.

4.2.2. Edad

— *Edad mínima.* Tradicionalmente, se ha venido exigiendo la mayoría de edad (18 años), pero el TREBEP, tal vez por su carácter común para funcionarios y laborales, la ha sustituido por 16 años. Como es evidente, para no pocos cuerpos seguirá siendo necesaria la mayoría de edad.

— *Edad máxima.* El TREBEP —art. 56.1.c)— establece con carácter general la exigencia de no exceder de la edad máxima de jubilación forzosa. Ahora bien, el

TREBEP admite que por Ley se podrá establecer otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público. Y, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 37/2004), la imposición de una edad diferente a la de jubilación forzosa sólo puede hacerse para cuerpos y escalas específicas, en razón a las funciones que desempeñan (es el caso, p. ej., de los cuerpos de policía local). Más aún, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia 13-11-2014) ha considerado que el límite de 30 años de edad máxima para acceder al cuerpo de la Policía Local establecido en una ley autonómica es una «discriminación injustificada», que vulnera la directiva comunitaria la cual prohíbe toda discriminación en el ámbito del empleo basada en la edad.

4.2.3. *Capacidad funcional*

El TREBEP —art. 56.1.b)— exige poseer la capacidad funcional «para el desempeño de las tareas». Ahora bien, en respeto al principio de no discriminación hacia las personas con discapacidad, las convocatorias no deben establecer exclusiones por limitaciones psíquicas o físicas sin perjuicio de las incompatibilidades con el desempeño de las tareas o funciones correspondientes. Más aún, en este ámbito existe desde hace tiempo una política de discriminación *positiva*. Así, ya la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos fijó un cupo de 3 por 100 en favor de los «minusválidos», medida ésta declarada conforme con el art. 23.2 CE por el Tribunal Constitucional, pues la técnica de la reserva de plazas no supone exceptúa a los sujetos favorecidos de la obligación de acreditar su aptitud para el desempeño de las plazas (superando las pruebas correspondientes), asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en el gestión de los intereses generales (STC 269/1994). Por su parte, la Directiva 2000/78/CE incrementó la reserva al 5 por 100, y, en tal sentido, el TREBEP —art. 59.1— estableció que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales en cada Administración Pública. Finalmente, por Ley 26/2011, de 1 de agosto, se elevó el cupo a un 7 por 100, siguiendo el criterio iniciado por alguna comunidad autónoma (Galicia).

4.2.4. *Titulación académica*

El TREBEP —art. 56.1.e)— se refiere escuetamente a poseer la titulación exigida. De entrada, aunque no lo dice el TREBEP, parece lógico entender que se refiere a titulaciones, universitarias o no «oficiales», cuya determinación es competencia exclusiva del Estado. La exigencia de titulación, anudada a la clasificación en Grupos, es de dos tipos: de un lado, cuando se exige un nivel de titulación (Licenciado, Diplomado, Ingeniero...), de tal modo que cualquier titulado de ese nivel puede concurrir a la convocatoria, y, de otro lado, cuando se exige una concreta titulación o una entre varias específicas (Licenciado en Psicología, Ingeniería Técnico en Electrónica...). En este segundo supuesto, salvo en los casos de profesiones con reserva legal de actividades profesionales, cuando se selecciona una titulación en detrimento de otras, se

originan conflictos entre colectivos de profesionales (como es el caso, en materia de salud alimentaría, entre Farmacéuticos y Veterinarios). Aunque tradicionalmente se ha entendido con la elección de la titulación es una cuestión discrecional de la Administración, hoy en día, en aras del principio de igualdad y de la libre competencia entre profesionales, los Tribunales consideran que debe dejarse abierta la entrada a todo título oficial que acredite un nivel de competencia profesional semejante para las tareas a desarrollar (STSJ Extremadura 30-3-2006, Rec. 433/2004). Lo que no puede exigirse en ningún caso es que la titulación sea la expedida por un centro concreto (STC 42/1981 referida a la Escuela de Bibliografía de Barcelona para el acceso a bibliotecario). Por lo demás, tradicionalmente se entiende que basta con que el aspirante esté en condiciones de obtener el título en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias para participar en el proceso selectivo (lo cual se acredita mediante el resguardo del abono de las tasas de expedición título).

4.2.5. *Probidad*

— *Sanción penal de inhabilitación*. El TREBEP —art. 56.1.d)— exige no «*hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, en el que hubiese sido separado o inhabilitado*». La sanción penal, incluso la llamada de inhabilitación «absoluta», tiene un alcance temporal limitado (20 años si se trata de pena principal —art. 40 CP—), y si es de inhabilitación especial, su alcance funcional se limita al tipo funciones en ejercicio de las cuales fue condenado (STS 22-7-2007).

— *Sanción disciplinara de separación del servicio*. El TREBEP —art. 56.1.d)— exige no «*haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas*». De aquí se desprende que la sanción administrativa disciplinaria de separación tiene un alcance indefinido. Es más, ni siquiera se prevé en este supuesto la posibilidad de rehabilitación del funcionario —art. 68 TREBEP—. Por el contrario, se ha sugerido fijar una limitación temporal a este impedimento (STC 174/1996). Lo que, sin embargo, es más discutible es si la separación del servicio sigue teniendo tras el TREBEP un alcance absoluto, pues aun cuando el artículo 56.1.d) es de difícil lectura, refiere la exclusión «para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, (...), en el que hubiese sido separado» (o inhabilitado).

— *Despido disciplinario del personal laboral*. Del TREBEP —art. 56.1.d)— parece desprenderse que el despido disciplinario del personal laboral comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato con *funciones similares* a las que se desempeñaban. Es más, la norma no prohíbe el reingreso en el empleo público participando en un proceso selectivo para acceder a la condición de funcionario.

4.2.6. *Lengua cooficial*

A partir de una doctrina constitucional muy matizada (STC 46/1991), se viene admitiendo que en las Comunidades Autónomas con una lengua cooficial adicional al castellano —art. 3.2 CE—, el conocimiento de esta lengua cooficial no sólo puede valorarse como mérito, sino imponerse como requisito de capacidad, si bien —se añade— que esta exigencia ha de guardar la debida relación con la función a desempeñar, pues así se garantiza el derecho constitucional de los ciudadanos a usar la lengua cooficial en sus relaciones con la Administración (es el llamado *perfil lingüís-*

tico de la plaza). Más discutible es la adecuación a esta doctrina constitucional de la imposición de esta exigencia como requisito general, no discriminado. Por su parte, el TREBEP —art. 56.2— se limita a declarar que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, «deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales».

4.2.7. Otros requisitos

El TREBEP —art. 56.3— cierra la relación de requisitos admitiendo que podrá exigirse el cumplimiento de «otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general». Este sería el caso, por ejemplo, de la exigencia de una talla mínima para el acceso a los cuerpos de policía local. Lo que no exige el TREBEP es que tales requisitos se contengan en norma con rango de Ley. De este modo, se admite la legalidad de los baremos médicos establecidos en reglamentaciones diversas. Cuestión diferente es la más que cuestionable razonabilidad de muchas de las exclusiones contenidas en esas reglamentaciones. De otro lado, la jurisprudencia ha tenido ocasión de rechazar determinados requisitos por contrarios a los arts. 14 y 23.2 CE, tales como la vecindad administrativa. Así, el Tribunal Constitucional (STC 216/1991) anuló las restricciones hasta entonces existentes para la mujer en el acceso a la carrera militar. Con todo, la principal fuente de problemas ha sido la exigencia de una previa experiencia profesional (las llamadas *pruebas restrictivas*).

En principio, no hay problema para admitir estas pruebas restringidas como sistema de promoción interna de los funcionarios públicos (STC 50/1986). Cuestión distinta es la de articular «oposiciones restringidas» como medio privilegiado para integrar en la función pública a personas que han prestado servicios a la Administración en situación precaria —como personal interino o incluso contratado laboral y administrativo—. A este respecto, el Tribunal Constitucional (SSTC 27/1991, 151/1992, 60/1994) admitió esta posibilidad a título excepcional y transitorio, por una sola vez, como forma de acceso para resolver los problemas de reclutamiento derivados del irrepetible proceso de construcción de las autonomías, «cuando ni existían plantillas, ni funcionarios públicos ni tiempo para acudir a las fórmulas normales de ingreso en la Administración Pública». Por su parte, el TREBEP —art. 61.1— establece que los procesos selectivos tendrán carácter *abierto* y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

4.3. LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

4.3.1. La oposición

La oposición puede definirse como la prueba o —más común— el conjunto de pruebas de diversa índole (de conocimientos, aptitudes, de habilidades o destrezas) que tiene por objeto evaluar, de un modo actual y competitivo, las *condiciones de aptitud* de los aspirantes. Así, el TREBEP —art. 61.2— establece que las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de

los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

La oposición es, sin duda, el sistema que garantiza una mayor igualdad en el acceso a la función pública, pues todos los aspirantes se encuentran en una misma posición jurídica de igualdad al inicio de las pruebas, y la selección dependerá exclusivamente del grado de aptitud acreditado en el desarrollo de las mismas. El problema de las oposiciones es su configuración tradicional como pruebas donde se valoran conocimientos teóricos adquiridos memorísticamente y que muchas veces tienen poco que ver con las funciones a desempeñar. Así, se viene señalando que este sistema no es el más adecuado para garantizar la competencia profesional del candidato y su actitud hacia el servicio público. Además, se señala que la preparación de oposiciones tiene un coste social, económico y psicológico difícil de soportar, y que hoy en día no suele compensar a los demandantes de empleo cualificado más capacitados. Con todo, es justo señalar que el sistema de oposición ha cumplido durante casi un siglo (desde del estatuto de 1918) una importante función de palanca social de varias generaciones de españoles.

A este respecto, el TREBEP —art. 61.2— establece que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Finalmente, en el caso común de que sean dos o más las pruebas en que consista la oposición, la superación de cada una de ellas suele tener un carácter eliminatorio.

4.3.2. *El concurso*

El concurso consiste en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos. Por tanto, la noción del concurso gira en torno al concepto de *méritos*, en el sentido de que el concurso es el procedimiento selectivo que tiene por objeto evaluar, de un modo competitivo, las circunstancias de mérito acreditadas por los aspirantes.

El sistema de concurso presenta el serio inconveniente de que reduce la competitividad del procedimiento selectivo, al restringir la participación en el mismo a las personas que puedan acreditar la posesión de los méritos. Asimismo, la posesión de unos méritos no supone necesariamente acreditar la capacidad «actual» de los aspirantes. En general, puede decirse que este sistema no está indicado para puestos de trabajo estandarizados, en relación con los cuales parece más importante garantizar la máxima participación y, consiguientemente, la máxima competencia, y para los cuales los méritos tienen un valor secundario. El sistema de concurso sólo parece así indicado con carácter excepcional para muy concretos puestos de trabajo de cierto nivel.

En principio, corresponde a las bases de la convocatoria la tipificación de las circunstancias consideradas como méritos. Ahora bien, algunos de los requisitos de capacidad analizados más arriba pueden constituir en determinados casos circunstancias de mérito (como la posesión de una titulación adicional a la exigida para el acceso, o el conocimiento de una lengua cooficial si no exigido como requisito de capacidad). Asimismo, la jurisprudencia ha rechazado, por discriminatorios, determinados factores, como la vecindad o residencia, y estar en situación de desempleo.

Con todo, el principal mérito valorado en la práctica es la experiencia laboral o prestación de servicios previos, la cual —como se ha dicho antes— no cabe como

requisito de capacidad. De hecho, el Tribunal Constitucional parece admitir que la experiencia profesional en puesto idéntico o similar a aquél de cuya provisión se trata sea objeto de una valoración considerablemente superior al resto de los méritos (STC 281/1993). En cuanto a qué servicios profesionales son susceptibles de consideración como méritos, pueden incluirse los servicios prestados como funcionarios de carrera —de otro cuerpo—, funcionario interino, contratado laboral. Ahora bien, debe recordarse que los servicios prestados por personal eventual no pueden constituir en ningún caso mérito para el acceso a la función pública —art. 12.4 TREBEP—.

Por otro lado, se suscita la cuestión de si los servicios considerados como mérito pueden ser exclusivamente los prestados en la Administración convocante o, más matizadamente, si es lícito conceder una valoración distinta de los servicios prestados en función de que lo hayan sido en la misma Administración convocante o en otra distinta. Estas prácticas de valoración diferente de puestos similares están excluidas tanto por el Tribunal Constitucional (STC 281/1993) como por el TJUE (sentencia 23-2-1994). Sin embargo, el TREBEP —Disp. Trans. 4.^a— ha vuelto a permitir, con carácter temporal (para interinos y laborales con vinculación anterior a 1 de enero de 2005) una valoración adicional a «la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria». El problema de este tipo de medidas es que reiteración acaba distorsionando el sistema regular de acceso al empleo público.

4.3.3. *El concurso-oposición*

El concurso-oposición consiste en la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores, de modo que hay una fase de concurso y otra fase de oposición, aplicándose a cada una de ellas las características propias de la oposición y del concurso como sistemas autónomos. No se determina, con carácter general, un orden secuencial determinado, de modo que caben en principio ambas posibilidades. Ahora bien, si se opta por imponer primero la fase de concurso, ésta no debería tener carácter eliminatorio, pues de lo contrario se impediría a los candidatos relegados en el concurso demostrar su capacidad (así se prevén en relación con la Administración Local).

En todo caso, sea cual sea el criterio que se opte sobre el orden secuencial de ambas fases, debe constituir una característica esencial de este sistema la nítida separación de ambas fases de concurso y oposición, y el carácter incomunicable de ambas fases. Así, el Tribunal Constitucional (STC 67/1989) rechazó la licitud de la valoración de los méritos por servicios prestados de un modo acumulativo en las fases de oposición y concurso (el llamado sistema de la «mochila» o de acumulación de puntos), de modo que los servicios prestados han de valorarse exclusivamente en la fase de concurso (prohibición que se ha recogido expresamente en alguna ley autonómica, como la de Baleares).

No obstante, el principal problema en la práctica consiste en determinar el peso cuantitativo que en el global del proceso selectivo se asignan a ambas fases, concurso y oposición. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que la valoración de los servicios prestados por personal en situación precaria no puede constituir un obstáculo insalvable, sino que debe respetar el límite de lo «tolerable», de modo que no excluya por entero la competición, aun cuando sí es lícito que imponga al resto de los aspirantes un nivel de conocimiento —capacidad— mayor (STC 67/1989). Así, la jurisprudencia ha llegado a calificar determinados procesos selectivos como pruebas «materialmente» (no formalmente) restringidas. Pero poco más se puede precisar en términos generales.

4.3.4. *La elección del sistema de selección*

Hasta el TREBEP se establecía que la oposición debía ser el «sistema ordinario» de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, fuere más adecuada la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso. No obstante, aun cuando los tribunales en ocasiones ha exigido la justificación adecuada para la elección del concurso oposición (STSJ Castilla y León de 11-7-2008, Rec. 36/2008), lo cierto es que, dado que el sistema de concurso-oposición es el más completo de los tres, no es difícil motivar su empleo y, así, su generalización ha sido una práctica común. De hecho, la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud —art. 31— declaró que la selección del personal estatutario fijo se efectuará con carácter general a través del sistema de concurso-oposición. Más rigurosa se ha mostrado la jurisprudencia, en cambio, con la utilización del concurso.

Por su parte, el TREBEP —art. 61.6— establece que los sistemas selectivos de *funcionarios de carrera* serán los de oposición y concurso-oposición. «Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos». De este modo, si bien no se llega a invertir el orden preferencial (tal como había establecido la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud —art. 31—), al situar el legislador en el mismo plano la oposición y el concurso-oposición, parece rendirse a la evidencia de la generalización de los concursos-oposiciones, y contentarse con intentar restringir el empleo del concurso, que ha de estar previsto en una norma con rango de ley (lo que va afectar sobre todo a las Administraciones Locales).

El problema es que, en relación con el *personal laboral fijo*, el TREBEP —art. 61.7— mantiene el criterio de la LMRFP de libertad de elección del sistema, al establecer que los sistemas selectivos serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos, sin ordenar preferencia alguna. Y este diverso tratamiento, podrá llevar a algunos gestores, sobre todo en la Administración Local, a acudir a la contratación laboral para poder utilizar el concurso como sistema selectivo. Lo cierto es que carece de justificación mantener la dualidad de regímenes de selección para funcionarios y laborales fijos, pues en esta fase de selección no hay ni unos ni otros, sino sólo ciudadanos candidatos a acceder a empleos públicos y estables.

4.4. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

4.4.1. *Características*

Los procedimientos de selección de empleados públicos son procedimientos de concurrencia *competitiva*, lo que hace aplicables determinadas reglas previstas en la LRJPAC —arts. 54.2, 59.5.b)—. En cuanto a los principios, además de aludir al principio de celeridad, el TREBEP —art. 55.2— menciona sin más detalle al *principio de transparencia*. Así, desde antiguo la realización de las pruebas se efectúa en acto público. Además se ha planteado el derecho de los candidatos de acceder no sólo a los documentos elaborados por los propios interesados (sus exámenes), sino también al acceso a las plantillas correctoras, e, incluso, a acceder a los ejercicios de competidores, dado que la puntuación individual en cualquier proceso selectivo no tiene un carácter absoluto, sino relativo, en relación con las puntuaciones del resto de participantes, tal como ha venido a reconocer finalmente la jurisprudencia (STS 6-6-2005). En cambio este prin-

principio de transparencia se considera compatible con el carácter reservado de las deliberaciones de los órganos de selección (Sentencia del Tribunal de 1.^a Instancia UE de 7-6-2006, *Cavallaro*), y con la finalidad de garantizar su independencia y objetividad de sus actuaciones, al resguardo de cualquier injerencia o presión externa.

4.4.2. *La convocatoria y sus bases*

La convocatoria y las bases cumplen una doble función. Por un lado, la convocatoria pública propiamente dicha constituye el acto de trámite en virtud del cual la Administración inicia de oficio el procedimiento administrativo de selección de su personal. Por otro lado, las bases constituyen las reglas a las que ha ajustarse el desarrollo y conclusión de cada procedimiento selectivo. Tradicionalmente se ha considerado por la jurisprudencia que las bases de la convocatoria constituyen la «Ley del concurso o de la oposición», lo que significa que vinculan tanto a los que concurren a las pruebas de selección como a la propia Administración.

El TREBEP —art. 55.2— se limita a aludir a la publicidad de las convocatorias y sus bases, y lo cierto es que no existe propiamente una convocatoria si ésta no es pública. Así, debe entenderse que la falta de publicación genera la nulidad absoluta del procedimiento selectivo. Aun cuando formalmente se trata de un acto de trámite, se ha permitido tradicionalmente la impugnación separada de las bases. Ahora bien, tradicionalmente se ha venido entendiendo que los posibles aspirantes deben impugnar las bases en su momento oportuno a partir de su publicación, pasado el cual se entiende que las bases de la convocatoria han sido consentidas y ganan firmeza, de tal modo que los aspirantes no puede impugnarlas en un momento posterior, ante el resultado adverso de las pruebas. No obstante, si se lesiona el derecho fundamental del art. 23.2, el Tribunal Constitucional (SSTC 193/1987, 200/1991, 93/1995) ha declarado que el hecho de no recurrir en su día las bases de la convocatoria no es obstáculo para plantear con posterioridad el recurso de amparo.

4.4.3. *Los órganos de selección*

El TREBEP —arts. 55.2.c) y 60.1— establece que los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre. Asimismo, en el funcionamiento de estos órganos debe respetarse el principio de independencia.

— *Principio de imparcialidad.* A este respecto, el TREBEP —art. 60.2— establece: «El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección». Hay que entender que, aun cuando no se cite expresamente, debe excluirse también al personal laboral temporal, vulnerable por ausencia de estabilidad. Además, el TREBEP —art. 60.3— aborda también otra fuente que pone en riesgo la imparcialidad de los miembros de estos órganos de selección: «La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie». De otro lado, y con la finalidad de combatir la endogamia, la LMRFP —art. 19.2— (precepto no básico y no derogado por el TREBEP) establece que los órganos de selección «no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios

pertenecientes al mismo Cuerpo objeto de selección». No obstante, esta regla puede ser exceptuada en relación con determinados ámbitos (p. ej., personal docente universitario, con consecuencias bien conocidas).

— *Principio de especialidad-profesionalidad*. Según la LMRFP —art. 19.2, no derogado— en la composición del tribunal se velará por el cumplimiento del *principio de especialidad*. En cambio, el TREBEP —art. 55.2.c)— no se refiere a especialidad, sino a «profesionalidad», lo cual plantea la duda de si exige que se trate de profesionales del ámbito o disciplina de que se trate, o de «profesionales» de la selección de personal. En todo caso, en el ámbito de la Administración del Estado y Local, hay que entender vigente la regla según la cual la totalidad de los miembros de los órganos de selección deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate.

— *Principio de paridad de género*. La regla del TREBEP, aplicable a todas las Administraciones Públicas, es más flexible («se tenderá») a la establecida para la Administración del Estado en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre hombres y mujeres —art. 53—, la cual hace la salvedad «salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas», precepto cuya constitucionalidad ha sido avallada (STC 13/2009).

— *Principio de independencia*. Mencionado por el TREBEP —art. 55.2.d)—, debe entenderse que ni el órgano que nombra a los miembros del Tribunal, ni ningún otro, está legitimado emitir instrucciones u órdenes al órgano de selección.

4.4.4. *La resolución del procedimiento selectivo*

Los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deben ser motivados, si bien se entiende que, en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración —art. 55.2 TREBEP—, esta motivación es referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria. Asimismo, el acto calificadorio del órgano juzgador vincula a la Administración convocante, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en la LRJPAC —arts. 102 ss.—.

El TREBEP —art. 61.8— establece: «Los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, *excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria*», lo cual puede ser útil cuando tras el proceso de selección haya un curso selectivo, en previsión de posibles vacantes. Además, el TREBEP —art. 61.8— prevé que siempre que los órganos de selección hayan propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que el de plazas convocadas, y con el fin de asegurar la cobertura de las mismas, cuando se produzcan renuncias de los aspirantes seleccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante podrá requerir del órgano de selección relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento como funcionarios de carrera. Se trata así de prevenir la práctica de muchos opositores de concurrir de forma paralela a varias oposiciones.

4.4.5. *El control jurisdiccional de la actuación de los órganos de selección*

Según una jurisprudencia mayoritaria, los tribunales calificadores de concursos y oposiciones gozan de amplia *discrecionalidad técnica*, doctrina que ha sido recogida

por el TREBEP —art. 55.2.d)—. El fundamento de esta discrecionalidad técnica radica en la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas. Se considera, así, que los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o ni siquiera por los que le pudiera aportar una prueba pericial especializada, en segundos Tribunales calificadores que revisen el juicio de fondo de todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación.

Y esta discrecionalidad técnica ha sido refrendada por el propio Tribunal Constitucional —ATC 274/1983, 681/1986—: «Aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar los aspectos jurídicos de la actuación de los órganos juzgadores de la oposición, en modo alguno pueden sustituir o corregir a éstos *en lo que su valoración tienen de apreciación técnica*, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores, y tal supuesto es absurdo no sólo porque humanamente implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más».

Y el Tribunal Constitucional —STC 353/1993— ha precisado que esta posición no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración al principio de legalidad y la consiguiente exigencia del control de la legalidad de la actuación administrativa, sino que supone simplemente reconocer que ese control judicial tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones. De este modo, se diferencia entre un control jurídico o de legalidad de la actuación (al que deben ceñirse los jueces y tribunales) y un control técnico de la misma (excluido a aquéllos). Sin embargo, un sector de la doctrina (TARDÍO PATO, PIÑAR MAÑAS) niega dicha distinción, por entender que la apreciación de la aptitud y méritos de los aspirantes constituye un juicio que produce efectos jurídicos.

En todo caso, el TREBEP —art. 31.6— establece que las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública están legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

4.5. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO

Según el TREBEP —art. 62.1—, además de la superación del proceso selectivo, para adquirir la condición de funcionario de carrera es necesario el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

— *Nombramiento* por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente. A tal efecto, no podrán ser funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria, y que deben reunirse en la fecha de terminación del plazo para participar en el proceso selectivo. El principal efecto del nombramiento es que, a partir de que éste sea ejecutivo, el aspirante nombrado tendrá derecho a tomar posesión del cargo. No obstante, el nombramiento no es efectivo, y ejecutable hasta que transcurra el plazo legalmente señalado para que cualquier otro interesado en ello pueda impugnar el nombramiento (STS 8-7-1994). Y de aquí puede deducirse la necesidad de su publicación.

— *Acto de acatamiento de la Constitución* y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico. Este acatamiento no debe confundirse con la adhesión o manifestación personal de conformidad con los valores, principios y reglas de textos jurídicos. Y, en tal sentido, el TREBEP ha sustituido el deber de lealtad constitucional por un más prosaico deber de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento.

— *Toma de posesión* dentro del plazo que se establezca. Se trata de una exigencia tradicional que presenta una evidente semejanza con la toma de posesión de la cosa para adquirirla en propiedad (de aquí la vieja y equívoca expresión de «plaza en propiedad»). En el caso de que el puesto de trabajo al que se acceda resulte incompatible con el que vinieran desempeñando, el sujeto habrá de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión —art. 10 Ley 53/1984—.

5. LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

5.1. LOS DERECHOS RETRIBUTIVOS

5.1.1. Aspectos generales

Dentro de los derechos económicos deben diferenciarse las retribuciones, que son la contraprestación por el trabajo, de las indemnizaciones por razón del servicio, que sería una compensación por gastos generados con ocasión del servicio —art. 28—. En relación con las retribuciones propiamente dichas, el TREBEP —art. 22.1— mantiene la clasificación de realizada por la LMRFP —art. 23.1— en básicas y complementarias, si bien introduce una mayor flexibilidad, en relación con las retribuciones complementarias.

De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional públicos (SSTC 63/1986, 96/1990, 237/1992, 385/1993, 171/1996, entre otras) que reconoce la competencia del Estado para imponer, por vía de Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, límites cuantitativos a los incrementos retributivos del personal al servicio de las Administraciones autonómicas, como medida dirigida a contener la expansión de uno de los componentes esenciales del gasto público —*ex* art. 149.1.13 CE—, el TREBEP —art. 21— establece que las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías *globales* de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos. No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la *masa salarial* superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

Por último, como conceptos retributivos prohibidos, el TREBEP —art. 22.5— establece: «No podrá percibirse participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios».

5.1.2. Las retribuciones básicas

El TREBEP —art. 22.2— define las retribuciones básicas, cosa que no hacía la LMRFP, como las que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o

escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y por su antigüedad en el mismo. Además, el TREBEP —art. 23— mantiene la uniformidad de las retribuciones básicas en el sentido de que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de modo que su cuantía es exactamente igual para los funcionarios de cada Subgrupo y, en su caso, Grupo, con independencia del Cuerpo al que pertenezcan y de la Administración a la que sirvan. Asimismo, según el TREBEP —art. 23—, las retribuciones básicas estarán integradas única y exclusivamente por el sueldo, el *sueldo*, el cual es asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y los *trienios*, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio.

Pero, además, añade que dentro de ellas (de las retribuciones básicas) están comprendidos los componentes de sueldo y trienios de las *pagas extraordinarias* —art. 22.2—. En efecto, el TREBEP —art. 22.4— establece que el importe de cada paga extraordinaria será de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias referidas a la carrera administrativa y al del puesto de trabajo. De este modo, la naturaleza de las pagas extraordinarias es mixta: las parte de las pagas extraordinarias relativa a los componentes de sueldo y trienios tiene la naturaleza de retribuciones básicas —art. 22.2—, por lo que el resto debe entenderse que tiene el carácter de retribución complementaria.

5.1.3. *Las retribuciones complementarias*

El TREBEP —art. 22.3— define a las retribuciones complementarias como las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario. Y añade —art. 24— que la «cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, *entre otros*, a los siguientes factores». Por tanto, los factores a retribuir pueden ser más. Además, como la estructura es abierta cada uno de estos cuatro factores no tiene porqué corresponderse a un único complemento como sucede con la LMRFP, de modo que es posible que puedan desglosarse en varios complementos. El TREBEP se refiere a los factores siguientes:

— *Nivel alcanzado en la carrera profesional*. El TREBEP —art. 24.a)— se refiere a la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa. Así, el TREBEP permite que la Leyes de desarrollo puedan articular un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso, fijándose la remuneración correspondiente a cada uno de ellos —art. 17.a)—. Es la gran novedad del TREBEP en esta materia. En cuanto a la cuantía, habrá que estar a las Leyes de desarrollo del TREBEP, si bien lo previsible es que la cuantía de los escalones o tramos sea distinta en función de los Grupos y Subgrupos.

— *Características del puesto de trabajo*. El TREBEP —art. 24.b)— se refiere a la «especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo». De otro lado, el TREBEP —art. 74— establece que la cuantía de las retribuciones complementarias debe estar determinada en las RPT «o instrumentos organizativos similares». La referencia genérica a las «condiciones en que

se desarrolla el trabajo» permite a las RPT introducir otras circunstancias no expresamente mencionadas distintas a las tradicionales penosidad y peligrosidad (como la atención al público, la utilización necesaria de varios idiomas o lenguas...).

— *Productividad*. El TREBEP —art. 24.c)— se refiere al «grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos». Como se verá, para la aplicación de este concepto el TREBEP —art. 20.1— exige a las Administraciones públicas el establecimiento de sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. Y lo cierto es que debido a la ausencia de una verdadera evaluación del desempeño, la aplicación práctica de este concepto ha sido muy dispar y, en general, deficiente. Así, no son infrecuentes los repartos indiscriminados en función de factores objetivos (como el grupo, el cuerpo y el nivel del puesto de trabajo), a pesar de que la jurisprudencia ha declarado ilegal la asignación lineal y anticipada de este complemento, pues supone su desnaturalización.

— *Servicios extraordinarios*. El TREBEP —art. 24.d)— se refiere a los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. A este respecto, como ha señalado la jurisprudencia (STS 30-5-2008, Rec. 1131/2005), el carácter extraordinario de estas gratificaciones no se opone a que su cuantía se predetermine en proporción al importe de las horas de trabajo en jornada ordinaria, lo cual contribuye a dotar de seguridad jurídica su cuantía. Además, también es frecuente que se prevea la posibilidad de sustituir la gratificación económica por una compensación horaria (STS 30-4-2008, Rec. 58/2006).

5.2. LA CARRERA PROFESIONAL

5.2.1. *Concepto de carrera*

La carrera profesional de los empleados públicos admite una doble perspectiva:

— *Desde el punto de vista subjetivo de los empleados públicos*: la carrera profesional constituye un derecho subjetivo, integrante de su Estatuto profesional. Así, el TREBEP declara que los empleados públicos tienen derecho «a la progresión en la carrera profesional y promoción interna» —art. 14.c)—; y añade: «Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional» —art. 16.1—. No obstante, se trata de un derecho de configuración legal, que el TREBEP no garantiza sino de modo débil, claudicante, puesto que reenvía a las correspondientes Leyes de Función Pública. Lo cierto es que con la posible salvedad de la carrera horizontal (en el sentido que se señala más adelante), las modalidades de carreras profesionales conocidas hasta el TREBEP, tanto la carrera vertical como la promoción interna, están condicionadas a las necesidades de la organización (a la existencia y oferta de puestos vacantes) y, además, en ambos casos la oferta se resuelve en un procedimiento de concurrencia competitiva (y, además, en el caso de libre designación, la provisión es discrecional). En estas circunstancias no es posible hablar de un derecho subjetivo perfecto al ascenso o carrera. Lo que sí se garantiza es derecho a la igualdad, pues —como se indicó más arriba— el art. 23.2 CE no sólo actúa en el momento del acceso a las funciones públicas, sino que es aplicable a la carrera administrativa y a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 15/1988, 192/1991, 365/1993 y 156/1998, 221/2004, 30/2008). No obstante, el Tribunal Constitucional tiene establecido que, si bien en el momento del acceso a la función pública no hay más canon que los princi-

pios constitucionales de mérito y capacidad, con posterioridad otros criterios pueden acompañar a dichos principios, en atención a una mayor eficacia en la organización de los servicios (SSTC 156/1998, 221/2004), o a la protección de otros bienes constitucionales (como la protección de la familia, STC 192/1991).

— Desde el punto de vista objetivo o institucional: el TREBEP —art. 16.1— considera que la «carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad». Un buen diseño de carrera permite mejorar el rendimiento y la productividad del empleado público y, en definitiva, la eficacia de la Administración. Se trataría de encauzar las expectativas subjetivas en el marco de las necesidades e intereses y de la organización.

5.2.2. Clases de carrera

El TREBEP —art. 16.3— establece que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable «en cada ámbito» que «podrán» consistir, «entre otras», en la aplicación aislada o simultánea de «alguna o algunas» de las siguientes modalidades:

a) Carrera horizontal: consiste en el incremento del reconocimiento profesional obtenido por un empleado sin cambiar de puesto de trabajo como consecuencia de la evaluación de su desempeño profesional.

b) Carrera vertical: consiste en el ascenso en la estructura de la organización, mediante la adscripción de puestos de trabajo de rango superior.

c) Promoción interna vertical: consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior.

d) Promoción interna horizontal: consiste en la adscripción a un cuerpo o escala distinta del mismo grupo o subgrupo.

Dado el carácter abierto del art. 16.3 («podrán», «entre otras», de «alguna o algunas»), en teoría el legislador de desarrollo del TREBEP puede optar por incorporar todas o sólo algunas de las modalidades de carrera señaladas, así como puede también optar por incorporar otras no contempladas en el TREBEP. El legislador únicamente está obligado a establecer un «modelo de carrera profesional», pero sin que el TREBEP aparentemente condicione cuál deba ser, de tal modo que la garantía básica es prácticamente inexistente. Pero, en realidad, el margen de maniobra del legislador no es tan abierto como pudiera parecer. En efecto, la carrera vertical, que existe desde Ley de Funcionarios de 1964, tendrá que seguir existiendo, por la sencilla razón de que el propio TREBEP ordena a las Administraciones a estructurar sus organizaciones a partir de las técnicas de ordenación de puestos de trabajo —art. 74—. Y, de hecho, el propio TREBEP establece —como se verá— algunas determinaciones básicas —arts. 78 ss.—. Por su parte, la promoción interna vertical ha sido interiorizada por los funcionarios, y es un instrumento que conviene también a la propia Administración, pues a través de los planes de recursos humanos se pueden articular medidas de promoción interna que eviten reclutar personal externo. Y el propio TREBEP —art. 18.2— parece contradecir este supuesto carácter dispositivo, al menos para la promoción vertical («articularán», mientras que para la horizontal refiere «podrán»).

Por tanto, la única decisión que puede adoptar el legislador autonómico es la referente a la carrera horizontal, pues se trata de un elemento novedoso, aún no consolidado —art. 17.a)—. Finalmente, el TREBEP —art. 16.4— establece que los funcionarios de carrera podrán progresar *simultáneamente* en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.

5.2.3. *La carrera vertical: los procedimientos de provisión de puestos de trabajo*

Según el TREBEP —art. 78.1—, las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En realidad, este precepto, como se ha señalado, responde a una exigencia constitucional. Además, siguiendo el planteamiento general de la LMRFP, el TREBEP —art. 78.2— añade que la provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, precisando que el concurso es el procedimiento *normal* de provisión de puestos de trabajo —art. 79.1—, lo que a *contrario sensu* comporta el carácter excepcional del procedimiento de libre designación.

— *Concurso*. Según el TREBEP —art. 79.1—, el concurso consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos. De la referencia del TREBEP no sólo a méritos, sino también a *capacidades* y *aptitudes*, parece desprenderse la generalización de los actuales concursos específicos, con entrevistas y memorias. Y, en todo caso, lo previsible será que la evaluación del desempeño adquiera gran peso. Así, el propio TREBEP —art. 20.3— establece que deberán determinarse los efectos de la evaluación del desempeño en la provisión de puestos de trabajo. Además, el TREBEP —art. 79.2—, establece que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo. De este modo, el TREBEP renuncia a establecer, con carácter básico, el plazo de dos años mínimos de permanencia fijado en la LMRFP. La valoración de los concursos corresponderá a órganos colegiados de carácter técnico, cuya composición responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre, y su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad —art. 79.1—.

Pero, sobre todo, la principal novedad en materia de concursos del TREBEP está en materia de permanencia en el puesto de trabajo. Siguiendo el criterio de la Comisión de expertos, según el cual el acceso a un puesto de trabajo mediante concurso no tiene por qué suponer que el funcionario adquiere un derecho vitalicio a ese cargo, el TREBEP —art. 20.4— establece que la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada. En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema —art. 79.4—.

— *Libre designación*. Según el TREBEP —art. 80.1—, la libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano compe-

tente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP deberán establecer los criterios para determinar los puestos que «por su especial responsabilidad y confianza» puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública. Lo cierto es que la jurisprudencia considera la libre designación, como procedimiento «excepcional» (STS 20-4-2009, Rec. 4300/2005) y, por tanto, los supuestos en los que procede son de interpretación restrictiva (STS 22-1-2007, Rec. 7310/2001). Así, la complejidad técnica de un puesto de trabajo no justifica su provisión por libre designación. Asimismo, en aplicación de la LRJPAC —art. 54—, su elección debe motivarse adecuadamente en atención a las funciones asignadas al puesto de trabajo (SSTS 19-3-2008, 28-5-2008, 16-9-2009, Rec. 4874/2005). Esta doctrina ha llevado a declarar ilegal la aplicación indiscriminada de la libre designación para un conjunto de puestos de trabajo (así la STSJ de Asturias 511/2010, de 30 de abril, anuló la RPT de la Administración autonómica por entender que generalizaba el sistema de LD, en detrimento del concurso, para todas las Jefaturas de Servicios).

En cuanto al procedimiento de la libre designación, el requisito de la previa convocatoria pública constituye una exigencia constitucional (SSTC 235/2000, 221/2004). Asimismo, la convocatoria debe definir «los requisitos exigidos para el desempeño del puesto» —art. 80.1 TREBEP—. A este respecto, la jurisprudencia ha rechazado por contraria al art. 23.2 CE la exclusión genérica de determinados cuerpos funcionariales para concurrir a una convocatoria de libre designación (STC 118/2008). De otro lado, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de declarar desierta la convocatoria pese a la existencia de candidatos que cumplan los requisitos exigidos, pues no puede reducirse la libre designación a la elección forzosa de uno de los aspirantes (STS 4-5-2009, Rec. 5235/2005). Finalmente, respecto al cese, el TREBEP —art. 80.4— optó por mantener el criterio según el cual los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. Ahora bien, el cese es una facultad que, aun discrecional, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales» (SSTC 17/1996, 202/1997, 29/2000).

— *Comisión de Servicios*. El TREBEP —art. 81.3— permite que en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación. Justamente a esta finalidad han respondido las ya llamadas comisiones de servicios, que, debido a su discrecionalidad, se han prestado a un uso desviado, convirtiéndose en ocasiones en una especie de «período de prueba».

— *La movilidad interadministrativa*. Uno de los déficits recurrentes del sistema español de empleo público ha sido la escasa movilidad de empleados públicos entre distintas Administraciones, que en la práctica se reduce a dos vías: la «permuta» entre dos funcionarios, con la conformidad de las Administraciones implicadas y la posibilidad de que una Administración contemple en una convocatoria de provisión de los puestos de trabajo que puedan optar a la misma empleados de otras Administraciones. Por su parte, el TREBEP renunció a imponer reglas generales (p. ej., fijar un porcentaje mínimo de vacantes a proveer por convocatorias abiertas), limitándose —art. 84.1— a instar a las Administraciones a establecer medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración. Dado que una de las reservas que suscita esta movilidad es la relativa a la competencia profesional del personal precedente de otras Administra-

Por tanto, la única decisión que puede adoptar el legislador autonómico es la referente a la carrera horizontal, pues se trata de un elemento novedoso, aún no consolidado —art. 17.a)—. Finalmente, el TREBEP —art. 16.4— establece que los funcionarios de carrera podrán progresar *simultáneamente* en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.

5.2.3. *La carrera vertical: los procedimientos de provisión de puestos de trabajo*

Según el TREBEP —art. 78.1—, las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En realidad, este precepto, como se ha señalado, responde a una exigencia constitucional. Además, siguiendo el planteamiento general de la LMRFP, el TREBEP —art. 78.2— añade que la provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, precisando que el concurso es el procedimiento *normal* de provisión de puestos de trabajo —art. 79.1—, lo que a *contrario sensu* comporta el carácter excepcional del procedimiento de libre designación.

— *Concurso*. Según el TREBEP —art. 79.1—, el concurso consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos. De la referencia del TREBEP no sólo a méritos, sino también a *capacidades* y *aptitudes*, parece desprenderse la generalización de los actuales concursos específicos, con entrevistas y memorias. Y, en todo caso, lo previsible será que la evaluación del desempeño adquiera gran peso. Así, el propio TREBEP —art. 20.3— establece que deberán determinarse los efectos de la evaluación del desempeño en la provisión de puestos de trabajo. Además, el TREBEP —art. 79.2—, establece que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo. De este modo, el TREBEP renuncia a establecer, con carácter básico, el plazo de dos años mínimos de permanencia fijado en la LMRFP. La valoración de los concursos corresponderá a órganos colegiados de carácter técnico, cuya composición responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre, y su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad —art. 79.1—.

Pero, sobre todo, la principal novedad en materia de concursos del TREBEP está en materia de permanencia en el puesto de trabajo. Siguiendo el criterio de la Comisión de expertos, según el cual el acceso a un puesto de trabajo mediante concurso no tiene por qué suponer que el funcionario adquiere un derecho vitalicio a ese cargo, el TREBEP —art. 20.4— establece que la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada. En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema —art. 79.4—.

— *Libre designación*. Según el TREBEP —art. 80.1—, la libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano compe-

tente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP deberán establecer los criterios para determinar los puestos que «por su especial responsabilidad y confianza» puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública. Lo cierto es que la jurisprudencia considera la libre designación, como procedimiento «excepcional» (STS 20-4-2009, Rec. 4300/2005) y, por tanto, los supuestos en los que procede son de interpretación restrictiva (STS 22-1-2007, Rec. 7310/2001). Así, la complejidad técnica de un puesto de trabajo no justifica su provisión por libre designación. Asimismo, en aplicación de la LRJPAC —art. 54—, su elección debe motivarse adecuadamente en atención a las funciones asignadas al puesto de trabajo (SSTS 19-3-2008, 28-5-2008, 16-9-2009, Rec. 4874/2005). Esta doctrina ha llevado a declarar ilegal la aplicación indiscriminada de la libre designación para un conjunto de puestos de trabajo (así la STSJ de Asturias 511/2010, de 30 de abril, anuló la RPT de la Administración autonómica por entender que generalizaba el sistema de LD, en detrimento del concurso, para todas las Jefaturas de Servicios).

En cuanto al procedimiento de la libre designación, el requisito de la previa convocatoria pública constituye una exigencia constitucional (SSTC 235/2000, 221/2004). Asimismo, la convocatoria debe definir «los requisitos exigidos para el desempeño del puesto» —art. 80.1 TREBEP—. A este respecto, la jurisprudencia ha rechazado por contraria al art. 23.2 CE la exclusión genérica de determinados cuerpos funcionariales para concurrir a una convocatoria de libre designación (STC 118/2008). De otro lado, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de declarar desierta la convocatoria pese a la existencia de candidatos que cumplan los requisitos exigidos, pues no puede reducirse la libre designación a la elección forzosa de uno de los aspirantes (STS 4-5-2009, Rec. 5235/2005). Finalmente, respecto al cese, el TREBEP —art. 80.4— optó por mantener el criterio según el cual los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. Ahora bien, el cese es una facultad que, aun discrecional, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales» (SSTC 17/1996, 202/1997, 29/2000).

— *Comisión de Servicios*. El TREBEP —art. 81.3— permite que en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación. Justamente a esta finalidad han respondido las ya llamadas comisiones de servicios, que, debido a su discrecionalidad, se han prestado a un uso desviado, convirtiéndose en ocasiones en una especie de «período de prueba».

— *La movilidad interadministrativa*. Uno de los déficits recurrentes del sistema español de empleo público ha sido la escasa movilidad de empleados públicos entre distintas Administraciones, que en la práctica se reduce a dos vías: la «permuta» entre dos funcionarios, con la conformidad de las Administraciones implicadas y la posibilidad de que una Administración contemple en una convocatoria de provisión de los puestos de trabajo que puedan optar a la misma empleados de otras Administraciones. Por su parte, el TREBEP renunció a imponer reglas generales (p. ej., fijar un porcentaje mínimo de vacantes a proveer por convocatorias abiertas), limitándose —art. 84.1— a instar a las Administraciones a establecer medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración. Dado que una de las reservas que suscita esta movilidad es la relativa a la competencia profesional del personal precedente de otras Administra-

ciones, se prevé que la Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad. No obstante, la modificación del TREBEP efectuada por la Ley 15/2014 no obliga ya a la Administración de destino a asumir el personal procedente de otra Administración que obtenga un puesto de trabajo mediante libre designación.

5.2.4. *La promoción interna*

— *Promoción interna vertical.* El TREBEP —art. 18.2— establece que los funcionarios deberán «poseer los requisitos exigidos para el ingreso» (lo que afecta fundamentalmente al título académico) y tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el *inferior* Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. De este modo, se establece un ascenso escalonado, si bien se prevé transitoriamente una excepción —Disp. Tran. 3.^ª—. Además, los funcionarios deberán superar las correspondientes pruebas, pues la promoción se realizará mediante procedimientos «selectivos» que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad —art. 18.1—. Así, la constitucionalidad de estas pruebas ha sido refrendada (STC 31/2006). A este respecto, las normas reglamentarias suelen establecer un procedimiento de concurso-oposición. Por lo demás, el TREBEP no fija un porcentaje de plazas de la oferta pública de empleo reservadas para la promoción interna, si bien algunas leyes autonómicas sí contienen un porcentaje que varía según los casos (p. ej., un 25 por 100 TR Ley de Galicia de Función Pública —art. 63—, o un 30 por 100 Ley de Baleares 3/2007 de Función Pública —art. 68—).

— *Promoción interna horizontal.* Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo —art. 18.3—. En general, se entiende que ha de tratarse de cuerpos o escalas que desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico.

— *Promoción interna oblicua.* El TREBEP —Disp. Tran. 2.^a— prevé la articulación de mecanismos de funcionarización para los laborales que a la entrada en vigor del TREBEP ejercieran funciones reservadas a los funcionarios. En concreto, este personal laboral fijo podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición».

5.2.5. *La carrera horizontal: la evaluación del desempeño*

Con frecuencia, debido a la estructuración de la Administración, los funcionarios ven muy limitadas las posibilidades reales de progresar mediante la carrera vertical (condicionada por la RPT y las convocatorias de provisión). Asimismo, el cambio de puesto de trabajo como único medio para progresar profesionalmente, comporta también disfuncionalidades para la Administración (exceso de movilidad voluntaria).

Además, los funcionarios del subgrupo A1 no tienen ya posibilidad de ascender mediante la promoción interna vertical (sí cabe aún la horizontal). Para ofrecer una oportunidad de progresión profesional a los funcionarios sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo ni de cuerpo profesional, el TREBEP contempló la «posibilidad» de que las Leyes de Función Pública regulasen la carrera horizontal de los funcionarios de carrera —art. 17—.

La carrera horizontal consiste en articular «un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos» —art. 17.a)—, del tal modo que el funcionario que supere el sistema de evaluación que se establezca podrá ascender de grado, categoría, escalón o nivel que se determine. Para ello, las Leyes de Función Pública deberán determinar un número de escalones o grados para cada Grupo o Subgrupo, y que pueden ser variables (tres, cuatro, cinco...). Cada uno de estos escalones o grados llevará asociada una remuneración: el complemento de carrera —art. 24.a)—, y que previsiblemente variará en función del Grupo o Subgrupo de que se trate. Asimismo, para pasar al escalón o grado siguiente el funcionario deberá cubrir el tiempo asignado a cada escalón o grado y que puede ser variable (cinco, seis años son los plazos más previsibles). El número de escalones y de años por cada escalón son dos magnitudes relacionadas, pues lo lógico será articular una carrera profesional con un recorrido suficiente para incentivar la vida profesional de un funcionario medio.

En cuanto a los elementos a evaluar, según el TREBEP —art. 17.b)—: «Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida». Entre los *méritos* pueden tenerse en cuenta conceptos tales como títulos académicos, docencia. Más cuestionable sería utilizar la, antigüedad, pero sobre todo la gran cuestión es el actual grado personal. Asimismo, entre las *aptitudes* aquí puede entrar el grado de compromiso del empleado con la organización (p. ej., participación voluntaria en acciones orientadas a mejorar la calidad de los servicios). Además, habrá que tener también en cuenta, de forma negativa, las posibles sanciones de «demérito» introducidas por el propio TREBEP —art. 96.1—, y que consistirá «en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria».

En todo caso, el peso fundamental de la valoración deberá recaer sobre la evaluación del desempeño, que el TREBEP —art. 20.1— define a la *evaluación del desempeño* como «el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados». Más exactamente, podría decirse que se «valora» la conducta profesional» y se mide y valora el rendimiento. El TREBEP —art. 20.1— establece: «Las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados», sistemas que se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, *objetividad, imparcialidad y no discriminación* y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos» —art. 20.2—. De estos preceptos se desprenden varias consecuencias. Primero, el carácter obligatorio para todas las Administraciones públicas («establecerán»). Segundo, estos sistemas deben aplicarse tanto a funcionarios como a laborales («empleados públicos»), y lo cierto es que no tendría sentido aquí un trato diferenciado. Tercero, el TREBEP no se remite en esta materia a las Leyes de Función Pública, sino directamente a las Administraciones Públicas, de donde puede entenderse que estos sistemas de evaluación pueden ser regulados por Reglamentos. No obstante, esta consecuencia debe ser matizada. En efecto, debido a los efectos jurídicos de la evaluación sobre la

carrera y las retribuciones parece inevitable que las Leyes de desarrollo del TREBEP establezcan los principales elementos de la evaluación del desempeño (factores a evaluar, garantías jurídicas), sin perjuicio de que las metodologías y aspectos técnicos de la evaluación en sí misma sean objeto de desarrollo reglamentario que, además, no tiene por qué ser unitario, sino que puede ser diversificado por sectores, adaptado así a las particularidades de colectivos específicos (el propio TREBEP habla de «sistemas» tanto en el art. 20.1 como en el 20.5). Finalmente, la aplicación de la carrera profesional requiere la aprobación previa de estos sistemas objetivos de evaluación del desempeño —art. 20.5—.

En cuanto a los elementos que conforman la carrera horizontal, pueden apuntarse los siguientes:

— Voluntaria. Aunque no lo explicita el TREBEP debe postularse el carácter voluntario de la carrera horizontal como del resto de las modalidades de carrera profesional. Además, una configuración obligatoria se compadecería mal con su carácter primordial de derecho del funcionario.

— Consecutiva. Según el TREBEP —art. 17.a)—: «Los ascensos serán *consecutivos* con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad». En nuestra opinión, introducir esta posibilidad tendría efectos perturbadores y de generación de desconfianza.

— Individualizada. Dado que el sistema de carrera horizontal no supone cambio de puesto de trabajo, entendemos que debe configurarse como un sistema de evaluación individualizada, no competitiva, de tal modo que a todo funcionario que obtenga una valoración favorable (otra cosa será el nivel de exigencia que se fije) debe reconocérsele el derecho al ascenso a la categoría correspondiente, sin necesidad de competir con los funcionarios de su grupo o subgrupo profesional. Asimismo, esta característica permitiría configurar la carrera horizontal, a diferencia de las otras modalidades de carrera profesional, como un derecho subjetivo del funcionario (no condicionado a la existencia de vacantes, de convocatorias y de superación de un proceso competitivo).

— Irreversible. Aun cuando el TREBEP no impone el carácter irreversible del grado o escalón alcanzado, esta consolidación parece necesaria para garantizar la seguridad jurídica del sistema de carrera. Al ser voluntaria la carrera —tal como se ha señalado— no parece razonable situar a los funcionarios en la tesitura de pedir una evaluación de la cual puede resultar que, lejos de progresar, pueden retroceder de nivel o grado, quedando en *peru* condición. El resultado de la evaluación puede suponer un «parón» en la carrera, pero la idea misma de carrera se compadece mal con la eventualidad de un retroceso.

Modalidad de carrera	Condicionantes	Naturaleza jurídica
Carrera vertical	Vacantes — Convocatoria pública — Procedimiento selectivo	Expectativa de promoción profesional
Promoción interna	Vacantes — Convocatoria pública — Procedimiento selectivo	Expectativa de promoción profesional
Carrera horizontal	Convocatoria o solicitud abierta — Procedimiento individualizado de evaluación	Derecho subjetivo

5.3. DERECHOS RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE TRABAJO

5.3.1. *La jornada de trabajo*

El TREBEP —art. 47— se limita a establecer que las «Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial». Puede observarse que el TREBEP no se remite en esta materia a las Leyes de desarrollo del Estatuto, sino directamente a la potestad reglamentaria y organizativa. Esto es así porque la determinación de la jornada de trabajo se ha considerado tradicionalmente que forma parte de la potestad de autoorganización de las Administraciones y, de hecho, se ha venido regulando en simples Instrucciones generales. Y esta remisión al ámbito reglamentario ha sido avalada por la jurisprudencia, la cual considera que no incumple la reserva de ley del estatuto funcional (STS 16-9-2009, rec. 5683/2005). Asimismo, el TREBEP —art. 37.1.m)— establece que deben ser objeto de negociación, entre otras materias, las referidas a calendario laboral, jornadas y horarios. De otro lado, el TREBEP —art. 30.1— recoge un precepto, ya contenido en Leyes anteriores, según el cual, y sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pudiera corresponder, la parte de jornada no realizada (debido a las ausencias, faltas de puntualidad y permanencia del personal que no queden debidamente justificadas) darán lugar a una *deducción proporcional de haberes*, medida ésta que no tiene carácter disciplinario o sancionador.

5.3.2. *Permisos y licencias*

Entre los derechos individuales de los empleados públicos, el TREBEP —art. 14.m)— menciona el derecho a los permisos y licencias. El TREBEP desglosa los permisos de un modo casuístico en dos arts. (48 y 49), sin que esté muy clara la sistemática, pues buena parte de los permisos del art. 48 lo son también por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La diferencia parecía consistir en que los permisos del art. 48 se aplican en defecto de otra legislación aplicable. Sin embargo, el Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, suprimió este carácter supletorio, fijando directamente los permisos y licencias. Por su parte, los permisos del art. 49 del TREBEP se configuran como normas de mínimos: «*En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas*»). Además, el TREBEP —art. 37.1.m)— establece que deben ser objeto de negociación, entre otras materias, las referidas a permisos (debe entenderse que tanto los del art. 48 como los del art. 49).

5.3.3. *Vacaciones*

Entre los derechos individuales de los empleados públicos, el TREBEP —art. 14.m)— menciona el derecho a las vacaciones. Asimismo, el TREBEP —art. 50— dispuso que los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar *como mínimo*, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor. A estos efectos, no se consideran como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales. Sin embargo, el Decre-

to-Ley 20/2012, de 13 de julio, suprimió el inciso «como mínimo». Con todo, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, se permite que cada Administración Pública pueda establecer hasta un máximo de cuatro días adicionales de vacaciones en función del tiempo de servicios prestados por los funcionarios públicos —disp. adic. 14.^a TREBEP—.

6. LA REPRESENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

6.1. LOS ÓRGANOS UNITARIOS DE REPRESENTACIÓN

Desde que a principios de los ochenta se extiende la dualidad de personal funcionario y laboral en las Administraciones públicas, se hace evidente el desequilibrio de representación de ambos colectivos, pues si el personal laboral contaba con los delegados de personal y comités de empresa, el personal funcionario estaba huérfano de representación. Esta situación se subsana por la Ley 9/1987, que con escasas novedades incorpora el TREBEP. Así, el TREBEP —art. 39.1— establece que los órganos específicos de representación de los funcionarios son los Delegados de Personal y las Juntas de Personal. La distribución entre Delegados de Personal y Juntas Electorales y, dentro de cada una de estas representaciones, la fijación del número de representantes, se determina en función del censo de funcionarios que integran cada unidad electoral, siguiendo las pautas del Estatuto de los Trabajadores para los Comités de Empresa.

FIGURA 2

<i>Unidades electorales</i>	<i>Representación</i>
6 a 30 funcionarios	1 Delegado de Personal
de 31 a 49 funcionarios	3 Delegados de Personal
De 50 a 100 funcionarios	Junta de Personal con 5 representantes
De 101 a 250 funcionarios	Junta de Personal con 9 representantes
De 251 a 500 funcionarios	Junta de Personal con 13 representantes
De 501 a 750 funcionarios	Junta de Personal con 17 representantes
De 751 a 1.000 funcionarios	Junta de Personal con 21 representantes
De 1.001 en adelante	Dos por cada 1.000 o fracción, con el máximo de 75

Cuando los Delegados de Personal son tres ejercen su representación conjunta y mancomunadamente —art. 39.2—. Respecto a las Juntas de Personal, eligen de entre sus miembros un Presidente y un Secretario y elaboran su propio reglamento de procedimiento, que deberá ser aprobado por los votos favorables de, al menos, 2/3 de sus miembros —art. 39.6—.

Ahora bien, las Juntas de Personal y los Delegados de Personal no disponen de legitimación para negociar las condiciones de trabajo de sus representados, sino que sus funciones se desenvuelven en un plano de seguimiento de la política de personal de la

Administración: recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento; tener conocimiento y ser oídos en el establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, así como en el régimen de vacaciones y permisos; vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, entre otras —art. 40.1 TREBEP—. Por lo demás, las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los Delegados de Personal, mancomunadamente, están legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial «en todo lo relativo al ámbito de sus funciones» —art. 40.2—.

Por lo demás, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, obligó a las Administraciones Públicas a disponer de un Registro de Órganos de Representación del Personal al servicio de las mismas y de sus organismos, agencias, universidades y entidades dependientes —Disp. Adic. 5.^a TREBEP—.

6.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

6.2.1. *Planteamiento constitucional*

Una de las características tradicionales del Estatuto funcional ha sido su integración exclusiva por normas legales y, sobre todo, reglamentarias, quedando excluida la negociación colectiva. Pero tras la Constitución de 1978 esta situación fue objeto de un replanteamiento profundo. Así, se definen tres posturas.

— Tesis de la prohibición constitucional. La de quienes consideran que la CE excluye la negociación colectiva de las relaciones de servicio de los funcionarios públicos, por entenderla incompatible con la reserva legal en materia funcional —art. 103.3 CE—, postura que puede considerarse ampliamente superada.

— Tesis del reconocimiento constitucional. La de quienes, por el contrario, entienden que la propia CE reconoce el derecho a la negociación colectiva, bien directamente en el art. 37.1, bien como una derivación del art. 28.1, y que es defendida por la mayoría de la doctrina laboralista (SALA FRANCO, ROQUETA).

— Tesis de la ausencia de tratamiento constitucional. Según esta postura, la CE ni prohíbe ni reconoce el derecho a la negociación colectiva, sino que se limita a remitir esta cuestión al legislador. Esta es, aparentemente, la postura del Tribunal Constitucional, el cual tiene declarado (SSTC 57/1982, 80/2000, 85/2001) que la CE no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo, ni de manera autónoma —art. 37.1 CE— ni derivada de la libertad sindical —art. 28.1 CE—. Aun cuando el TC admite la existencia de un cierto nexo conceptual entre el derecho de sindicación de los funcionarios públicos y el derecho de éstos a participar en la determinación de las condiciones de empleo, considera que el legislador puede optar en un amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido: negociaciones informales; presentación de sugerencias o recomendaciones; consultas oficiales a órganos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos negociados regulados por la ley, y que, por regla generalizada, necesitan de una autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de negociación.

Por tanto, el derecho a la negociación colectiva es un *derecho de configuración legal*. La negociación colectiva de los funcionarios sería introducida en nuestro Derecho mediante la Ley 9/1987, sustituida en la actualidad por el TREBEP.

6.2.2. *Ámbito subjetivo*

De entrada, debe señalarse que el régimen de negociación colectiva previsto en el TREBEP es aplicable exclusivamente a los funcionarios públicos, pues los empleados públicos con contrato laboral se rigen por la legislación laboral —art. 32 TREBEP—. Hasta fechas recientes, al personal laboral de las Administraciones públicas se aplicaba íntegramente el régimen general de la negociación colectiva. Pero el Decreto-Ley 20/2012 introdujo un nuevo precepto en el TREBEP, según el cual se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación. —art. 32.2—.

Además, debe señalarse que determinados cuerpos funcionariales carecen del derecho a la negociación colectiva. Esto sucede así, desde luego, en el caso de los colectivos de funcionarios que carecen de libertad sindical (Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Jueces y Magistrados). Pero también sucede en el caso de la Policía Nacional, a pesar de que sí tienen un derecho a la sindicación limitado (Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Por último, también se excluye de la negociación colectiva al personal directivo profesional —art. 13.4 TREBEP—, y aunque no lo diga el TREBEP también debe entenderse excluido el personal eventual, dada su relación de especial confianza (véase, no obstante, STS 25-4-2008, Ar. 2622).

6.2.3. *Legitimación para negociar*

El TREBEP —art. 33.1— establece que la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se efectuará mediante el ejercicio de la *capacidad representativa* reconocida a las Organizaciones Sindicales en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical —arts. 6.3.c); 7.1 y 7.2—: organizaciones más representativas a nivel estatal, organizaciones más representativas de Comunidad y los llamados sindicatos suficientemente representativos. De este modo, el TREBEP mantiene la línea de reconocer legitimación para negociar exclusivamente a los *sindicatos*, y no a los representantes unitarios (Delegados y Juntas de Personal), y ello a pesar de algún caso extremo de sindicatos sin representación en las elecciones (STS 5-5-1994, Ar. 4315).

6.2.4. *Mesas de Negociación*

El TREBEP establece una compleja estructura negociativa articulada a través de las llamadas Mesas de Negociación. Por un lado, existe una estructura de Mesas para

negociar las condiciones de trabajo específicas de los *funcionarios* públicos. En concreto, el TREBEP —art. 34.1— establece que, a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales. Son competencias propias de las Mesas Generales la negociación de las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito. Pero además de estas Mesas Generales de Negociación y por acuerdo de las mismas (y dependiendo de éstas) podrán constituirse Mesas Sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número —art. 36.4—. De este modo, el TREBEP no fija ya cuáles serán esas Mesas Sectoriales, no están tasadas (han sido comunes en sanidad, educación y administración de justicia).

De otro lado, el TREBEP contempla unas mesas para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes a todos los *empleados* públicos (funcionarios, laborales y estatutarios). Lo cierto es que ya en algunas Administraciones (sobre todo locales) se extendió la práctica de una negociación conjunta para funcionarios y laborales, mediante acuerdos mixtos, con objeto de simplificar la gestión de los recursos humanos al tiempo que se evitan situaciones generadoras de agravios. Sin embargo, los tribunales declararon ilegal estos acuerdos por falta de cobertura legal (STS 9-6-2006, Ar. 3357). En concreto, el TREBEP —art. 36.1— constituye una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (con representación unitaria de las Administraciones), que conocerá las materias susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, así como el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Además, se constituirá una Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales —art. 36.3—.

6.2.5. *Materias objeto en la negociación*

El TREBEP —art. 37— diferencia entre materias que deben ser objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, y materias que se excluyen de la obligatoriedad de negociación. Entre las primeras, en algunos supuestos la materia objeto de negociación es completa (como los planes de Previsión Social Complementaria, las medidas sobre salud laboral, las medidas referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica). Las más importantes son las medidas de carácter retributivo (el incremento de las retribuciones que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas, y la determinación y aplicación de las retribuciones «complementarias»). Sin embargo, en la mayoría de los casos el objeto de negociación se contrae a la adopción de *criterios generales* sobre una materia (en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; en materia de evaluación del desempeño; para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, o en materia de acción social). Así, por ejemplo, los tribunales tienen declarado que la convocatoria de un proceso selectivo no está sometida a la obligatoriedad de negociación, pues esta obligación se

contrae a la definición de criterios generales de ingreso (STS 21-4-208, RJ 2617). Además, debe señalarse que el propio TREBEP (Disp. Adic. 8.^a) establece que las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

De otro lado, se excluyen de la obligatoriedad de la negociación, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus *potestades de organización*. No obstante, cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que deben ser objeto de negociación, procederá la «negociación» de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales legitimadas —art. 37.2—. También se excluye de la negociación la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas; la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo —art. 13.4—; los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, y la regulación y determinación *concreta, en cada caso*, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Por otro lado, el propio TREBEP —art. 61.7—, en un precepto de confusa inteligencia, prevé que las Administraciones públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos de personal laboral.

6.2.6. *Pactos y Acuerdos*

En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones —art. 38.1—.

— *Pactos*. Los Pactos se celebran sobre materias que se corresponden estrictamente con el ámbito competencial del *órgano administrativo* que lo suscriba y se aplican directamente al personal del ámbito correspondiente. Por tanto, los Pactos no precisan de ratificación alguna, de modo que una vez suscritos gozan de eficacia directa. Lo cierto es que en la práctica los Pactos son de escaso uso, puesto que es difícil imaginar una negociación colectiva que no afecte a alguna materia que tenga que ser aprobada por los órganos de gobierno de las Administraciones.

— *Acuerdos*. Los Acuerdos versan sobre materias competencia de los *órganos de gobierno* de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia es necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos, lo cual no debería significar que el órgano de Gobierno disponga de libertad para separarse de lo acordado por sus representantes en la negociación (ROQUETA). En todo caso, el TREBEP diferencia dentro de los Acuerdos dos supuestos. Cuando los Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente. Por el contrario, si los Acuerdos ratificados tratan sobre *materias sometidas a reserva de Ley* que, en consecuencia, sólo pueden ser determinadas definitivamente por las Cortes Gene-

rales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, su contenido carecerá de eficacia directa. No obstante, en este supuesto, el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado. De este modo, el TREBEP introduce por vez primera la obligación del órgano de gobierno de presentar el proyecto de ley correspondiente. Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la *renegociación* de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes. De este modo, el TREBEP se separa del criterio de la Ley 9/1987, que asimilaba este caso al de falta de acuerdo, legitimando la actuación unilateral del órgano de gobierno.

FIGURA 3

	<i>Pactos</i>	<i>Acuerdos</i>
Materias	De competencia órganos administrativos	De competencia de los órganos de Gobierno
Perfección	Desde suscripción por el órgano competente	Aprobación expresa y formal por el órgano de Gobierno, salvo que se trate de materia reservada a Ley

En cuanto a sus efectos, el TREBEP —art. 38.10— garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. A estos efectos, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. Y estas limitaciones a la vigencia de los acuerdos se extendieron a los convenios colectivos del personal laboral —art. 32.2 EBEP, modificado por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio—. En ambos supuestos, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación. Por tanto, salvo en el supuesto excepcional contemplado en este precepto, los pactos y acuerdos deben ser cumplidos por la Administración —arts. 32.2 y 38.10—.

Por último, en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación —antes indicada— y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. No obstante, la Administración no puede acudir a esta vía de forma directa, sin haber intentado la negociación de buena fe. Así, los Tribunales han anulado las

resoluciones y disposiciones reglamentarias dictadas sin haber cumplido el requisito del intento de negociación (SSTS 14-4-2000, Ar. 4.823; 19-1-2004, Ar. 558).

FIGURA 4

Esquema del proceso negociador

7. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO

7.1. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

7.1.1. *Concepto*

El régimen de situaciones administrativas, distintas al servicio activo, permite que los funcionarios mantengan su vínculo con la Administración a pesar de que han dejado de prestar servicios a la misma, más allá de los supuestos de permisos y licencias previstos por la legislación. De este modo, la relación de servicio no se extingue, y el sujeto conserva la condición de funcionario de una Administración a la que de forma más o menos coyuntural no presta servicios. En tales situaciones la condición de funcionario permanece latente, orientada a una eventual reincorporación al servicio activo, situación ésta que supone la plenitud de derechos y deberes estatutarios.

A partir de aquí, la legislación es extraordinariamente lábil a la hora de modular este vínculo en cada una de las situaciones que el ordenamiento configura en cada

momento, privilegiando a unas situaciones sobre otras en función de consideraciones diversas de política legislativa. Así, el propio TREBEP —art. 85— prevé que, según la situación administrativa de que se trate, podrá conllevar garantías de índole retributiva o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo. Tradicionalmente, la Ley ha favorecido a aquellas actividades relacionadas con el ejercicio de cargos públicos en sentido estricto, de tal modo que el interés público consiste en posibilitar o favorecer que los funcionarios públicos puedan acceder a tales cargos o funciones incompatibles con su condición de funcionario en situación activo. Sólo más recientemente se han incorporado actividades relacionadas con la vida familiar (cuidado de hijos y otros familiares), hasta entonces englobadas como simples actividades de carácter privado. En estos casos, se trata de proteger inequívocos bienes constitucionales, como la protección de la persona y familia —art. 39 CE—.

7.1.2. *El servicio activo*

Según el TREBEP —art. 86.1—, se hallarán en situación de servicio activo quienes, conforme a la normativa de función pública dictada en desarrollo del Estatuto, presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados «y no les corresponda quedar en otra situación». De este modo, se trata de una situación subsidiaria, a falta de que sea de aplicación otra específica. Los funcionarios de carrera en situación de servicio activo gozan de todos los derechos inherentes a su condición de funcionarios y quedan sujetos a los deberes y responsabilidades derivados de la misma. Se regirán por las normas de este Estatuto y por la normativa de función pública de la Administración Pública en que presten servicios —art. 86.2—.

7.1.3. *Servicios especiales*

La situación de servicios especiales, creada por la LMRFP, se aplica principalmente a los casos de desempeño de cargos y funciones públicas de naturaleza política o asimilada a ésta y que, por la naturaleza de su elección o nombramiento, presentan un carácter eventual, razones por las que se privilegia la posición de estos funcionarios (como ha reconocido el Tribunal Constitucional). Así, entre otros, esta situación se aplica a los funcionarios cuando sean elegidos para determinados cargos representativos (diputados, concejales...) si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función, o sean designados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, y demás altos cargos de las citadas Administraciones Públicas, o sean designados como personal eventual. También se aplica a otros casos que, por razones de interés general, se trata de privilegiar, como es el supuesto de los reservistas voluntarios para prestar servicios en las Fuerzas Armadas (art. 122.2 Ley 39/2007 de la Carrera Militar). Por lo demás, las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del TREBEP podrán añadir otros supuestos —art. 87.4—.

Se trata —como se ha dicho— de una situación particularmente ventajosa (de privilegiada la calificó la STC 99/1987), pues el tiempo que los funcionarios permanezcan en la misma se les computará a efectos de reconocimiento de trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación, así como a

efectos de ascensos y promoción interna —art. 87.2—. Pero, sobre todo, los funcionarios en situación de servicios especiales tienen derecho a reingresar al servicio activo «en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan» —art. 87.3—.

7.1.4. *Servicio en otras Administraciones Públicas*

La Ley del Proceso Autonómico de 1983 creó una situación administrativa nueva para los funcionarios estatales transferidos a las Comunidades Autónomas: pasaban a depender de éstas, pero continuaban perteneciendo a sus cuerpos y escalas de origen con los mismos derechos que correspondían a los funcionarios que siguieran en servicio activo en los mismos. De este modo, se trataba de pacificar el ingente y complejo de traspaso de medios (personales, materiales, económicos) del Estado a las Comunidades Autónomas.

Por su parte, y en coherencia con su propósito de fomentar la movilidad interadministrativa de los funcionarios, el TREBEP le ha dado un carácter más amplio a la situación de funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas: «Los funcionarios de carrera que, en virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtengan destino en una Administración Pública distinta, serán declarados en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas. Se mantendrán en esa situación en el caso de que por disposición legal de la Administración a la que acceden se integren como personal propio de ésta» —art. 88.1—.

En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, estos funcionarios permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración (es decir, como si se tratase de personal propio). No obstante, el TREBEP también contempla la posibilidad de que estos funcionarios reingresen al servicio activo en la Administración de origen: en tal caso el tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estuvieron destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen —art. 88.3—.

7.1.5. *Las excedencias*

El TREBEP —art. 89.1— se refiere a una situación de excedencia de los funcionarios de carrera que puede adoptar cuatro modalidades: *a)* Excedencia voluntaria por interés particular. *b)* Excedencia voluntaria por agrupación familiar. *c)* Excedencia por cuidado de familiares. *d)* Excedencia por razón de violencia de género. *e)* Excedencia por razón de violencia terrorista. En realidad, el régimen de estas excedencias es tan diverso que más que de una situación de excedencia, habría que hablar de excedencias en plural.

Así, mientras unas modalidades se configuran como un derecho subjetivo perfecto del funcionario (excedencia por cuidado de familiares y excedencia por razón de violencia de género), en otros casos la concesión de la excedencia se subordina a las necesidades del servicio (excedencia voluntaria por interés particular). De otro lado, mientras en unos casos no se exige un período mínimo de prestación de servicios efectivos (excedencia voluntaria por agrupación familiar, excedencia por cuidado de fami-

liares y excedencia por razón de violencia de género), en otro sí exige este período mínimo de servicios (cinco años en el caso de la excedencia voluntaria por interés particular). Asimismo, también son diferentes los períodos de duración de estas excedencias, y mientras unas modalidades están claramente reservadas para los funcionarios de carrera, parece evidente su empleo por los funcionarios interinos en otro caso (excedencia por razón de violencia de género). Además, en unos casos el tiempo de permanencia en esta situación es computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social (excedencia por cuidado de familiares y excedencia por razón de violencia de género), mientras que en el resto no. Y, por último, en unas modalidades se garantiza por un tiempo la reserva de puesto de trabajo (excedencia por cuidado de familiares y excedencia por razón de violencia de género), lo cual no sucede en el resto.

7.1.6. *La suspensión de funciones*

Esta situación presenta dos modalidades:

— *Suspensión firme*. Se impone en virtud de sentencia dictada en causa criminal o en virtud de sanción disciplinaria —art. 90.2 TREBEP—, y tiene por tanto el carácter de pena (principal o accesoria) o de sanción disciplinaria. La suspensión firme por sanción disciplinaria no podrá exceder de seis años. El funcionario declarado en la situación de suspensión queda privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición. El funcionario declarado en la situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en las Entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción —art. 90.3—.

— *Suspensión provisional*. Podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o de un expediente disciplinario —arts. 90.4 y 98.3 TREBEP—. Se trata por tanto de una *medida cautelar* que se adopta en el marco de un proceso penal o de un procedimiento disciplinario. En caso de expediente disciplinario, la suspensión provisional no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado —art. 98.3 TREBEP—. En caso de que se adopte la suspensión provisional durante la tramitación de un procedimiento judicial, se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. El funcionario suspenso provisional tiene derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo. Aun cuando esta reducción parcial de las retribuciones ha sido admitida incidentalmente por el Tribunal Constitucional (STC 3-12-1986), la doctrina (CASTILLO BLANCO) entiende que la medida cautelar no debería causar un daño económico al inculpado, pues la finalidad de la medida cautelar se circunscribe a evitar perturbaciones en el funcionamiento del servicio, lo cual se consigue con la suspensión de funciones, pero tal finalidad no justifica, además, una reducción de los derechos económicos del funcionario. Cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión —art. 98.4 TREBEP—.

7.1.7. *Otras situaciones administrativas*

El TREBEP —art. 85.2— establece que las Leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo «podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera», en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando concurra, «entre otras», «alguna» de las circunstancias siguientes:

a) Cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo. A esta idea responden las situaciones de expectativa de destino y de excedencia forzosa reguladas en la LMRFP en el marco de un proceso de reasignación de efectivos.

b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera. Así, ha sido tradicional una modalidad de excedencia voluntaria no prevista ahora en el TREBEP: la excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público. A diferencia de la excedencia voluntaria por interés particular, en este caso no se exige un período mínimo de servicios previos, la Administración no puede oponerse a la misma por razones del servicio y no tiene un límite temporal determinado, sino que los funcionarios podrán permanecer en esta situación en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma.

7.1.8. *Reingreso al servicio activo*

El TREBEP —art. 91— se limita a establecer que reglamentariamente se regularán los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos en que proceda conforme al TREBEP. Y lo cierto es que la reincorporación al servicio activo desde otra situación administrativa es muy diferente según se trate de situaciones administrativas que comportan un derecho a la reserva de puesto de trabajo (como la situación de servicios especiales —art. 87.2 TREBEP—, o las excedencias por cuidado de familiares o por razón de violencia de género —art. 89.4 y 5—). En estos casos, básicamente el funcionario dispone de un plazo a partir de la fecha de terminación de la situación para solicitar el reingreso y su reincorporación al puesto de trabajo. En cambio, en los casos de situaciones que no generan reserva de puesto de trabajo (como la excedencia voluntaria por interés particular —art. 89.2—, o la sanción firme superior a seis meses), además de solicitar el reingreso al servicio activo dentro del plazo correspondiente, éste se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concurso o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo —tal como establecía expresamente el art. 29 bis LMRFP—.

7.2. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DE CARRERA

Según el TREBEP —art. 63—, son causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera:

— *La renuncia a la condición de funcionario.* Según el EBEP —art. 64.1—, la renuncia voluntaria a la condición de funcionario habrá de ser manifestada por escrito y será aceptada expresamente por la Administración. Ahora bien, en algún caso el ordenamiento establece una especie de renuncia tácita: para los funcionarios que se encuentren en situación de excedencia voluntaria por interés particular, la falta de petición de reingreso al servicio activo antes de que venza el período de la excedencia comporta la pérdida de la condición de funcionario. Además, el propio EBEP —art. 64.2— establece que no podrá ser aceptada la renuncia cuando el funcionario esté sujeto a expediente disciplinario o haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la comisión de algún delito. En todo caso, la renuncia a la condición de funcionario no inhabilita para ingresar de nuevo en la Administración Pública a través del procedimiento de selección establecido —art. 64.3—.

— *La pérdida de la nacionalidad.* Según el TREBEP —art. 65—, la pérdida de la nacionalidad española o la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o la de aquellos Estados a los que, en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, les sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, que haya sido tenida en cuenta para el nombramiento, determinará la pérdida de la condición de funcionario, salvo que simultáneamente se adquiriera la nacionalidad de alguno de dichos Estados. En este caso, se admite expresamente la rehabilitación de la condición de funcionario una vez recuperada la nacionalidad —art. 68.1—.

— *La jubilación.* La principal causa de pérdida de la condición de funcionario es la jubilación total (no parcial). Según el TREBEP —art. 67.3—, la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los 65 años de edad. No obstante, tras el Decreto-Ley 20/2012, la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el régimen general de seguridad social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad —art. 67.4 TREBEP—. Asimismo, de la regla general del TREBEP están excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación (carrera judicial, personal docente universitario...). Según el TREBEP, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla 70 de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. No hay un derecho como tal. A la inversa, procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable —art. 67.2 TREBEP—. En el caso de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el interesado, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó, podrá solicitar la rehabilitación de su condición de funcionario, que le será concedida —art. 68.1—.

— *La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.* El TREBEP —art. 66— establece que la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto a todos los empleos o cargos que tuviere, y, según los tribunales, este efecto no constituye una sanción disciplinaria (STS 25-6-2007, Ar. 6.751). Por su parte, la pena principal o accesoria de inhabilitación especial cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia. En ambos casos, el

TREBEP —art. 68.2— permite que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas «podrán» conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Mediante el Real Decreto 2.669/1998, de 11 de diciembre, se establece que las Administraciones Públicas «podrán» conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, estableciéndose que se tendrán en cuenta una serie de criterios orientadores para la valoración de las circunstancias y entidad del delito cometido. A partir de estos preceptos, la jurisprudencia entiende que la Administración no goza de libertad, sino que debe ceñirse a los criterios normativamente establecidos (STS 28-10-2009, Rec. 533/2007).

— *La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme.* En este supuesto el TREBEP no prevé la posibilidad, si quiera excepcional, de rehabilitación el funcionario. Más aún, alguna Ley autonómica (caso de la Ley de Baleares) establece expresamente que en caso de separación del servicio no cabe la rehabilitación.

8. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

8.1. FUENTES Y PRINCIPIOS

En general, y a partir de la consideración de los funcionarios como personas sujetas a una relación de especial sujeción, se admite que el Derecho Disciplinario constituye una modalidad especial de potestad sancionadora, en la que se modulan o flexibilizan los principios constitucionales propios de la potestad sancionadora de la Administración. No obstante, aun cuando la Ley 30/1992 se esforzó por excluir del ámbito de aplicación del Título IX («De la potestad sancionadora») a la potestad disciplinaria —art. 127.3—, lo cierto es que el TREBEP recoge en su Título VII una ordenación básica del régimen disciplinario abiertamente inspirada en el citado Título IX de la Ley 30/1992. En tal sentido, la LRJSP establece que las disposiciones del Capítulo relativo a los principios de la potestad sancionadora serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo —art. 25.3—.

Asimismo, debe destacarse que esta regulación del TREBEP es común a los funcionarios públicos y el personal laboral —art. 93.1—, el cual se regirá, en lo no previsto en el TREBEP, por la legislación laboral —art. 93.4—, aunque no es insólito que los convenios colectivos se remitan, a su vez, al régimen disciplinario de los funcionarios.

Según el TREBEP —art. 94.2—, la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos. Se trata de principios también enunciados en la LRJSP —art. 27— para la potestad sancionadora general. La cuestión es si cabe exigir con el mismo rigor el principio de reserva de Ley o, por el contrario, como parece («predeterminación normativa») se admite un mayor grado de colaboración reglamentaria.

b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor. Es también un principio enunciado en la LRJSP —art. 26— para la potestad sancionadora general.

c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación. En tal sentido, la LRJSP —art. 28— enuncia un principio idéntico.

d) Principio de culpabilidad. Significa que la acción u omisión que se considere constitutiva de falta debe ser imputable al sujeto bien a título de dolo o de culpa. Ahora bien, tal como señala la doctrina (SÁNCHEZ MORÓN), en la imputación a título de culpa o negligencia debe tenerse en cuenta que los empleados públicos están sujetos a un *deber de diligencia* en el cumplimiento de sus deberes —arts. 52, 53.10 y 54.2 TREBEP— en razón justamente a su carácter profesional, por lo que esta diligencia debe modular la aplicación de las circunstancias exculporias de la responsabilidad de los mismos.

e) Principio de presunción de inocencia. En este sentido, la LPAC —art. 53.2.b)— establece que los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

Aparentemente, la gran diferencia con el régimen sancionador general de la LRJSP consiste en que, mientras esta Ley —art. 31— consagra el principio *non bis in idem*, al declarar que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penalmente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, el TREBEP —art. 94.1— establece que las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones. Con todo, la diferencia no es tal, pues debe entenderse que sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiera identidad de fundamento jurídico y bien protegido (tal como se establece expresamente en alguna norma específica). Asimismo, interesa destacar que el TREBEP —art. 94.1— establece que las Administraciones Públicas «corregirán» disciplinariamente las infracciones, de donde se desprende que se trata de una potestad de ejercicio reglado u obligado, y no discrecional.

8.2. LAS FALTAS DISCIPLINARIAS

El TREBEP —art. 95.1— clasifica las faltas disciplinarias en muy graves, graves y leves, de modo que se sigue la clasificación tripartita prevista con carácter general en la LRJPAC para las infracciones administrativas.

— *Faltas muy graves*. Siguiendo el criterio de la LMRFP, el TREBEP —art. 95.2— se limita a tipificar directamente las faltas muy graves, y, además, admite que las faltas muy graves puedan ser también tipificadas mediante Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral —art. 95.2.p)—.

— *Faltas graves*. Mientras la Ley de Funcionarios de 1964 contenía una remisión normativa en blanco al Reglamento, que fue muy criticada por la doctrina, el TREBEP —art. 95.3— garantiza el principio de reserva de ley, al establecer que las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad, es decir, en función de que se trate de una infracción grave o leve del ordenamiento. b) La gravedad de los daños causados al interés públi-

co, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. *c)* El descrédito para la imagen pública de la Administración.

— Faltas leves. El TREBEP —art. 95.4— establece que las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias señaladas para las faltas graves. Obsérvese que, a diferencia de las faltas graves, no se exige a las Leyes de desarrollo que establezcan las faltas leves, sino simplemente que «determinen su régimen aplicable», lo cual supone otorgar mayor margen al desarrollo reglamentario.

FIGURA 5

Faltas muy graves	Las tipifica directamente el TREBEP, si bien admite que las Leyes de Función Pública puedan tipificar faltas adicionales.
Faltas graves	El TREBEP exige que sean tipificadas por las Leyes de Función Pública, con arreglo a determinados criterios.
Faltas leves	El TREBEP remite a las Leyes de Función Pública la «determinación de su régimen», por lo que no exige que sean tipificadas por las Leyes de Función Pública.

8.3. LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Según el TREBEP —art. 96.1— por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones (...). De este modo, el EBE no se limita a determinar las sanciones para las faltas muy graves (que son las únicas que tipifica) sino para todo tipo de faltas (también graves y leves). Con todo, debe señalarse que, además de las sanciones que el TREBEP tipifica —y que se tratan seguidamente— añade: «Cualquier otra que se establezca por Ley», de modo que las Leyes de desarrollo del TREBEP podrán incorporar otras sanciones distintas. Así, alguna Ley ha previsto como sanción complementaria a la sanción principal impuesta, la obligación de realizar cursos de formación sobre ética pública (Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana).

a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves; y sanción de despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. Por lo demás, procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave —art. 96.2 TREBEP—. Finalmente, debe recordarse que la sanción de separación del servicio impide el acceso al empleo público —art. 56.1.d)— y no se contempla la posibilidad de rehabilitación del funcionario —art. 68 TREBEP—.

b) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de seis años. Como el TREBEP no prevé lo con-

trario es posible que esta sanción pueda imponerse tanto para faltas graves como para faltas muy graves. Además, la suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses —art. 90.1 TREBEP—.

c) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca. Hasta el TREBEP únicamente se contemplaba el traslado con cambio de residencia. Como la sanción anterior, debe entenderse que puede imponerse tanto por faltas graves como muy graves —art. 16—.

d) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. Se trata de una sanción creada por el TREBEP y que debe ser configurada por las Leyes de función pública. Así, alguna Ley autonómica prevé que el demérito puede consistir en diversas medidas, según la gravedad de la infracción, tales como la pérdida de uno o dos grados en el sistema de carrera horizontal y la privación del derecho a ser evaluado para el ascenso de grado, por un período de tiempo, o la imposibilidad de participar en procedimientos de provisión de puestos o de promoción interna también por un período de tiempo (Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana).

e) Apercebimiento. Hasta ahora esta falta estaba prevista exclusivamente para faltas leves, y es la única que puede imponerse para estas faltas.

8.4. OTROS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

8.4.1. *Graduación de las sanciones*

Según el TREBEP —art. 96.3—, el alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta las circunstancias siguientes: el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta (criterio previsto, con carácter general, en la LRJPAC —art. 131.3—); el daño al interés público; el grado de participación en la comisión de la falta y la reiteración o reincidencia, sin que el TREBEP defina estas nociones, lo cual plantea la duda de si es posible utilizar el concepto de reincidencia previsto en la LRJPAC —art. 131.3— para las sanciones administrativas, y ello a pesar de la expresa exclusión del art. 127.3 LRJPAC. Debe entenderse que nada impide a las Leyes de desarrollo del TREBEP introducir otras circunstancias, como si la falta se agotó en un único acto o supuso una conducta repetida en el tiempo; o si el funcionario expedientado hubiera procedido a reparar o disminuir las consecuencias de la falta cometida.

8.4.2. *Personas responsables*

El TREBEP —art. 93— establece que de las faltas responden no sólo los autores, sino también los inductores (el Código Penal —art. 28— califica a los inductores como autores). Igualmente incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos. Así, debe entenderse que la noción de encubridor engloba la conducta de los superiores que consienten o toleran las faltas de sus subordinados. El problema es la exigencia adicional de que se produzca daño grave para la Administración o los ciudadanos, y de la que se ha prescindido con buen criterio en alguna norma.

8.4.3. *Extinción de la responsabilidad disciplinaria*

La responsabilidad disciplinaria se extingue con el cumplimiento de la sanción, muerte, pérdida de la condición de funcionario (estos dos casos suponen la desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento), e indulto. Pero, sobre todo, las causas más comunes de extinción son la prescripción de las faltas y sanciones.

— *Prescripción de las faltas.* Según el TREBEP —art. 97—, las faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses (coinciden exactamente con los plazos generales establecidos en la LRJPAC —art. 132.1— para las infracciones administrativas). La principal novedad del TREBEP —art. 97— consiste en ampliar el plazo de prescripción de las infracciones leves, que en la práctica se había demostrado excesivamente fugaz, sobre todo debido a la práctica generalizada de abrir diligencias previas. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. Además, debe entenderse que el inicio de una causa penal por los hechos, al suspender el procedimiento disciplinario —art. 94.3 TREBEP—, supone la interrupción del cómputo de la prescripción.

— *Prescripción de las sanciones.* Según el TREBEP —art. 97—, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los 2 años y las impuestas por faltas leves al año. De este modo, coinciden con los plazos generales establecidos en la LRJPAC —art. 132.1— para las sanciones administrativas. Según el TREBEP —art. 97—, el plazo de prescripción de las sanciones comenzará desde la firmeza de la resolución sancionadora.

8.5. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

El TREBEP —art. 98.1— establece que no podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido. Ahora bien, mientras tradicionalmente en el ámbito disciplinario ha sido posible la imposición de las llamadas «sanciones de plano» por infracciones leves, según el TREBEP —art. 98.1—, «La imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado». De este modo, el TREBEP no viene sino a seguir la regla general de la LRJPAC —art. 134.3—, según la cual en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento, siquiera abreviado o simplificado.

Según el TREBEP —art. 98.2—, el procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo del Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable, dentro de los cuales debe incluirse el mencionado principio de presunción de inocencia —art. 94.2.e)—. De este modo, está claro que el TREBEP no establece dicho procedimiento, sino que se limita a prefigurarlos. Ni siquiera se remite a las Leyes de desarrollo del TREBEP, dejando así abierta la posibilidad al tradicional desarrollo reglamentario en esta materia. Con todo, el TREBEP añade algunas reglas. Así, el TREBEP —art. 98.2— toma de la LRJPAC —art. 134.2— la regla según la cual en el procedimiento disciplinario quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos. Lo cierto es que la designación de un instructor ha sido una regla tradicional en esta materia. Además, el TREBEP —art. 94.3— establece que los he-

chos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración (en términos idénticos se expresa el art. 137.2 LRJPAC).

El TREBEP —art. 98.3— prevé que «cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores», se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional «que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer». La más gravosa de las medidas provisionales es, sin duda, la suspensión de funciones del empleado, medida admitida por el Tribunal Constitucional con la finalidad de «proteger la integridad de la función e incluso preservar su imagen exterior, la conservación del funcionario en un puesto, una vez que existen indicios racionales de una cierta conducta con una primera apariencia delictiva, puede entrañar un peligro o riesgo para la función o su desdoro, y también dificultar la investigación judicial o administrativa de lo sucedido» (STC 104/1995). Según el TREBEP, la suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo —art. 98.3—.

De otro lado, debe significarse que, mientras en los procedimientos sancionadores se está admitiendo la posibilidad de reconocer a terceros interesados diferentes del sujeto inculcado, en el ámbito de los procedimientos disciplinarios la jurisprudencia considera que la imposición de sanciones disciplinarias tiene por finalidad la protección del servicio público servido por el sancionado y cuya salvaguarda corresponde a la Administración, de tal modo que el denunciante constituye siempre un tercero simple que carece de la cualidad de parte legítima (STS 18-12-1991). De acuerdo con una jurisprudencia consolidada, la legitimación del denunciante en un procedimiento disciplinario se circunscribe a cuestionar si el órgano instructor competente ha desarrollado la actividad investigadora necesaria sobre las irregularidades que se le hayan comunicado en relación con la actuación del funcionario denunciado. Pero esta misma jurisprudencia niega dicha legitimación cuando lo que se pretende es que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador o se adopten medidas o sanciones concretas (STS de 24 de octubre de 2012, RC 342/2010).

Por último, a los procedimientos disciplinarios son de aplicación las reglas generales sobre caducidad establecidas en la LRJPAC (STS 27-2-2006, Rec. 84/2004).

ANEXO. LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO DEL TREBEP

Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALFONSO MELLADO, C. L.: *Los Derechos Colectivos de los Empleados Públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- CÁMARA DEL PORTILLO, D.: *Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos. La Nueva Regulación de la Ley 7/2007, de 12 de Abril*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- CASTILLO BLANCO, F. (dir.): *Manual de Empleo Público*, Iustel, Madrid, 2009.
- La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014.
- DEL REY GUANTER, S. (dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, CEF, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Los falsos empleados públicos: el personal eventual», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, n.º 34, 2013.
- «Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios», *Justicia Administrativa*, n.º 47, 2010.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J.: *La Selección y Pérdida de la Condición de Empleado Público, Especial Referencia a su Aplicación en la Administración*, Barcelona, 2008.
- FUENTEAJA PASTOR, J.: *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Civitas Thomson, Madrid, 2013.
- (dir.): *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, Aranzadi, 2014.
- FUENTEAJA PASTOR, J., y PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho de la Función Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GAMERO CASADO, E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.): *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas*, CARL, Sevilla, 2006.
- GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.; MELLADO RUIZ, L., y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.^a L.: *Manual básico de Derecho del Empleo Público*, Tecnos, Madrid, 2013.
- IVARS RUIZ, J., y MANZANA LAGUARDA, R.: *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LINDE PANIAGUA, E. (dir.): *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 2008.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: Nuevos Retos en las Organizaciones Burocráticas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2.^a ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2009.
- Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, 3.^a ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2012.
- MARTÍNEZ CORRAL, J. A., y MANZANA LAGUARDA, R.: *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (y otros): *Manual de Empleo Público*, Comares, Granada, 2010.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Valencia, 2007.
- ORTUÑO NAVALÓN, C., y MANZANA LAGUARDA, R.: *Las retribuciones de los empleados públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, 2011.
- El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007.
- PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A. (dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PÉREZ ALONSO, M.^a A. (dir.): *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- QUESADA LUMBRERAS, J.: *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Aranzadi, 2015.
- RODRÍGUEZ CAMPOS GONZÁLEZ, S.: *El empleo público en tiempo de reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Tecnos, 2014.
- (dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- VVAA: *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 19, febrero 2009, Monográfico sobre Empleo Público.
- Revista catalana de derecho público*, n.º 45, Diciembre 2012, Monográfico sobre Empleo Público.
- YABEN PERAL, M.: *El deber de imparcialidad en el ejercicio de la función pública*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

BLOQUE TEMÁTICO 3

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DOCUMENTAL

TEMA 11

ELEMENTOS TRANSVERSALES E INSTRUMENTALES DE LA GESTIÓN Y DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. LOS TÉRMINOS Y PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1. LA OBLIGATORIEDAD DE LOS TÉRMINOS Y PLAZOS

Generalmente se entiende que existe un «término» cuando la norma exige la realización de un acto en momento determinado; en cambio, existe un «plazo» cuando la norma fija un espacio de tiempo, más o menos amplio, para la realización del acto (así art. 132.1 Ley de Enjuiciamiento Civil). La LPAC establece —art. 29— que los términos y plazos establecidos por las normas obligan tanto a los interesados como a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos. Ahora bien, el incumplimiento de los términos y plazos conlleva efectos distintos según se trate de la Administración o del particular.

— *Incumplimiento por parte de la Administración.* De acuerdo con la LPAC —art. 48.3—, la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo. De este modo, deben diferenciarse dos tipos de plazos. De un lado, estarían los plazos estrictamente procedimentales —p. ej., el plazo de diez días para cursar la notificación del acto, art. 40.2, o el plazo para dictar y notificar la resolución—, cuyo incumplimiento no implica, por regla general, la invalidez del acto realizado fuera de plazo —extemporáneamente—, sino que se tratará de una mera irregularidad no invalidante —art. 48.3—, y ello sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidades disciplinarias a los agentes responsables —arts. 20.2, 76.2, 80.3, 21.6—. En cambio, en relación con los plazos sustantivos, esto es aquellos que operan como límite para el ejercicio de potestades administrativas, su incumplimiento sí supone, por regla general, la invalidez del acto dictado extemporáneamente —p. ej., la

declaración de lesividad de los actos anulables más allá del plazo de cuatro años establecido en art. 107.1 LPAC, o el ejercicio de la potestad sancionadora una vez prescribita la infracción—.

— *Incumplimiento por parte de los interesados*. Cuando los interesados no cumplan un trámite concreto o no subsanen los defectos requeridos por la Administración en los plazos fijados para ello, la LPAC —art. 73.3— autoriza a la Administración a declararlos decaídos en su derecho al trámite correspondiente, efecto que se conoce como *preclusión*, que determina la pérdida de la oportunidad de realizar la actuación de que se trate —art. 136 LEC—. No obstante, debe admitirse la actuación del interesado, y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo —art. 73.3—.

1.2. CLASES DE PLAZOS Y CÓMPUTO

La LPAC establece reglas distintas según se trate de plazos fijados en horas, días —10, 20 días...—, o en meses o años.

1.2.1. Plazos fijados por días

— *Plazo por días hábiles y naturales*. En el caso de plazos fijados en días hay que distinguir según se trate de plazos señalados por días *hábiles* o *naturales*. La diferencia estriba en que en los plazos que se fijen por días naturales se computan todos, mientras que en los fijados por días hábiles, de acuerdo con la Ley 30/1992, se excluían del cómputo los domingos y festivos. En cambio, siguiendo el criterio de la legislación procesal (art. 182.1 LOPJ, art. 130.2 LEC), la LPAC excluye también del cómputo a los sábados, lo cual es más acorde con la realidad del funcionamiento de los centros de trabajo de las Administraciones públicas. En cambio, a diferencia de los procesos judiciales, la LPAC sigue sin considerar inhábil el mes de agosto, y ello a pesar de que durante dicho mes no pocas Administraciones cierran la casi totalidad de sus servicios.

A efectos de determinar los días festivos, la LPAC —art. 30.7— establece que la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, con sujeción al calendario laboral oficial —es decir, el previsto en el art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores—, deben fijar anualmente el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos (incluidos los días inhábiles de las Entidades Locales correspondientes a su ámbito territorial), el cual debe publicarse antes del comienzo de cada año en el correspondiente diario oficial, y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos. Sin embargo, en ocasiones se suscitan problemas derivados de la circunstancia de que el calendario de días inhábiles a efectos administrativos no coincide exactamente con los días festivos marcados por el calendario laboral, de manera que un día puede ser hábil a efectos del cómputo de un plazo (por ejemplo, el 24 y el 31 de diciembre), aunque ese día no haya habido funcionamiento de las oficinas administrativas, lo cual puede imposibilitar determinadas actuaciones como formulación de fianzas, compulsas y bastanteos (STS 21-2-2005, Rec. 1043/2000).

Por otro lado, hasta la Ley 30/1992 únicamente se tenían en cuenta las fechas inhábiles correspondientes al lugar de la sede del órgano administrativo que instruya el procedimiento; en cambio, según la LPAC —art. 30.6—, cuando un día fuese hábil

en el Municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso. Sin embargo, esta regla no es de aplicación para el cómputo de plazos en registros electrónicos —art. 31.3 LPAC—.

— *Determinación del tipo de plazo.* La LPAC —art. 30.2— dispone que siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, «se entiende que éstos son hábiles». De este modo, aunque siguen existiendo plazos fijados por días naturales, para ello es necesaria una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea. No obstante, debe señalarse que en el ámbito procesal los plazos por días son siempre por días hábiles —arts. 185.1 Ley Orgánica del Poder Judicial y 133.2 Ley de Enjuiciamiento Civil—, solución esta que ofrece una incuestionable seguridad jurídica para los ciudadanos. Por último, dado que la regla general es la de cómputo de plazos por días hábiles, la LPAC —art. 30.2— establece que cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.

— *Determinación del día inicial (dies a quo).* La LPAC —art. 30.3— establece que los plazos fijados por días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo. Regla ésta que coincide con la establecida en el Código Civil —art. 5.1—, en la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 133.1—, o en la LJCA —art. 46.1—. Así, p. ej., si se notifica la apertura del plazo de audiencia —que está fijado en días— el día 1 de diciembre, ese día no formaría parte del plazo. Este criterio es necesario en los plazos señalados por días para asegurar que el ciudadano disponga del tiempo que marca la ley, pues, de otro modo, se hurtaría al recurrente de un tramo del plazo: las horas transcurridas hasta la práctica de la notificación.

— *Determinación del día final (dies ad quem).* Según la LPAC —art. 30.5—, cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Si el plazo está señalado en días hábiles, la norma es innecesaria, pero en los demás casos supone añadir un día más.

1.2.2. Plazos fijados por meses y años

— *Determinación del día inicial (dies a quo).* Si el plazo se fija en meses o años, la LPAC —art. 30.4— declara que éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo.

— *Determinación del día final (dies ad quem).* Si el plazo se fija en meses o años, el plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento —art. 30.4 LPAC—. Es la regla tradicional de cómputo «de fecha a fecha», ordenada en el art. 5 del Código Civil (y art. 130.3 LEC), y que la jurisprudencia entendió aplicable como sistema unificado de cómputos de plazos para garantizar el principio de seguridad jurídica (STS 2-12-2003, Rec. 5.638/2000; STS 15-12-2005, Ar. 7781, que se separa del criterio seguido por algunos Tribunales Superiores de Justicia). Ahora bien, si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes —art. 30.4 LPAC—. Así, p. ej., si se notifica un acto el 31 de

enero y el plazo para la interposición del recurso es de un mes, el plazo terminará el último día de febrero —el 28 o el 29, según los años—.

1.2.3. *Plazos fijados por horas*

Salvo que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo, cuando los plazos se señalen por horas, se entiende que éstas son hábiles. Son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día hábil (criterio que se separa de la legislación procesal, que entiende por horas hábiles las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde —art. 130.3 LEC—). Los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días —art. 30.1 LPAC—.

1.3. CÓMPUTO DE PLAZOS EN LOS REGISTROS ELECTRÓNICOS

Siguiendo el criterio de la Ley 11/2007, la LPAC —art. 31.1— establece que el registro electrónico de cada Administración u Organismo se registrará a efectos de cómputo de los plazos, por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible. La sede electrónica del registro de cada Administración Pública u Organismo, determinará, atendiendo al ámbito territorial en el que ejerce sus competencias y el calendario laboral oficial, los días que se considerarán inhábiles a los efectos del cómputo de los plazos en los registros electrónicos. Este será el único calendario de días inhábiles que se aplicará a efectos del cómputo de plazos en los registros electrónicos, sin que resulte de aplicación el calendario laboral donde resida el interesado.

El funcionamiento del registro electrónico se registrará por las siguientes reglas, tomadas de la citada Ley 11/2007:

a) Los registros estarán operativos *las 24 horas del día, los 365 días del año* —art. 31.2.a)—, por lo que no se produce un «cierre» en determinados horarios, como sucede con los registros presenciales, y pueden presentarse escritos en días festivos.

b) El cómputo de los plazos se rige por la *fecha y hora oficial de la sede electrónica* de acceso —art. 31.2—; en la sede electrónica del registro se publicará el calendario de días inhábiles —art. 31.3—, por lo que no rige el art. 30.6 LPAC: sólo son inhábiles los días fijados en el calendario, no los del domicilio del interesado

c) La *presentación en día inhábil* se entenderá realizada el primer día hábil siguiente —art. 31.2.b)— salvo que una norma permita la recepción en día inhábil. Los documentos se entenderán presentados por el orden en que lo fueron en el día inhábil, y se reputarán anteriores a los que se presenten en el primer día hábil posterior.

d) El *inicio del cómputo* del plazo para resolver de la Administración vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro de cada Administración u organismo —art. 31.2.c)—. En todo caso, la fecha de inicio del plazo para resolver se notificará a los interesados.

e) Cuando una *incidencia técnica* haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido —art. 32.4 LPAC—. Aunque esta disposición parezca tener carácter potestativo, es preciso exigir que, cuando se produzcan incidencias del sistema que impidan la presentación, la Administración articule obligatoriamente soluciones que restituyan a los ciudadanos la integridad de los plazos, pues dada su fugacidad, resulta inaceptable que se restrinja el plazo de presentación afectando a sus derechos e intereses legítimos (p.ej., impidiendo la presentación en plazo de una solicitud o de un recurso). En este sentido, el art. 30.2 RD 1.671/2009, aplicable a la Administración General del Estado, establece que, en el caso de interrupción del servicio, se publicará (necesariamente, y no potestativamente) en la sede electrónica del registro información sobre la prórroga de plazos que se conceda, o bien se redireccionará la presentación de escritos a otro registro que se encuentre operativo.

1.4. MODIFICACIÓN DE LOS PLAZOS

La Ley permite en determinados supuestos tanto la ampliación como la reducción de los plazos legales.

1.4.1. *La ampliación de plazos*

Mientras las leyes procesales —art. 134 Ley de Enjuiciamiento Civil— imponen, como regla general, el criterio de la improrrogabilidad de los plazos procesales, la LPAC —art. 32.1— permite a la Administración conceder, de oficio o a petición de los interesados, una ampliación los plazos establecidos, «cuando las circunstancias lo aconsejen y con ello no se perjudique derechos de tercero», de aquí que el acuerdo de ampliación deba ser motivado —art. 35.1.e)—, y notificado a los interesados —art. 32.1—. Esta ampliación no puede exceder, como regla general, de la mitad del plazo fijado por la norma. Asimismo, la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deben producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate —art. 32.3—. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Por lo demás, los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no son susceptibles de recurso, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento —art. 32.3—.

Además, la LPAC —art. 32.4— añade un supuesto especial de ampliación: cuando una incidencia técnica haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración «podrá» determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido. Lo cierto es que si se trata de plazos a cumplir por los interesados, esta ampliación debe ser obligatoria.

1.4.2. *La tramitación de urgencia*

La LPAC —art. 33.1— permite a la Administración aplicar al procedimiento la tramitación de urgencia, la cual implica la reducción a la mitad de los plazos estable-

cidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos. Este acuerdo puede ser adoptado de oficio o a petición del interesado, y requiere que existan razones de interés público que lo aconsejen, para lo cual debe ser motivado —art. 35.1.e)—. La LPAC —art. 33.2— declara que no cabrá recurso alguno contra el acuerdo que declara la aplicación de la tramitación de urgencia del procedimiento, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

2. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: CUESTIONES GENERALES

En este apartado se analizan cuestiones generales de la administración electrónica que son imprescindibles para comprender cabalmente el régimen de los medios electrónicos en las relaciones jurídico-administrativas. En otros lugares de este manual se analizan aspectos específicos de la materia, como los registros o las notificaciones.

Entendemos por administración electrónica «el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas» [Comunicación de la Comisión Europea «El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa», COM (2003) 567 final]. Desde el punto de vista jurídico-administrativo nos interesa especialmente lo que representa la implantación de la administración electrónica en lo referente a su régimen jurídico, centrandose pues nuestro estudio en el análisis de las normas que disciplinan esta materia, para determinar los requisitos y condiciones que deben reunir las actuaciones en soporte o por medios electrónicos, tanto de los ciudadanos como de la Administración, para lograr plena validez y eficacia jurídicas. El apartado siguiente tiene por tanto un carácter meramente introductorio respecto de las cuestiones sustantivas que se exponen en los sucesivos.

2.1. LA TRANSFORMACIÓN HACIA LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

2.1.1. *La Era de la Información y la Administración electrónica*

El último cuarto del siglo xx ha dado lugar a una transformación radical de las sociedades contemporáneas equivalente a las grandes revoluciones sociales que han marcado el cambio entre períodos históricos. Puede afirmarse sin ningún género de duda que asistimos al nacimiento de una nueva etapa histórica, calificada como *Era de la información* (CASTELLS). El origen de estos cambios radica en la implantación de las tecnologías de la información y el conocimiento —TIC—, que han permitido, progresivamente hasta hoy:

— El desarrollo de herramientas potentes de tratamiento de la información y la creación de redes como Internet, que suponen la generación de un mundo mucho más informado e interrelacionado, agilizando extraordinariamente el procesamiento de la información y las relaciones de todo tipo.

— La generalización de las nuevas tecnologías a amplias capas de las sociedades occidentales —no así en el Tercer Mundo— y sobre todo en áreas urbanas —las zonas rurales se incorporan más lentamente al fenómeno—, permitiendo que un porcentaje significativo de la sociedad disponga de equipos informáticos —ordenadores

personales— o teléfonos inteligentes, y de conexión a Internet. Es reprochable, pero evidente, el abismo que se abre entre las capas sociales que disponen de las TIC y las que no, dando lugar a un agravamiento de las desigualdades que los poderes públicos procuran mitigar con medidas de fomento —subvenciones para la compra de equipos informáticos, dotación de puntos de acceso gratuitos en escuelas y bibliotecas, etc.— y que debería erigirse en uno de los grandes pilares del nuevo Estado social.

El Derecho administrativo y la Administración pública no son en modo alguno ajenos a estos fenómenos, y han experimentado asimismo grandes cambios como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a la gestión administrativa y a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. La actuación de los poderes públicos en esta materia se ha desarrollado en dos escenarios diferentes:

a) Promover planes y normas jurídicas que consigan estimular la generalización de la sociedad de la información y el conocimiento y reconozcan valor jurídico a las operaciones realizadas con los nuevos medios técnicos. En cuanto a los planes, podemos destacar la Iniciativa *Info XXI* (2001/03), el Plan *España.es* (2004/05), el Plan *Avanza* y *Avanza2* (2005/13), la *Agenda Digital para España* (2013) y, actualmente, la *Estrategia TIC 2015/20* (Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos). En cuanto a las normas con rango legal, la Ley 59/2003, de Firma Electrónica (LFE), la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información, qué pretenden respaldar el tráfico electrónico regulando los requisitos y el valor jurídico de sus diferentes técnicas de soporte y telecomunicación. En cuanto a las disposiciones normativas, supuso un importante hito la aprobación de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (el resto del marco normativo se expone más abajo, § 2.1.3).

b) Potenciar especialmente la implantación de las nuevas tecnologías en las Administraciones públicas y en sus relaciones con terceros, mediante inversiones en nuevas herramientas tecnológicas —impulso de portales de Internet, creación de una firma digital ofrecida gratuitamente a los ciudadanos, creación de registros electrónicos, etc.— y la aprobación del necesario marco normativo que regule específicamente esta materia, lo que ha exigido la aprobación de normas específicas reguladoras de la administración electrónica, como veremos en su lugar. Además, las grandes Administraciones territoriales disponen ya prácticamente todas de un órgano específico al que se encomienda el impulso de la administración electrónica, poniendo en valor esta materia y demostrando el interés que suscita desde el punto de vista político.

El resultado de todos estos esfuerzos ha sido un tanto desigual. Los planes de modernización de la Administración y la sociedad españolas han sido excesivamente ambiciosos y hasta ahora se han saldado con grandes fracasos. Sin embargo, existen diferentes ámbitos sectoriales en los que el uso de las nuevas tecnologías por la Administración y por los ciudadanos que se relacionan con ella ha sido todo un éxito. Por ejemplo, el 90 por 100 de las declaraciones de la renta se presenta ya por medios telemáticos, y el 99 por 100 de movimientos de filiación a la Seguridad Social tiene también lugar por estos medios. La implantación de la factura electrónica, la obtención de certificados de empadronamiento en línea (que han puesto en marcha diferentes municipios), los cruces de datos automáticos entre notarías y registros de la propiedad o entre la Administración Tributaria y el resto de Administraciones públicas, la publicación electrónica del *Boletín Oficial del Estado...* son casos de éxito que

evidencian hasta qué punto las relaciones jurídico-administrativas también se han visto impactadas por las tecnologías de la información y la comunicación.

2.1.2. *Ventajas e inconvenientes de la Administración electrónica*

La implantación de la administración electrónica supone grandes ventajas que conviene destacar:

a) *Facilita enormemente las gestiones de los ciudadanos*, sobre todo en las sociedades actuales, en las que todos los miembros de la unidad familiar tienen ocupaciones laborales o académicas en los horarios de atención al público. La administración electrónica está abierta 24 horas al día, 365 días al año. En cualquier momento, con tan sólo disponer de los elementos técnicos necesarios —conexión a la red, navegadores, aplicaciones informáticas específicas, en su caso la firma digital...—, se puede presentar un escrito a registro o recibir una notificación, obtener un certificado oficial o información sobre la tramitación de un expediente, consultar los boletines oficiales, etc.

b) *Agiliza la tramitación de los expedientes administrativos*, toda vez que el intercambio documental tiene lugar de manera instantánea y en línea, y permite realizar después la gestión documental con mayor rapidez: los escritos circulan en el seno de la organización administrativa, o en las relaciones con los ciudadanos, en plazos temporales brevísimos, que nada tienen que ver con el ritualismo documental que impone la gestión en soporte papel: impresión, firma manuscrita, estampillado de registro de entrada o salida, ensobrado, curso postal, entrega domiciliaria, retorno del acuse de recibo... Incluso se permite la automatización de los procesos (emisión automatizada de certificados, tramitación de facturas electrónicas...), lo que redundará en simultáneo beneficio de la ciudadanía y la Administración.

c) *Supone un ahorro de costes*, pues a medio y largo plazo las fuertes inversiones que exige la implantación de la administración electrónica se amortizan como consecuencia de la mejora de la eficacia administrativa.

d) *Suprime las barreras territoriales y permite potenciar la igualdad*, pues conecta directamente a los ciudadanos con la Administración independientemente de su ubicación geográfica. Si el ciudadano puede resolver sus problemas con la Administración por vía telemática da exactamente igual que su localidad de residencia diste cientos de kilómetros respecto de la sede del órgano administrativo, pues no necesitará desplazarse ni perder el tiempo, sino tan sólo encender su ordenador y conectarse a la red.

Sin embargo, no es fácil reorientar la actuación administrativa hacia un mundo digital, pues existen graves inconvenientes que frenan el fenómeno. Podemos destacar los siguientes:

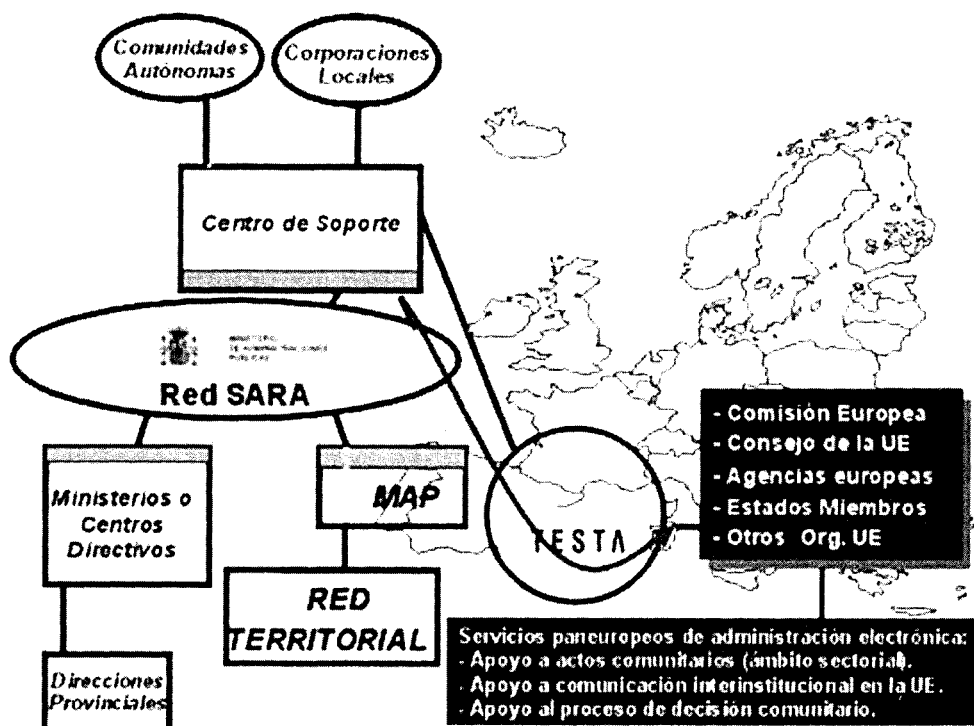
a) *El elevado coste de inversión*, pues no sólo resulta preciso dotar a los empleados públicos de equipos informáticos —que por lo demás quedan obsoletos en plazos fugacísimos—, sino que además es necesario tender redes de comunicación, adquirir servidores potentes y, sobre todo, desarrollar aplicaciones informáticas —programas de *software*— específicos que son extraordinariamente costosos y complejos de mantener y actualizar. Si recordamos las elevadas cifras de empleados públicos (más de dos millones) basta pensar lo que cuesta actualizar el sistema operativo y los ordena-

dores de todos ellos para hacerse cuenta cabal del ingente volumen de recursos económicos que entraña la administración electrónica.

b) *Los problemas de interoperabilidad (conectividad de equipos y programas).* Las tecnologías de la información se usan desde hace mucho, y con el tiempo han ido aflorando infinidad de máquinas y programas diferentes que son incompatibles entre sí. Por ejemplo, si una Administración funciona con *software* libre y otra con programas comerciales, es preciso diseñar *pasarelas* que permitan intercomunicar sus redes y aplicaciones informáticas, lo cual no es fácil o incluso es imposible muchas veces. Estos problemas se plantean incluso en el seno de una misma Administración. Por ejemplo, el padrón de un municipio puede estar informatizado con un programa que no permita ser puesto en red para su consulta por los ciudadanos desde el portal del Ayuntamiento, o que no pueda volcar su información a otros órganos municipales que la requieran, con lo cual, antes de habilitar el acceso telemático a la base de datos, es necesario desarrollar un nuevo programa informático y volcar toda la información desde el anterior, lo que habitualmente resulta costoso, complejo y lento. En el § 2.7 volveremos sobre ello, aunque la siguiente figura muestra el esquema de interconexión de la red de comunicaciones del Estado con el resto de Administraciones Públicas.

FIGURA 1

Red de comunicaciones entre Administraciones Públicas



c) *Las necesidades de formación del personal.* El empleo público dispone de un gran número de efectivos que no disponen de conocimientos informáticos ni siquiera a nivel de usuario, y cuando se plantea implantar un nuevo escenario de administración electrónica es preciso facilitarles formación adecuada.

d) *Las dificultades de reasignación de los empleados públicos a nuevos puestos de trabajo.* Cuando un ámbito de gestión se reorienta hacia el procedimiento digital

es perfectamente posible que una serie de empleados públicos queden sin ocupación, debiendo reasignarse a otros puestos de trabajo. Por ejemplo, quienes desempeñen tareas de mera expedición de certificados que a partir de ese momento se emitan de manera automática. Pero el empleo público se construye con una estructura tremendamente rígida que dificulta en gran medida la circulación de los efectivos, que ha de hacerse mediante una previa modificación formal de la plantilla y la celebración de un concurso de traslado, dando lugar a inevitables problemas de gestión de personal.

e) *Existencia de recelos jurídicos.* Al desaparecer un soporte material de la información, y generarse actuaciones mediante meros impulsos electrónicos, el mundo jurídico plantea grandes dificultades para alcanzar los niveles de garantía que impone la legislación administrativa: autenticidad, conservación, acreditación de la identidad, constancias de fechas... Como veremos más tarde, existen tecnologías que permiten disipar estas dudas, pero el paso hacia la administración electrónica tropieza con el escepticismo de los juristas, que no acaban de creer en la suficiencia de los archivos informáticos y de sus técnicas de conservación y tráfico telemático para salvar los requisitos legales que pesan sobre la gestión administrativa, por lo que tienden a dificultar la implantación de la administración electrónica alegando impedimentos legales. Sería necesario, en este sentido, promover entre los cuerpos jurídicos planes de formación y campañas de información sobre las cualidades que actualmente ofrecen las tecnologías de la información para satisfacer limpiamente todos estos requisitos.

f) *Desconfianza de los ciudadanos.* Algo similar a lo que sucede con los letrados de la Administración también ocurre con los ciudadanos en general: tienden a desconfiar del uso de las TIC —y en particular, del tráfico electrónico a través de Internet— para la realización de gestiones que supongan una posible pérdida de derechos o transacciones económicas. Muchos ciudadanos desconfían de los pagos realizados por Internet, y del uso que terceros puedan hacer de su firma digital o de sus datos financieros. Todo esto solo se vence con prudencia y perseverancia en las acciones públicas.

Estos inconvenientes suponen una traba mayor de la que pueda pensarse para la generalización de la administración electrónica. Por ejemplo, la simple decisión de implantar un sistema de citas médicas previas por Internet supone una larga cadena de decisiones. En primer lugar es preciso decidir si todas las citas se darán mediante el sistema informático o algunas (como las de médicos de cabecera) continúan con el protocolo tradicional de *números* que se entregan en mano. Si estos últimos también se incluyen en el proyecto, hay que decidir si los números se dan por vía telemática en una determinada franja horaria y en mano en otra consecutiva, o bien correlativamente y por simple orden de petición: en este último caso, el empleado que tradicionalmente ha estado en un mostrador rellenando impresos a mano con el número de la cita, ha de contar a partir de ese momento con un equipo informático y ha de saber manejarlo, por lo que debe recibir formación. Además, por la agilidad de la gestión y el descenso del número de usuarios que requieren atención personal, dejarán de ser necesarios algunos de estos empleados, cuyos puestos serán amortizados, trasladándolos a otros servicios. Una vez conseguido todo esto, puede suceder que los usuarios no tengan la formación suficiente o los medios técnicos necesarios para solicitar sus citas médicas por Internet, e incluso que, disponiendo de ambos requisitos, desconfíen de la utilización del sistema y prefieran continuar con el mecanismo tradicional. En suma, no basta con la buena intención de potenciar la administración electrónica: la progresiva digitalización de la gestión pública es lenta porque existen grandes dificultades para su articulación efectiva.

2.2. EL MARCO NORMATIVO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

La aprobación de las Leyes 39/2015 y 40/2015 (LPAC y LRJSP) ha modificado sustancialmente el esquema de fuentes en materia de administración electrónica. Hasta ahora, este grupo normativo venía encabezado por la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP), que operaba como ley especial, aplicándose en primer término y desplazando al Derecho común estatal (Ley 30/1992, LRJPAC). Como ya se expuso en el Tema 1, las nuevas leyes básicas incorporan directamente el régimen jurídico de la administración electrónica como un elemento más, indisociable del resto, con la pretensión de convertir el medio electrónico en el ordinario, tanto en la gestión administrativa interna como en las relaciones como la ciudadanía, acompasándose a la realidad social contemporánea.

En efecto, la nueva legislación administrativa básica supone la consagración de un nuevo *principio de preferencia del medio electrónico*. En el caso de la Ley 40/2015, está claramente enunciado para las relaciones interadministrativas en su art. 3.2, que impone de hecho ese medio no ya como preferente, sino como exclusivo (el enunciado se formula en futuro perfecto), aunque debemos entenderlo supeditado a la viabilidad o disponibilidad técnica del medio. Por lo que se refiere a la Ley 39/2015, no existe una norma análoga que proclame un principio general, pero éste se puede inferir de todo un rosario de preceptos; así, el art. 36.1 declara que el soporte electrónico es el medio normal para dictar los actos administrativos, que no requieren en modo alguno llegar a ser impresos y de hecho pueden desplegar toda su efectividad manteniendo siempre y exclusivamente un inicial formato electrónico. El art. 26.1 establece que los documentos se emitirán en soporte electrónico. El art. 16 establece que cada Administración tendrá un único registro, que será electrónico; las oficinas presenciales, meramente auxiliares, permitirán digitalizar la documentación aportada en papel. Los expedientes tendrán formato electrónico —art. 70.2—, y el archivo único de cada Administración —art. 17.1— también será electrónico. Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos —art. 41.1—, y también los pagos —art. 98.2— se harán preferentemente por medios electrónicos. Este principio supone la plena normalización de la administración electrónica en el quehacer jurídico-administrativo, coherentemente con su contexto histórico, que como ya se ha dicho arriba, es la *Era de la Información*.

Ahora bien, la Disp. Final 7.^a LPAC establece una entrada en vigor *suprademorada* para algunos aspectos de la administración electrónica, que entrarán en vigor el 2/10/2018: concretamente, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, el registro electrónico, el registro de empleados públicos habilitados y punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico; en tanto que en otras cuestiones, como la firma electrónica y las notificaciones electrónicas, la entrada en vigor se produce con el resto de la Ley, el 2/10/2016. En los casos en que la entrada en vigor se encuentra suprademorada, se indicará así al abordar el estudio de la materia en este manual, siendo obligado en esos casos exponer el régimen resultante de la LRJPAC que estará en vigor hasta el 2/10/2018, y el de la LPAC que entrará en vigor a partir de esa fecha.

En otro orden de consideraciones, la LAECSP fue objeto de un desarrollo reglamentario que seguirá vigente en tanto que se proceda a su adaptación a la nueva legislación. Se trata, en primer lugar, de dos disposiciones que fueron calificadas como básicas por el art. 42 LAECSP: el RD 3/2010, por el que se aprueba el Esquema Nacional de Seguridad (ENS), y el RD 4/2010, por el que se aprueba el Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI). Son, por tanto, vinculantes para todas las Administraciones públicas. Ahora bien, la LPAC y la LRJSP no declaran estos textos como

básicos ni regulan su procedimiento de aprobación, por lo que resulta problemático determinar la situación en la que quedan estas disposiciones a partir de la entrada en vigor de las nuevas leyes.

Por otra parte, en la Administración del Estado se aprobó el RD 1.671/2009, de desarrollo parcial de la Ley 11/2007, en el que se concretan los requisitos y características de diferentes servicios y herramientas de administración electrónica, como las sedes electrónicas, los registros, las notificaciones, los tipos de firma electrónica admitidos, etc. Esta disposición no tiene carácter básico pero ha inspirado a la normativa autonómica en la materia.

Por su parte, varias CCAA han aprobado leyes sobre administración electrónica en el marco de la legislación básica estatal, como es el caso de Navarra, Ley Foral 11/2007, de Administración Electrónica; Comunidad Valenciana, Ley 3/2010, de Administración Electrónica; Cataluña, Ley 29/2010, del uso de los Medios Electrónicos en el Sector Público; y La Rioja, Ley 5/2014, de Administración Electrónica y Simplificación Administrativa. No obstante, el modelo autonómico más extendido ha sido desarrollar esta materia mediante disposiciones de rango reglamentario; por ejemplo el Decreto 175/2002, por el que se regula la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración de la Comunidad de Madrid (sucesivamente modificado), el Decreto 232/2007 (País Vasco), por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos; el Decreto 12/2010, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; el Decreto 113/2010, de acceso electrónico a los servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; el Decreto 198/2010, por el que se regula el desarrollo de la administración electrónica en la Xunta de Galicia; el Decreto 19/2011, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias; el Decreto 302/2011, de régimen jurídico de la gestión electrónica de la Administración Pública de la Región de Murcia; el Decreto 7/2013, de utilización de medios electrónicos en la Administración de la Comunidad de Castilla y León; el Decreto 74/2014, de Régimen Jurídico de la Administración Electrónica de la Comunidad Autónoma de Cantabria; o el Decreto 225/2014, de régimen jurídico de administración electrónica de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Andalucía, Aragón y Asturias no han dictado un Decreto general, sino varias disposiciones parciales.

2.3. EL DERECHO Y EL DEBER DE RELACIONARSE POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

2.3.1. *El deber de relacionarse por medios electrónicos*

El empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) por las Administraciones públicas en su giro o tráfico interno no se encuentra sometido a reserva de ley, pero cuando se pretende imponer a los ciudadanos que necesariamente usen esos medios para realizar sus gestiones administrativas sí existe esa reserva (VALERO), que deriva de la «reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos» (SANTAMARÍA). Si bien es cierto que en los primeros años de implantación de la Administración electrónica se puso especial énfasis en configurarla como un derecho, a partir del año 2009 comienza a observarse una tendencia a imponer el canal electrónico con carácter obligatorio, como se resume en la tabla siguiente.

FIGURA 2

Del derecho al deber de relacionarse por medios electrónicos

Período	1999/2005	2005/2010	2010/...
Objetivo principal	Regulación y promoción general de las TIC	Derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos	Imposición del deber de relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos
Normas y actuaciones resultantes	<ul style="list-style-type: none"> — Ley de Firma electrónica (RDL 14/1999 y Ley 59/2003) — Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información — RD 424/2005, reglamento sobre prestación de servicios de comunicaciones electrónicas — Iniciativa Info XXI (2001/03) — Plan España.es (2004/05) 	<ul style="list-style-type: none"> — Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos — Ley 30/2007, de contratos del sector público — Plan Avanza (2006/10) 	<ul style="list-style-type: none"> — Ley 18/2009, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico — Factura electrónica en contratos públicos — Declaraciones tributarias — Ordenanzas locales — Subvenciones e incentivos — Ley 18/2011, de uso de las TICs en la Administración de Justicia

Las leyes básicas de 2015 suponen la consagración definitiva de una tendencia que venía observándose desde 2010: la progresiva *transfiguración del derecho a relacionarse por medios electrónicos en un deber*. En efecto, podemos identificar limpiamente tres segmentos en la evolución de las normas relativas a la administración electrónica. En el primero, que se extiende hasta 2005, tan sólo aparecen algunos balbuceos normativos y la administración electrónica se despliega en ámbitos estrictamente sectoriales, sin visión de transversalidad alguna. En el segundo, que abarca desde 2005 hasta 2010, emerge el derecho a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas, claramente potenciado por la Ley 11/2007. Pero en 2010 se produce un punto de inflexión en el que ese derecho comienza a transfigurarse en un deber, apareciendo ámbitos sectoriales en los que se impone necesariamente el medio electrónico: la Seguridad Social, las relaciones tributarias, las notificaciones de tráfico... El año 2015 inició un nuevo período, en el que esa tendencia es ya claramente dominante, como revelan dos grandes ámbitos: las relaciones jurídico-administrativas en general, a raíz de las leyes 39/2015 y 40/2015 (como enseguida veremos), y las relaciones de carácter administrativo en el ámbito procesal, sustentada en la Ley 18/2011, de uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia, cuyo pico de intensidad máxima hasta la fecha está produciéndose en el arranque de 2016, con la implantación efectiva y obligatoria del sistema Lexnet en la Administración de Justicia.

El art. 14 LPAC refleja nítidamente el nuevo orden de cosas, ampliando extraordinariamente el universo de sujetos que, por ministerio de la Ley, y por consiguiente, sin necesidad de ninguna otra medida o disposición de desarrollo, se declaran obligados a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos —art. 14.2—: *a)* Las personas jurídicas; *b)* Las entidades sin personalidad jurídica; *c)* Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional; *d)* Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, y *e)* Los empleados de las Administraciones Públicas, si bien en este caso el deber queda a expen-

sas de la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración. A este ámbito subjetivo se le añade —art. 14.3 LPAC— la remisión reglamentaria que ya existía en el art. 27.6 LAECSP, y que permite que las Administraciones públicas establezcan reglamentariamente la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Durante la vigencia de esa Ley, ha sido una práctica extendida la imposición de comunicaciones telemáticas en ámbitos sectoriales, lo que fue pacíficamente aceptado por la doctrina (AGIRREAZKUÉNAGA y CHINCHILLA). Algunos textos reglamentarios han hecho una interpretación muy generosa de esta habilitación en ámbitos sectoriales, como las actuaciones en materia tributaria, la Seguridad Social, las bases reguladoras de muchas subvenciones, etc.; a título de ejemplo, la Ordenanza de administración electrónica del Ayuntamiento de Zaragoza (de febrero de 2010), impone el empleo del medio electrónico a los licitadores, contratistas y, en general, las empresas que presten servicios al Ayuntamiento, a los solicitantes y beneficiarios de subvenciones otorgadas por el Ayuntamiento, a los solicitantes y concesionarios de servicios y dominio público y al personal al servicio del Ayuntamiento de Zaragoza, en el ámbito de sus relaciones de empleo público. La jurisprudencia es bastante permisiva con las disposiciones que imponen el uso del medio electrónico (así, STS 22/10/2012, Rec.7/2011), aunque existan pronunciamientos que ponderan con mayor cuidado los intereses en conflicto (p. ej., STSJ de Castilla y León 1986/2009, de 18 de septiembre).

El motivo subyacente de este nuevo orden de cosas es claro: una vez realizadas grandes inversiones económicas en la implantación de la administración electrónica, la Administración pública pretende optimizar sus recursos obligando a todo el mundo a utilizar este medio, que permite realizar en automático cantidad de trámites y actuaciones, sin necesidad de intermediación de la voluntad humana, y con el ahorro de tiempo y de costes que ello representa. Cuando presentamos la declaración de la renta por Internet y sale negativa recibiremos mucho antes el ingreso de la devolución. Pero al mismo tiempo, esto ha evitado que haya empleados públicos «volcando» en el sistema la información presentada en papel; permite activar en automático alertas por eventuales sospechas de incumplimientos (ingresos que consten a la Agencia Tributaria y no aparezcan en la declaración); permite proceder también de manera automatizada a ciertos trámites mecanizables como las notificaciones; etc. En suma, representa beneficios tanto a los ciudadanos como a la Administración.

El problema reside en hacer el medio obligatorio. La opción legislativa de ampliar de manera tan extraordinaria el universo de sujetos obligados supone la imposición de este medio a colectivos claramente afectados por la *brecha digital* (que se manejan con dificultades en el medio electrónico), sobre todo por lo que se refiere a las letras *a*), *b*) y *e*) del art. 14.2 LPAC. Es palmario que muchísimos de los sujetos que se ven afectados por este régimen carecen todavía en el día de hoy de los medios y de los conocimientos necesarios para entablar relaciones electrónicas, sobre todo en atención al diseño de muchas plataformas de administración electrónica, que suscitan interminables problemas de usabilidad. La situación conduce en la práctica a que muchos de estos sujetos se vean obligados a contratar los servicios de profesionales especializados en relacionarse con la Administración, y que gozan de experiencia en solventar los problemas que plantean las comunicaciones por medios electrónicos.

A esto se le debe añadir que *la LPAC no exige que la implantación obligatoria del medio electrónico se notifique previamente al ciudadano*, para que sea plenamente consciente del momento en el que le vincula ese deber, y a partir del cual las presentaciones de escritos presenciales carecerán de efectos y deberá estar atento a las notificaciones que se le cursen por medios electrónicos, lo cual introduce una notable inseguridad jurídica, pues a la entrada en vigor de la Ley muchas Administraciones (especialmente en el ámbito local) no han implantado los servicios y medios electrónicos (registros, notificaciones, pagos), y el momento en el que los creen y sean obligatorios de manera efectiva quedan rodeados de incertidumbre. En algunas disposiciones sectoriales, como el art. 5 RD 1.363/2010, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la AEAT, se establece la necesidad de comunicar a los ciudadanos por medios presenciales su inclusión en el ámbito de la relación electrónica obligatoria, evitando estos problemas de seguridad jurídica; este régimen debería implantarse *de facto* en todas las Administraciones públicas, o bien verse suplido con acuerdos que reciban la debida publicidad en diarios oficiales y por los medios que se estimen oportunos para lograr que los sujetos afectados conozcan de manera efectiva las obligaciones que se les imponen y el momento a partir del cual son exigibles.

Por otra parte, la propia Ley —art. 12.2 LPAC— niega a los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos el derecho a recibir asistencia e información acerca del modo en el que deben realizar sus trámites. Esto supone una discriminación negativa carente de todo fundamento y justificación. Son, precisamente, los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos, quienes precisan mayor soporte y asistencia para atender adecuadamente sus obligaciones legales.

A todo lo cual se suman los graves problemas que viene suscitando el desarrollo práctico de las relaciones administrativas por medios electrónicos. Incluso usuarios avanzados en el manejo de las TIC padecen graves dificultades para completar los trámites exigidos en los procedimientos. Debido a restricciones del sistema (tamaño o formato de los ficheros), a problemas de interoperabilidad, y a otros motivos, a veces no logran completar el trámite en el plazo previsto. Y lo que es peor, esta situación se está viendo correspondida con una jurisprudencia implacable, con arreglo a la cual, si un sujeto está obligado a relacionarse por medios electrónicos y no lo hace en plazo, pierde su derecho, aun cuando haya constancia probatoria de que intentó la presentación electrónica sin lograrla, e incluso de que, a la vista de ello, realizó el trámite en plazo de manera presencial; así, SAN 10/02/2011, RJCA2011\152.

El resultado de todo ello es que los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos se han visto despojados en la práctica de un derecho a subsanación y mejora de la solicitud que sí ostentan los demás ciudadanos: aunque conste su intento de presentación, no dispondrán de un plazo de subsanación para realizar el trámite. El supuesto se encontraba huérfano de regulación en la normativa anterior, y aparece ahora tratado en el art. 68.4 LPAC, si bien, de manera un tanto críptica. A la luz de los antecedentes, la intención con la que se redactó es inequívocamente la de consumir la privación del trámite de subsanación instaurada *de facto* durante la vigencia de la LAECSP. Pero la ambigüedad de su contenido obliga a los operadores jurídicos a promover la interpretación más favorable al ciudadano, reconociéndole su derecho a subsanar, y a que la nueva presentación se entienda realizada en plazo.

Tanto más cuanto que, a menudo, las presentaciones electrónicas se articulan mediante plataformas específicas, en las que hay que cumplimentar una serie de

formularios en línea, rodeados de exigencias y restricciones. Se piden como obligatorios datos o documentos que no vienen impuestos en la normativa de aplicación (teléfonos, direcciones de correo electrónico, certificados...), y además se limitan los formatos de los ficheros y su tamaño, complicando hasta el infinito la cumplimentación de los requisitos y llevando a los usuarios a niveles exasperantes de frustración. Una vez superada esta carrera de obstáculos, en la fase estricta de presentación, es tremendamente frecuente tropezarse con graves problemas de interoperabilidad, de suerte que no puede completarse el trámite porque se actualizó la versión de Java, porque no se ha descargado el *applet* de firma electrónica, o porque la versión del navegador es incompatible. Si el sufrido ciudadano no supera en plazo esta peculiar yimcana, y no logra finalmente completar el trámite de presentación, perderá todos sus derechos.

Por una parte, la imposición de formularios (o plataformas) obligatorias, que recibe carta de naturaleza hoy en el art. 66.6 LPAC, no permite que dichos formularios impongan datos o requisitos no derivados de la normativa de aplicación; por consiguiente, entiendo que, si un formulario implantado en una relación electrónica obligatoria incurre en esa ilegalidad (que supone una clara restricción de derechos), y como consecuencia de ello se impide la presentación en plazo de un escrito (el sistema no deja seguir en tanto se cumplimente), el trámite de presentación se debe considerar subsanable en tanto que la Administración no depure el formulario y suprima las exigencias obligatorias que rebasan las previsiones normativas.

En definitiva, en tanto que no se articulen soluciones técnicas que eviten estas desafortunadas consecuencias, las normas vigentes deben interpretarse en el sentido más favorable a sus derechos e intereses legítimos.

2.3.2. *El derecho a relacionarse por medios electrónicos*

Conforme al art. 14.1 LPAC, las personas físicas (no las jurídicas) tienen derecho a relacionarse con las Administraciones públicas por el medio que prefieran, salvo que legal o reglamentariamente se haya impuesto el deber de relacionarse por medios electrónicos, en los términos que ya conocemos. Asimismo, tienen derecho a cambiar su decisión en cualquier momento (puede ser incluso durante un procedimiento administrativo en tramitación), y pasar del soporte papel al electrónico o viceversa, comunicándolo así a la Administración correspondiente; este derecho de opción es ilimitado y puede ejercerse tantas veces como se desee.

El art. 12.1 LPAC dispone, además, que las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios, así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen. En este sentido, cabe predicar un *principio de neutralidad tecnológica*, garantizando la compatibilidad con los equipos informáticos más extendidos entre los usuarios —no imponiendo exigencias elevadas de memoria o velocidad de procesamiento, por ejemplo—, y su disponibilidad de software. En este sentido, se vienen reclamando las siguientes pautas (VALERO):

— En primer lugar, la *independencia en la elección de las alternativas tecnológicas* por los ciudadanos y por las Administraciones, es decir, que en principio debe respetarse la decisión de cada uno a utilizar las aplicaciones y medios que estime convenientes.

— Estableciendo, no obstante, una prelación vinculante para las Administraciones públicas, que deberán utilizar preferentemente *estándares abiertos* —esto es, *software* libre, que se pueda descargar y utilizar gratuitamente— y solo de forma complementaria, otros estándares, que habrán de ser, además, *de uso generalizado por los ciudadanos*: así, la Administración puede facilitar al ciudadano los programas necesarios para realizar los trámites electrónicos, pero en todo caso, tanto la conexión como dichos programas habrán de ser compatibles con, al menos, las dos aplicaciones informáticas más extendidas entre los usuarios.

La plena operatividad de este principio plantea grandes complicaciones. Por ejemplo, algunas Administraciones se ciñen a programas comerciales —sistema operativo Windows® y navegadores como Explorer®— sin facilitar versiones compatibles con el software libre o gratuito, en tanto que otras funcionan precisamente con programas libres. —sistema operativo Linux®, navegador Mozilla®...—. Existen razones de fondo que explican ambas opciones y justifican la independencia en la elección de alternativas incluida en el principio de neutralidad tecnológica: en cuanto al *software* libre, su menor coste económico y la disponibilidad de los códigos fuente, que concede el control absoluto de la aplicación a la Administración y evita que la empresa comercial introduzca en el programa códigos espía u otras prácticas indebidas; en cuanto a los programas comerciales, su mayor implantación real entre los usuarios. Pero todo esto, a su vez, provoca problemas de conectividad entre las diferentes Administraciones públicas y grandes limitaciones a los ciudadanos. Una vez más sería deseable la convergencia de todas las Administraciones hacia esfuerzos comunes, desarrollando aplicaciones aptas para todo tipo de sistema operativo y sus correspondientes programas asociados. En el apartado relativo a la interoperabilidad —*infra*, § 2.6—, volveremos sobre ello.

En otro orden de consideraciones, a pesar del gran esfuerzo realizado en los últimos años para la implantación de servicios de administración electrónica, no se ha alcanzado un grado satisfactorio de articulación del derecho de acceso electrónico, al no haberse implantado los medios precisos por muchas Administraciones públicas. La situación es aceptable en la Administración del Estado y en algunas CCAA, siendo los municipios las Administraciones más retrasadas. En orden a orientar las actuaciones del poder público, conviene priorizar la puesta en marcha de una serie de servicios, plataformas y herramientas que revisten un carácter estratégico para el impulso de la administración electrónica, al reunir las siguientes características: 1) Constituyen aplicaciones o servicios horizontales, utilizables en una extraordinaria variedad de procedimientos o relaciones administrativas; 2) Su implantación no entraña grandes costes, sobre todo en relación con el valor añadido que aportan, y 3) Mejoran sensiblemente la posición de la ciudadanía, evitando la realización de trámites presenciales que consumen tiempo y recursos en desplazamientos y horas de trabajo. Son los que podríamos calificar como *servicios básicos de administración electrónica*: a) La sede electrónica; b) El registro electrónico; c) El servicio de notificaciones; d) La plataforma de pagos electrónicos, y e) El registro electrónico de apoderamientos. Las Administraciones públicas que no dispongan de estos servicios, plataformas y herramientas, deberían priorizar sus acciones procediendo, en primer lugar, a su puesta en marcha, y afrontando seguidamente otros procesos más complejos y exponencialmente menos efectivos, como la digitalización de procedimientos sectoriales. La inexistencia de estos servicios básicos en alguna Administración supone un claro incumplimiento por su parte del deber de garantizar la relación de los ciudadanos por medios electrónicos —art. 12.1 LPAC, citado—.

2.4. RÉGIMEN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LAS RELACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

2.4.1. Régimen general de la firma electrónica. Identificación y firma electrónica avanzada y reconocida o cualificada

La firma electrónica es una expresión mediante la que se alude a una serie de actuaciones y servicios tecnológicos a los que el ordenamiento jurídico le asocia determinadas consecuencias. El término *firma* es por tanto un eufemismo, pues lo que hacemos al utilizar esas herramientas no es aplicar una firma (manuscrita), sino realizar una operación a la que el ordenamiento jurídico aparea consecuencias. Debido a que se pueden utilizar tanto en relaciones de Derecho público como de Derecho privado, el régimen general de la firma electrónica se establece en una norma transversal, la Ley 59/2003, de Firma Electrónica (LFE). Además, existe una disposición europea directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el Reglamento (UE) n.º 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica (eIDAS). Por consiguiente, el Derecho administrativo se limita a establecer las particularidades que presenta la firma electrónica en las relaciones jurídico-administrativas: los arts. 9 ss. LPAC regulan el uso de la firma electrónica por los ciudadanos, y los arts. 38 ss. LRJSP por la Administración; ahora bien, para la correcta inteligencia de estos preceptos resulta imprescindible conocer algunas nociones relativas a la firma electrónica en general.

La firma electrónica es el conjunto de datos de forma electrónica, consignado junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante —art. 3.1 LFE—. La firma electrónica no solo sirve para enviar mensajes por vía telemática, sino también para simplemente encriptar un documento y dar fe de su autenticidad e integridad a quienquiera que lo maneje. Existen diferentes tipos de firma electrónica; para comprender su utilización y su regulación jurídico-administrativa hemos de describir los tres siguientes:

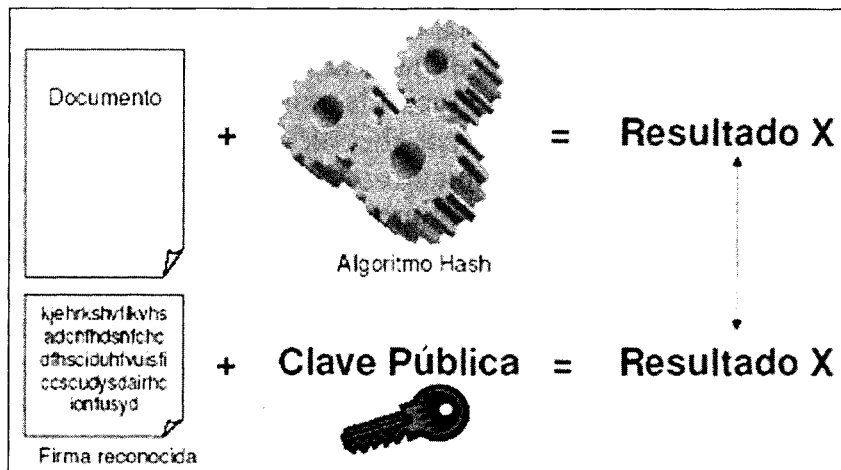
— La *firma electrónica* (a secas), es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante —art. 3.1 LFE—. Es la variante más *débil* de firma electrónica, y puede consistir en un sistema de claves concertadas (PIN) entre la Administración y un ciudadano, para acceder a una plataforma de tramitación telemática de un procedimiento.

— La *firma electrónica avanzada* es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control —art. 3.2 LFE—. Suele articularse mediante un *certificado electrónico*, es decir, una tecnología que ofrecen entidades previamente acreditadas para ello (prestadores de servicio de confianza), y que el usuario puede archivar en un lápiz electrónico (*pendrive*), en una tarjeta con chip, o instalar en el navegador de un ordenador; cuando desea «firmar» un documento, activa la opción correspondiente en un programa informático que permita la firma de documentos, y sigue un proceso (que normalmente implica introducir unas claves que el propio usuario decidió al solicitar el certificado electrónico), y mediante ese proceso el programa «aplica» la firma al documento; desde ese momento se podrá detectar cualquier cambio ulterior del documento, y conocer la identidad de quien lo firmó. Una técnica muy generalizada de

detección de los cambios es la llamada función *hash*, que consiste en una especie de resumen electrónico único para cada documento, que permite detectar cualquier cambio que se introduzca en él con posterioridad.

— La *firma electrónica reconocida* es una firma electrónica avanzada basada en un *certificado reconocido* y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma —art. 3.2 LFE—. Simplificando mucho la cuestión, el usuario obtiene previamente un certificado electrónico específico, el certificado *reconocido*, que igualmente puede transportar en un lápiz electrónico o instalar en el navegador; pero, en este caso, para aplicar la firma electrónica requiere una conexión a Internet, pues en cada utilización del certificado electrónico reconocido el prestador del servicio de confianza interviene en la operación actuando como una especie de *notario digital*, lo que tiene lugar de manera automática y sin necesidad de confirmación o visualización por el usuario (véase en el Tema 16 la figura sobre notificaciones telemáticas, que muestra plásticamente esta operación). Cada vez que usamos dicho certificado en una determinada operación informática, aplicamos nuestra *firma*, como si fuera un sello, y al hacerlo introducimos en el documento automáticamente nuestra *clave pública*, que se incluye en el correspondiente fichero electrónico; por el contrario, la clave privada se almacena en un dispositivo de uso privado (como ya hemos dicho, una tarjeta criptográfica o el disco duro de un ordenador); cuando el destinatario recibe el mensaje, sobre la firma electrónica recibida aplicará la clave pública del emisor a fin de descifrarla; el resultado será una huella que debe coincidir con la huella del mensaje, y si esto se produce, hay garantía de que el mensaje no ha sido modificado y de que ha sido emitido por el titular de la firma, pues en otras palabras, a partir de esa firma electrónica, posteriormente se puede validar por medios electrónicos la autenticidad del documento mediante plataformas de verificación de validez del certificado con el que se firmó. La firma electrónica reconocida es la que presenta mayor nivel de seguridad y también mayor implantación en el ámbito jurídico-público, como veremos en los apartados siguientes. El proveedor de servicios de certificación puede ser perfectamente una empresa privada, opción que asume la ley y respalda la doctrina (MUÑOZ MACHADO), a pesar de que los parámetros propios del Derecho administrativo continental invitarían a reservar esta función para el sector público. Por ejemplo, los que expiden algunas Administraciones públicas, como el que ofrece la FNMT (el más implantado en el sector público), el del Consorcio AOC (Cataluña), o el de Izenpe (País Vasco); y muchas otras entidades: Camerfirma, la Autoridad de Certificación de la Abogacía (es el certificado que usan los abogados en sus relaciones con la Administración de Justicia), o la Agencia Notarial de Certificación. Es importante notar que el ReIDAS designa a esta variedad como firma electrónica *cualificada* (no reconocida); ello se ha reflejado en la LPAC y LRJSP, que aluden a ella con la paráfrasis «firma electrónica reconocida o cualificada», incorporando tanto el término propio del Derecho interno como el establecido en la Unión Europea, lo que no debe inducir a confusión, pues no se trata de dos tipos de firma diferente.

FIGURA 3

La firma electrónica reconocida (o cualificada)

Como se observa, la firma electrónica reconocida reúne a un tiempo garantías de autenticidad —en lo que nos interesa, tanto del titular del órgano administrativo, como del ciudadano—, integridad, no rechazo o no repudio (el firmante no puede negar que el documento se firmó) y confidencialidad, hasta el punto de considerarse tanto o más segura a efectos probatorios que la firma manuscrita en papel.

2.4.2. *La identificación y firma electrónica de las Administraciones públicas*

En lo que se refiere a los aspectos jurídico-administrativos, la Ley de Firma Electrónica ha sido dictada invocando el título competencial contenido en el art. 149.1.18.^a CE, y por consiguiente constituye un régimen común aplicable a todas las Administraciones públicas. La LFE es plenamente aplicable al uso de la firma electrónica en las Administraciones públicas —art. 4—, y de hecho permite que, tanto los órganos administrativos como sus personas titulares, dispongan de firmas electrónicas y las utilicen para el ejercicio de potestades administrativas. La LFE establece expresamente que en tal caso los documentos firmados electrónicamente son documentos públicos «por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la Ley en cada caso» —art. 3.6.a) LFE—. A partir de ahí, los arts. 38 ss. LRJSP regulan los tipos de firma electrónica utilizables por las Administraciones públicas, en tres ámbitos diferentes: a) En portales específicos de Internet (sedes electrónicas); b) Por las autoridades y el personal, y c) En la actuación administrativa automatizada.

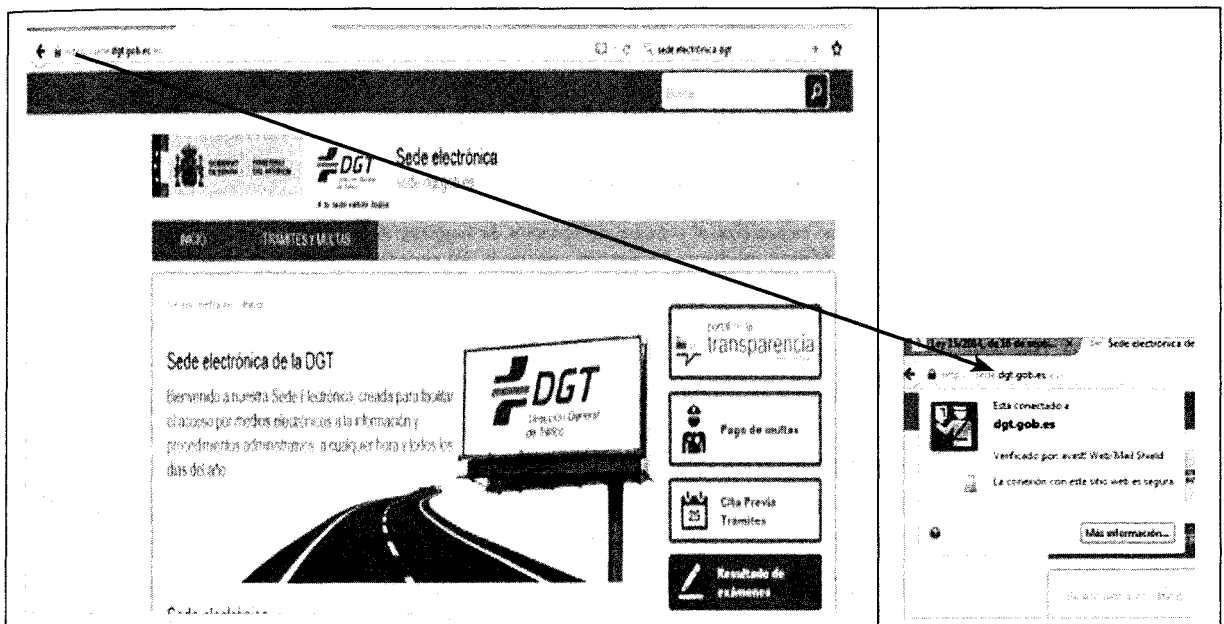
En relación con la *identificación de las sedes electrónicas* (cuyo concepto y características se estudian más adelante), el art. 38.6 LRJSP establece: «Las sedes electrónicas utilizarán, para identificarse y garantizar una comunicación segura con las mismas, certificados reconocidos o cualificados de autenticación de sitio web o medio equivalente». El cambio de nomenclatura (de certificado *reconocido* a *cualificado*, y de certificado de dispositivo seguro a certificado de autenticación de sitio web) deriva del ReIDAS. Como ya podemos imaginar, esta tecnología supone que un tercero de confianza (la entidad que expide el certificado) acredita la identidad del titular de la sede: es decir, que un *notario digital* acredita que el sitio web es titularidad de la Ad-

ministración pública en cuestión; se evita así el *phising* o engaño consistente en que mediante pirateo informático se replica el sitio web por un usurpador para obtener ilícitamente información o cometer otros actos fraudulentos. Además, y aunque las disposiciones en examen no lo digan expresamente, las comunicaciones realizadas en servidores respaldados por esta tecnología se encriptan, de manera que tampoco un tercero *figsón* puede acceder ilícitamente la información que circula mediante la conexión a estos sitios. Se trata, por tanto, de una previsión absolutamente esencial para promover la confianza de los usuarios y para garantizar la seguridad y la integridad de las comunicaciones. La implantación de esta tecnología es una pieza esencial en las relaciones jurídico-administrativas, y por ello la Ley la exige para las sedes, y no así para otros puntos de acceso electrónico de los que sean titulares las Administraciones públicas, como comprobaremos un poco más tarde.

La figura 4 muestra la sede electrónica de la DGT, accesible en <https://sede.dgt.gob.es> desde la que se pueden realizar trámites como pago de multas, solicitud de cita, informes de vehículos, etc. La raíz «https» de la URL indica que el portal dispone de un certificado reconocido (tercero de confianza) que acredita la autenticidad del titular así como la encriptación de las comunicaciones (nadie puede observar lo que estamos haciendo). Pinchando con el botón izquierdo del ratón sobre el candado que ofrece el navegador podemos comprobar quién es el titular de la sede, el proveedor del certificado y la vigencia de este último.

FIGURA 4

Sede electrónica de la DGT



En cuanto a los sistemas de identificación de las Administraciones públicas, se incorporan puntuales mejoras de carácter técnico-jurídico. Así, el art. 40 LRJSP establece que cada Administración (en cuanto que persona jurídica) se identificará mediante *sello electrónico* basado en un certificado reconocido o cualificado (es decir, un sistema de identificación equivalente a los certificados electrónicos reconocidos o cualificados, pero especialmente concebidos para personas jurídicas), que incluirán el número de identificación fiscal de la Administración titular, y la denominación de la

misma, así como, en su caso, la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos; estas exigencias de contenido son novedosas y mejoran el régimen anterior.

Por lo que se refiere a los sistemas de firma admisibles para la *actuación administrativa automatizada*, conforme al art. 42 LRJSP, además del sello electrónico puede utilizarse un código seguro de verificación (CSV). Este concepto aparece en el Anexo de la Ley 11/2007, pero no se incorpora a ningún otro texto normativo, por lo que, tras la derogación efectiva de esta Ley el 2/10/2016, volverá a la condición de concepto jurídico indeterminado. Se trata de una tecnología con cuyo uso, cuando se genera o firma un documento electrónico, un original queda *custodiado* por un tercero de confianza, que se erige en *notario digital* mediante un servidor dotado de certificado de sitio web. El documento lleva incluido un código irrepetible y visible tanto en formato electrónico como en papel, de manera que cualquier interesado puede llevar a cabo una verificación o *cotejo en línea* del documento con su original custodiado: accediendo al servidor en cuestión e introduciendo el código en el campo informático correspondiente, el sistema ofrece en línea el documento.

Por ejemplo, la figura 5 muestra el pie de un documento expedido por el Ayuntamiento de Madrid, en el que se recogen los acuerdos adoptados en una sesión de la Junta de Gobierno municipal. Al pie del documento figura el CSV 0901E24081541FFC. Accediendo al servicio de verificación de documentos del Ayuntamiento (<http://www-2.munimadrid.es/VerificacionCove/CotejoCOVE.jsp>) e introduciendo dicho código en el campo correspondiente, se nos descarga el documento en soporte electrónico, de manera que cualquier persona puede hacer un cotejo en línea, verificando su autenticidad e integridad.

FIGURA 5

Documento con código seguro de verificación

Área de Gobierno de Economía y Hacienda

9 Acuerdo por el que se autoriza el contrato de servicios de limpieza de los edificios del Organismo Autónomo Agencia Tributaria Madrid, mediante tramitación anticipada del expediente, y el gasto plurianual de 821.879,47 euros, como presupuesto del mismo.

Calle Montalbán 1, 6ª planta
28014 Madrid
T: +34 915 881 794
cgobiemoordendia@madrid.es

Copia impresa del documento cuyo original puede comprobar en <https://sede.madrid.es/> con el código 0901E24081541FFC

El CSV es, en realidad, una utilidad añadida a determinados sistemas de firma electrónica, siendo perfectamente posible que se dicten actos administrativos mediante una firma electrónica reconocida que simplemente introduzca en el documento, de manera visible, el CSV. Esto hace posible que el documento sea perfectamente válido en cualquier soporte, tanto electrónico como en papel, pues cualquier persona puede verificar en línea la autenticidad e integridad del documento. En algunos ámbitos sectoriales, en lugar de CSV se emplean otras denominaciones que deberían abandonarse, para evitar equívocos: así, algunos municipios (Donostia, Gijón) se refieren al código de verificación electrónica (CVE), el Ministerio de Industria, Energía y Turismo habla de código de consulta y verificación (CCV), y así sucesivamente.

Por lo que se refiere a la *firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones públicas*, el art. 43 LRJSP establece que cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal, los cuales podrán identificar (mediante los correspondientes atributos del certificado) de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración u órgano en la que presta sus servicios. Lo cual resulta deseable para poder diferenciar la actuación del personal específicamente acometida en el desempeño de sus funciones, respecto de la que puede desplegar a título propio (firma de documentos personales). En este ámbito es polémico que se pueda imponer a los empleados públicos el uso de una firma personal para la actuación que realice en ejercicio de funciones públicas, pero se trata de una práctica ampliamente implantada y que no viene suscitando problemas de orden práctico siempre que el empleado público pueda obtener el certificado sin coste alguno.

Cuando se trata de *intercambios electrónicos de datos en entornos cerrados de comunicación* —arts.44 LRJSP—, quedan también a expensas de lo que establezca cada Administración pública. Ello permite, por ejemplo, el empleo de los sistemas corporativos de correo electrónico como medio apto para las notificaciones dirigidas al personal; sería el caso de las convocatorias de órganos colegiados cuando lo establezcan sus reglamentos orgánicos.

2.4.3. *La identificación y firma electrónica de los ciudadanos: reglas generales. El sistema Cl@ve. La firma manuscrita digitalizada.*

a) *Reglas generales*

Esta materia se encuentra regulada en los arts. 9 a 11 LPAC, que implantan las consecuencias derivadas del ReIDAS, diferenciando entre identificación y firma electrónica, a fin de flexibilizar tanto como sea posible la relación jurídica de los ciudadanos con la Administración por medios electrónicos.

En cuanto a los *sistemas de identificación* la LPAC —art. 9.2— permite que cada Administración regule cuáles admite, dentro de los siguientes:

a) Sistemas basados en *certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica* expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación», considerándose comprendidos en ellos los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica. Hasta la fecha, lo habitual es que las Administraciones no admitan todos los certificados de la lista, sino solo alguno de ellos, siendo generalmente más amplia la relación de certificados admitidos en las Administraciones de gran tamaño, y menor en las de pequeñas dimensiones.

b) Sistemas basados en *certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico* expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».

c) Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

En su *elección del sistema* de identificación que impone, la Administración debe atenerse necesariamente a una de estas tres alternativas: 1) No exige identificación; 2) Exige certificados electrónicos, en cuyo caso tiene que admitir todos los indicados en las letras a) y b); y 3) Exige un sistema de claves concertadas, en cuyo caso está obligada a admitir también todos los certificados de las letras a) y b).

Por lo que se refiere a los *sistemas de firma electrónica*, la ecuación legal es similar —art. 10.2 LPAC—, con ligeros matices. Así, cada Administración pública puede determinar los sistemas de firma que implanta o acepta, dentro de los siguientes:

a) *Sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada* basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación». A estos efectos, se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica.

b) *Sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado* basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».

c) Cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

Como se observa, la principal diferencia respecto a la identificación es que para la firma electrónica también se admiten los certificados avanzados, y no solo los reconocidos o cualificados. Según el propio art. 10.2 LPAC, cada Administración Pública, Organismo o Entidad podrá determinar si sólo admite algunos de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos de su ámbito de competencia, por lo que no rigen las tres alternativas necesarias que se aplican en materia de identificación, quedando en libertad la Administración para elegir el o los sistemas de firma que considere convenientes.

En cuanto a los *efectos de la identificación y la firma*, de acuerdo con la LPAC, la firma electrónica conlleva siempre identificación —art. 10.4—, por lo que no será preciso identificar de otro modo adicional a quien utilice alguno de los sistemas de firma electrónica. Pero la identificación sólo puede asimilarse a la firma cuando permita acreditar la autenticidad de la expresión de voluntad y consentimiento de los interesados —art. 10.3—, si bien a esta exigencia debe añadirse la integridad del documento en el caso de que se trate de su aceptación.

Por lo que se refiere a los *ámbitos en los que puede imponerse la identificación o la firma electrónica*, como regla general, bastará con que los ciudadanos utilicen medios de identificación para realizar gestiones: por ejemplo, acceder a un expediente, o a una plataforma de tramitación en la que ir volcando información hasta el momento de presentación de la solicitud, que ya requerirá la firma electrónica. En ese sentido, el art. 11.2 LPAC establece que sólo se requerirá firma electrónica para los siguientes trámites: a) Formular solicitudes; b) Presentar declaraciones responsables o comunicaciones; c) Interponer recursos; d) Desistir de acciones, y e) Renunciar a derechos.

b) *El sistema Cl@ve*

La Administración General del Estado mantiene el sistema Cl@ve (accesible en <http://www.clave.gob.es>), con el que pretende suministrar a los ciudadanos sistemas de identificación y firma electrónica de fácil manejo. Cualquier Administración pública puede adherirse a esta plataforma para que los ciudadanos puedan utilizarla en sus relaciones por medios electrónicos. Para utilizar esta plataforma los ciudadanos

han de darse previamente de alta en la pestaña «registro» de la página principal e introducir ciertos datos; entre ellos, una clave que recuerde fácilmente y su número de móvil. Dispone de tres servicios o sistemas de identificación y firma:

— *Clave PIN*: Está concebido para la realización de un trámite concreto, no para relaciones continuas, y funciona de manera similar a los pagos electrónicos con tarjetas bancarias y sistema de doble clave: cuando el ciudadano esté realizando gestiones y para completar el trámite esté activado este servicio, pinchará en el icono correspondiente y se abrirá un cuadro de diálogo en el que tendrá que introducir la clave que facilitó al darse de alta en el sistema y un código que se le remitirá a su teléfono móvil. De esa manera podrá acceder a los servicios hasta que salga de la sede electrónica o cierre el navegador. Para gestiones ulteriores tendrá que repetir el proceso.

— *Clave permanente*: Su finalidad es unificar la clave que el ciudadano utilizará con el conjunto de Administraciones públicas adheridas al sistema, en aquellos trámites para los que se encuentre prevista esta solución por sus características específicas. Por ejemplo, es cada vez más frecuente que las solicitudes de subvenciones tengan que cumplimentarse mediante el acceso a plataformas de tramitación en las que el ciudadano va incorporando datos y documentación durante un período de tiempo; con la integración del trámite en *clave permanente*, para acceder a la plataforma sólo tendría que introducir las claves generales que él mismo ha elegido para relacionarse con las Administraciones públicas. Este sistema no está concebido para procesos de firma electrónica, por lo que generalmente, una vez concluida la tramitación, la plataforma articulará un sistema de firma (p.ej., mediante certificados reconocidos o cualificados), con el que se procederá a cumplimentar trámites como la presentación a registro de la solicitud definitiva.

— *DNIe en la nube*: Con esta herramienta, todos los ciudadanos contarán con un DNIe alojado en la nube (o *cloud*), es decir, en una máquina o servidor remoto de la esfera organizativa de la Administración del Estado. Cuando un trámite esté incluido en *Cl@ve* para realizarse mediante el DNIe en la nube, el sistema conectará directamente con el certificado electrónico del DNIe del ciudadano, pudiendo realizarse el trámite sin necesidad de que lo lleve en un chip o de que utilice un lector de tarjetas (bacaladera). Con ello pretenden solucionarse los problemas de interoperabilidad y usabilidad que viene suscitando el chip incorporado al DNIe físico del que disponen los ciudadanos para identificarse de manera presencial.

c) *La firma manuscrita digitalizada*

Está comenzando a generalizarse un sistema de firma manuscrita digitalizada que actualmente se usa en el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y en la Agencia Tributaria, pero que se extenderá previsiblemente en el futuro. Consiste en que, cuando un ciudadano acude a una oficina para realizar un trámite, éste se cumplimenta por un empleado público directamente en un sistema informático, y después se entrega al ciudadano una tableta electrónica en la que inscribe su firma manuscrita, con una tecnología avanzada que incorpora datos biométricos, como la velocidad del trazo o la presión de la mano. Esta solución *no tiene validez como firma electrónica reconocida o cualificada*, por lo que a continuación el empleado público añade su propia firma, para completar las exigencias legales de autenticidad e identificación del firmante. Si los desarrollos tecnológicos y normativos llegan a avalar algún día la plena eficacia jurídica de la firma manuscrita digitalizada, pero sin firma de refuerzo de un

empleado público, se solventarían muchos de los problemas que viene suscitando la firma electrónica en las relaciones jurídico-administrativas.

d) *La firma mediante asistencia de funcionarios públicos habilitados*

Atendiendo a la eventualidad de que los ciudadanos no dispongan de medios de firma electrónica, la LPAC contempla la posibilidad de que reciban asistencia por parte de un funcionario público para que, acudiendo a dependencias administrativas, tales funcionarios puedan presentar los escritos en nombre del interesado.

Así, el art. 12.2 LPAC dispone que, si algún ciudadano no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En este caso, será necesario que el interesado que carezca de los medios electrónicos necesarios se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio.

A tal efecto —art. 12.3 LPAC—, cada Administración pública, en el marco de su potestad de autoorganización, deberá designar los concretos funcionarios públicos habilitados para realizar este trámite, que deberán encontrarse inscritos en un registro electrónico específico de funcionarios públicos habilitados. Como garantía de la efectiva prestación de esta asistencia, la Ley exige que en dicho registro deben figurar, al menos, los funcionarios que presten servicio en las oficinas de asistencia en materia de registros, de manera que, cuando un ciudadano no disponga de medios de firma electrónica, podrá acudir cuando menos a estas oficinas para poder realizar sus trámites con las Administraciones públicas.

Debe recordarse, en cualquier caso, que las Administraciones públicas no tienen este deber de asistencia respecto a los ciudadanos que se encuentren obligados a relacionarse por medios electrónicos —art. 12.2 LPAC—, si bien pueden prestarles la asistencia, pues la Ley no prohíbe que lo hagan, y supone en todo caso una actividad prestacional que encaja perfectamente en la vocación de servicio que corresponde a las Administraciones públicas en virtud del art. 103.1 CE.

2.5. COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (EXCEPTO REGISTROS Y NOTIFICACIONES)

A continuación se describen los diferentes medios de presencia de la Administración en Internet y su correspondiente régimen jurídico, a excepción de lo relativo a los registros y notificaciones electrónicas, por tratarse de materias cuya complejidad y especificidad exigen su tratamiento en otros lugares (los registros, en este mismo Tema; y las notificaciones, en el Tema 16).

2.5.1. *Sede electrónica, punto general de acceso y portales de Internet.*

En esta materia la regulación legal resulta especialmente desafortunada, introduciendo una enorme confusión con el empleo de diferentes sintagmas cuyo significado no se aclara suficientemente: *sede electrónica* (art. 38 LRJSP), *portal de Internet* (art. 39 LRJSP) y *Punto de Acceso General o PAG*, denominación inexistente en la LRJSP pero utilizada en diferentes ocasiones por la LPAC. Se diría que la LPAC llama Pun-

to de Acceso General a lo que la LRJSP denomina Portal de Internet, y que la noción de sede electrónica tiene idéntico significado en ambos textos, pero no podemos sostener afirmaciones concluyentes en la cuestión, como se comprobará después con su estudio más detallado. A primera vista se aprecian por tanto dos graves deficiencias: la primera, que estas nociones no aparecen suficientemente precisadas en las normas que las contienen, generando un indudable problema de interpretación; pero además, los contenidos de ambas leyes no se han cohesionado suficientemente, produciéndose antinomias y conflictos de difícil resolución.

Otro claro ejemplo de la pésima calidad normativa de las disposiciones en examen deriva del régimen establecido para su entrada en vigor. Según la D.F. 7.^a LPAC, la Ley entra en vigor al año de su publicación en el *BOE*, si bien las previsiones relativas al PAG producirán efecto dos años después, esto es, el 2 de octubre de 2018; pero la D.F. 18.^a LRJSP no articula esta entrada en vigor «suprademorada» por lo que respecta a la sede electrónica y al portal de Internet, cuyas previsiones son plenamente aplicables, por tanto, a partir del 2 de octubre de 2016. Es de suponer que la imposibilidad de cohesionar esta clara antinomia llevará a todo el mundo a pensar que tampoco es obligatorio crear las sedes electrónicas hasta el 2 octubre de 2018.

a) *Sede electrónica*

Conforme al art. 38 LRJSP (análogo a su precedente art. 10 LAECSP), «La sede electrónica es aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a uno o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público *en el ejercicio de sus competencias*». Con esta poco expresiva definición se nos quiere decir en realidad (VALERO y MARTÍN DELGADO) que la sede electrónica es el sitio accesible mediante redes de telecomunicación mediante el cual la Administración pública titular de la sede *ha de canalizar las relaciones jurídico-administrativas (registro, notificaciones, actuación automatizada, acceso al expediente, etc.) que supongan el ejercicio de potestades administrativas*, ya sean favorables, desfavorables o neutras (tanto actos definitivos y de trámite, como actuaciones instrumentales de gestión documental que requieren constancia fehaciente, como la obtención de certificados en línea), recibiendo tales actuaciones pleno reconocimiento jurídico (validez y eficacia). Mucho más expresivo del significado jurídico que ostenta la sede electrónica es el art. 4 del Real Decreto 1.671/2009, de 6 de noviembre, de desarrollo parcial de la Ley 11/2007 (RDLAECSP), que dispone: «Se realizarán a través de sedes electrónicas todas las actuaciones, procedimientos y servicios que requieran la autenticación de la Administración Pública o de los ciudadanos por medios electrónicos». Este precepto, que no ostenta carácter básico al haber sido dictado por el Estado en desarrollo propio de la Ley 11/2007, es mucho más expresivo de lo que representa (o debe representar) una sede electrónica.

La naturaleza de la sede como instrumento de canalización de relaciones con plena validez y eficacia jurídica se ve acompañada de las imprescindibles (y coherentes) exigencias tecnológicas, pues como pudimos comprobar más arriba, tales sitios han de encontrarse *provistos de un certificado cualificado de sitio web o medio equivalente* (art. 38.6 LRJSP), por razones de confianza, seguridad e integridad de las comunicaciones.

Todo ello debería obligar a las Administraciones públicas a crear su sede electrónica si pretenden obtener el efecto de lograr la plena validez y eficacia de sus actúa-

ciones por medios electrónicos. Ese deber de creación no se desprende *expressis verbis* de la normativa en examen, pero resulta indispensable desde el punto de vista de los principios generales que presiden y vinculan la actividad de las Administraciones públicas. Hemos de decir, en consecuencia, que si una Administración mantiene relaciones jurídicas electrónicas al margen de la sede, es francamente dudoso que tales actuaciones puedan reputarse válidas, cabiendo reprocharles su incursión en un vicio formal esencial determinante de su anulabilidad [art. 48.2 LPAC, en conexión —analógica— con el art. 26.2.e) del propio cuerpo legal].

El art. 38 LRJSP no indica los contenidos necesarios de las sedes electrónicas, desatendiendo las críticas que ya se habían producido en esta misma cuestión (COTINO, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y MARTÍN DELGADO). Sin embargo, abundan en la LPAC las referencias a la sede como lugar en el que tendrán lugar infinidad de actuaciones (arts. 5.4; 6.5; 16.1 párrafo 4.º; 31, apdos. 2 y 3; 32.4; 27.3.d) párrafo 2.º; 41.6; 42, apdos. 1 y 3; 43, apdos. 1 y 3; 66.1.f) párrafo 2.º; 83.2 párrafo 2.º; 131 párrafo 2.º, y Disp. Adic. 4.ª) Destacan la exigencia de que se alojen en la sede el registro electrónico, la puesta a disposición de notificaciones por comparecencia, los diarios oficiales y el listado con los códigos de identificación vigentes de los órganos, centros y unidades administrativas; sin embargo, no se exige expresamente que se alojen en la sede las plataformas de notificaciones electrónicas, la pasarela de pagos electrónicos o el tablón de edictos electrónico.

En otro orden de consideraciones, el art. 38.2 LRJSP imputa *responsabilidad (patrimonial) del titular de la sede* respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma. No son admisibles, por consiguiente, las cláusulas de exoneración de responsabilidad que son habituales en los portales de Internet (VALERO).

Por otro lado, el art. 38.3 LRJSP establece que «Cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del órgano titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas». Esto supone la necesidad de que cada Administración pública dicte un desarrollo reglamentario (las CCAA pueden hacerlo también en normas de rango legal), en el que se determine el procedimiento y la competencia para la creación de las sedes electrónicas. El art. 3.2 RDLAECSP establece que, en la Administración del Estado, las sedes electrónicas se crearán mediante orden del Ministro correspondiente o resolución del titular del organismo público, que deberá publicarse en el *BOE*; en su virtud se han dictado varias docenas de disposiciones de creación de las sedes. El modelo ha sido replicado con carácter general por las CCAA, mediante las disposiciones citadas en el § 2.2 de este Tema. Y en las entidades locales, la fórmula habitual ha sido la aprobación de ordenanzas de administración electrónica (o similar), en las que se establece directamente la creación de las sedes.

b) *Portal de Internet y Punto de Acceso General*

El escueto art. 39 LRJSP dispone: «Se entiende por *portal de Internet* el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de Internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente».

Esta lacónica previsión es insuficiente para erigirse en la normativa marco que regule con carácter básico la presencia institucional de las Administraciones públicas en las redes de comunicación.

Lo más sorprendente del caso es que, como ya se ha dicho, la LPAC alude reiteradamente a un Punto de Acceso General (PAG) cuya concreta definición y régimen jurídico se desconocen por completo, toda vez que no figuran en ninguna de las dos leyes básicas que analizamos. Este sintagma aparece en las siguientes ocasiones:

— Art. 13.a) LPAC: establece el derecho de los ciudadanos a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un PAG.

— Art. 43.4 LPAC (ya comentado): Los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el PAG.

— Art. 53.1.a) LPAC: Quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos tendrán derecho a consultar en el PAG el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados.

— D.A. 2.^a LPAC: De manera indirecta, da a entender que cada Administración pública habrá de disponer necesariamente de un PAG, adhiriéndose al de la AGE en el caso de que no puedan crearlo por sus propios medios.

Parece obvio, en primer lugar, que la mención al Portal de Internet de la LRJSP equivale al PAG en la LPAC, incongruencia semántica que ya hemos lamentado al inicio de este apartado. También resulta evidente que la regulación del art. 39 LRJSP es insuficiente para expresar lo que verdaderamente se quiere decir: que cada Administración pública debe tener un PAG a través del cual se hipervincule el acceso al conjunto de sitios web o servicios electrónicos de la Administración en cuestión; y que en dicho PAG debe encontrarse asimismo el acceso a la sede o sedes electrónicas creadas por ella. De tal manera que *la sede constituye verdaderamente una prolongación de las oficinas administrativas presenciales, en tanto que el PAG es un portal genérico que aglutina (enlaza o hipervincula) el conjunto de direcciones electrónicas de las que sea titular la correspondiente Administración* (VALERO). Así se desprende más claramente del art. 9.1 RDLAECSP, que dispone: «El Punto de acceso general de la Administración General del Estado contendrá la sede electrónica que, en este ámbito, facilita el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma. También podrá proporcionar acceso a servicios o informaciones correspondientes a otras Administraciones públicas, mediante la celebración de los correspondientes Convenios».

En cuanto a la *responsabilidad derivada de la información publicada en el PAG*, la LPAC no hace mención expresa a esta cuestión, y de hecho, son extraordinariamente frecuentes las declaraciones de exoneración de responsabilidad incluidas en los portales de las Administraciones públicas (CERRILLO), que siguen en este sentido la práctica generalizada de los operadores privados. Esto no puede conducir llanamente a la exoneración de responsabilidad de la Administración como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por los ciudadanos de conformidad con los contenidos publicados en la sede, sino que en este caso se seguirá el régimen común de la responsabilidad administrativa establecido en los arts.32 ss. LRJSP.

2.5.2. *Los tablonos edictales electrónicos, el Tablón Edictal Único del BOE y otros portales de Internet de las Administraciones públicas*

a) *Tablonos edictales electrónicos. El Tablón Edictal Único del BOE*

Las nuevas leyes omiten toda regulación del *tablón de edictos electrónico*, a diferencia de la Ley 11/2007: el art. 12 LAECSP solventaba la cuestión de manera tan simple como eficiente: «La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente». Ningún precepto del nuevo par normativo reemplaza a éste, e incluso el art. 45 LPAC regula la publicación (de los actos administrativos) aludiendo al tablón de edictos, pero sin mencionar su (eventual) carácter electrónico. Esta laguna sólo podrá solventarse invocando el principio general de equivalencia de soportes (*infra*, § 5.2), pero sólo en la medida que el tablón electrónico se encuentre provisto de certificado de sitio web; además, sería conveniente, por las razones indicadas más arriba, que dicho tablón sea accesible mediante la sede electrónica de la Administración actuante.

Las Administraciones públicas deben seguir implantando y potenciando los tablonos de edictos electrónicos, que resultan mucho más eficientes que los tablonos presenciales. Por ejemplo, los actos que se dicten en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva (oposiciones, subvenciones), han ser objeto de publicación en lugar de notificación —art. 45.1.b) LPAC—; si el tablón es presencial, los participantes en el proceso habrán de desplazarse repetidamente para verificar la publicación de los actos de trámite (relación de admitidos y excluidos, calificación de cada prueba, propuesta de resolución, etc.), en tanto que de producirse la publicación en un tablón electrónico, podrán consultarlo en remoto desde cualquier lugar.

Es más, el *BOE* ha creado el denominado *Tablón Edictal Único* (accesible en http://www.boe.es/tablon_edictal_unico), cuyo origen reside en la Ley 15/2014, de Racionalización del Sector Público —art. 25—, y actualmente se encuentra contemplado por la D.A. 3.^a LPAC. Consiste en un sistema automatizado para la remisión de anuncios edictales de las notificaciones que no se hayan podido practicar por medios presenciales por cualquier Administración pública, procediéndose a su publicación por este medio —véase Tema 16, § 4—. Constituye un servicio gratuito y extraordinariamente eficaz.

b) *Otros portales de Internet de las Administraciones públicas*

Debemos hacer mención a las omisiones que se aprecian en la regulación de la presencia de las Administraciones públicas en las redes de telecomunicación, y en particular, a la ausencia de toda referencia en las nuevas leyes a otra serie de portales o plataformas de Internet cuya creación es asimismo obligatoria para las Administraciones públicas. Se trata esencialmente, de las siguientes:

A) *El perfil del contratante* previsto en el art. 53 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Se trata de un punto de acceso electrónico de existencia preceptiva que la LRJSP ignora por completo. El art. 53.1 TRLCSP establece que la forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las

páginas web institucionales que mantengan los entes del sector público y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, por lo que debemos entender que el enlace ha de estar disponible, cuando menos, en el PAG. Pero además, el art. 53.3 TRLCSP dispone que «el sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo», por lo que debe satisfacer requisitos análogos a los de la sede, y en particular, encontrarse provisto de un certificado de sitio web. En definitiva, debería tratarse también de una plataforma accesible desde la sede electrónica, unificando en ellas toda esta información sensible, y evitando la dispersión actual. Adicionalmente, debe comentarse que el art. 334 TRLCSP establece que «La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a través de sus órganos de apoyo técnico, pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. En todo caso, los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal deberán integrarse en esta plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. *En las sedes electrónicas de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil del contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público*», y el art. 334.2 del propio cuerpo legal determina que «La plataforma deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma», por lo que el régimen de la Plataforma de Contratación del Sector Público es mucho más acorde con cuanto defendemos aquí que el dispuesto para el perfil del contratante.

B) *El portal de transparencia*, regulado por los arts. 5 ss. de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (véase Tema 2, § 2.1).

C) *El punto general de entrada de facturas electrónicas*. El art. 6 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la Factura Electrónica y creación del Registro Contable de Facturas en el Sector Público, establece la necesidad de que todas las Administraciones públicas dispongan de un punto general de entrada de facturas electrónicas, en el que se producirá la entrada automática en un registro electrónico, proporcionando un acuse de recibo electrónico con acreditación de la fecha y hora de presentación.

2.5.3. *Las carpetas ciudadanas*

Muchas Administraciones públicas están desarrollando plataformas de comunicación con la ciudadanía que facilitan extraordinariamente sus gestiones y centralizan en un mismo punto de acceso el conjunto de trámites y gestiones que cada persona puede llevar a cabo con la Administración. En la mayoría de los casos (sobre todo en las entidades locales) estos centros de comunicación se denominan «Carpeta ciudadana» (Ayuntamientos de Burgos, Donostia, Fuengirola, Vigo, Zaragoza...), aunque pueden recibir denominaciones diversas. Con esta herramienta de administración electrónica se prestan diferentes servicios:

— La primera utilidad que presentan es la posibilidad que se ofrece al ciudadano de *comunicar a la Administración sus datos personales*, indicando, por ejemplo, el

domicilio o medio preferente de notificación, y otros datos relevantes de contacto, como una dirección de correo electrónico convencional en la que recibir los avisos de notificación electrónica a que alude el art. 41 LPAC (véase Tema 16).

— Una segunda utilidad es la de *acceder al contenido de los expedientes o al estado de tramitación* de los procedimientos en los que el ciudadano tenga la condición de interesado. Gozan así de un punto unitario en el que realizar esa gestión, sin necesidad de localizar o lograr el acceso en diferentes plataformas o páginas web.

— También suelen permitir estas carpetas que el ciudadano acceda al contenido de las *notificaciones administrativas* que se le hayan cursado, e incluso, a veces, que presenten escritos y solicitudes, enlazando con el correspondiente registro electrónico.

— Por otra parte, tras la puesta en marcha de los *registros electrónicos de apoderamientos* establecidos en el art. 6 LPAC (cuya entrada en vigor se produce el 2/10/2018), las carpetas ciudadanas pueden incluir una utilidad para otorgar apoderamientos así como para consultarlos y revocarlos, facilitando extraordinariamente esta operación.

Como puede verse, la carpeta ciudadana es un servicio de administración electrónica de extraordinaria utilidad. Su implantación constituye todo un acierto y supone un gran adelanto en los modos de relación de la ciudadanía con las Administraciones públicas.

Debido al tipo de servicios que presta, la carpeta ciudadana *debe encontrarse alojada en la sede electrónica* de la Administración correspondiente. El acceso a la carpeta puede hacerse por medios de identificación electrónica, no siendo estrictamente necesaria la firma; pero algunas de sus utilidades (recepción de notificaciones, presentación de escritos) sí exigen el uso de firma electrónica, debido a la naturaleza de las actuaciones.

El más claro exponente de este recurso es el servicio «Mi Carpeta», de la Administración General del Estado, accesible en la sede electrónica del Punto de Acceso General (<https://sede.administracion.gob.es>).

2.5.4. *Los medios de pago electrónicos*

El art. 98.2 LPAC establece: «Cuando de una resolución administrativa, o de cualquier otra forma de finalización del procedimiento administrativo prevista en esta ley, nazca una obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria, multa o cualquier otro derecho que haya de abonarse a la Hacienda pública, éste se efectuará preferentemente, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo, utilizando alguno de los medios electrónicos siguientes:

- a) Tarjeta de crédito y débito.
- b) Transferencia bancaria.
- c) Domiciliación bancaria.
- d) Cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda Pública».

Aunque la Ley lo haya situado en un lugar sistemático desafortunado por su escasa visibilidad (en un artículo rubricado *ejecutoriedad*), en realidad se está incorporando a nuestro Derecho una innovación considerable y de alcance general: el deber de

las Administraciones públicas de suministrar medios de pago electrónico que faciliten las gestiones de los ciudadanos.

En la misma línea, el art. 16.6 LPAC, en materia de registros, establece: «Podrán hacerse efectivos mediante transferencia dirigida a la oficina pública correspondiente cualesquiera cantidades que haya que satisfacer en el momento de la presentación de documentos a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de su abono por otros medios».

Con estos preceptos se implantan los pagos electrónicos en dos grandes ámbitos: cuando deban abonarse cantidades derivadas de actos administrativos (p. ej., multas), o al presentar escritos a registro (p.ej., la solicitud de una licencia de obras). Conviene, no obstante, que las Administraciones implanten pasarelas también para el pago de prestaciones de servicios, como el uso de instalaciones deportivas, tarjetas de transporte público, etc.

2.6. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

Respecto a la actuación administrativa automatizada, la primera aportación de la Ley es definir su concepto: «Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público» —art. 41.1 LRJSP—. Sin embargo, el resultado no ha sido plenamente feliz, pues era más certera la definición contenida en el Anexo de la LAECSP, que la definía como «la actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular». En primer lugar, este tipo de actuaciones no tienen por qué acontecer necesariamente con ocasión de un «procedimiento administrativo», al menos en el sentido estricto del término: los llamados servicios de respuesta inmediata (o SRI), como la obtención en línea de un certificado (de empadronamiento, de calificaciones, de estar al corriente de las obligaciones tributarias), son actuaciones administrativas automatizadas que no se encuadran en un procedimiento administrativo en sentido propio. Por otra parte, en cuanto a la alusión a los empleados públicos, parece más correcto referirse a personas físicas, evitando dudas de interpretación.

También peca esta regulación de un defecto de omisión, al no restringir el ámbito de las actuaciones administrativas que pueden producirse automáticamente. Doctrinalmente sí se han hecho esfuerzos por acotar ese ámbito (VALERO, MARTÍN DELGADO, URÍOS y ALAMILLO). Así, es perfectamente admisible la actuación automatizada cuando se lleven a cabo operaciones puramente mecánicas, como la ya referida expedición de certificados en línea, las subastas electrónicas (con magnitudes precisas y previamente programadas); o actuaciones estrictamente regladas, como la expedición de un recibo de presentación de un escrito a registro (electrónico), los requerimientos por retraso en el cumplimiento de obligaciones, la inadmisión de un escrito por carecer de datos o documentos de acompañamiento obligatorios, o la expedición de notificaciones a la dirección electrónica del interesado una vez dictado el acto administrativo a notificar. Pero deberían prohibirse expresamente las actuaciones automatizadas cuando se sustenten en juicios de valor, como es el caso de la emisión de informes o el dictado de actos administrativos resolutorios que exijan analizar la información contenida en el expediente y dar respuesta a las cuestiones suscitadas durante la tramitación del procedimiento.

2.7. LA INTEROPERABILIDAD

Esta cuestión ha sido objeto de regulación deficiente por las leyes 39/2015 y 40/2015, siendo preciso aludir a la legislación precedente (Ley 11/2007, LAECSP), para comprender cabalmente la cuestión.

La interoperabilidad es la «capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos» (definición contenida en el Anexo de la LAE SCP que no se ha reproducido en la legislación posterior). Se trata, por tanto, de hacer compatibles los diferentes sistemas de información implantados en cada organización (sean del sector público o privado), a fin de que puedan conectarse e interactuar. Ello permite, por ejemplo, que el ciudadano se limite a presentar una solicitud (así, plaza en un centro escolar) y el órgano actuante recabe la información necesaria mediante cruces de datos con otras Administraciones públicas; certificados de la Agencia Tributaria, de empadronamiento, etc.

La interoperabilidad es un imperativo en un Estado políticamente descentralizado: permite que cada poder político ejerza su competencia abatiendo las eventuales barreras que en otro caso representa para la ciudadanía su segmentación entre diferentes poderes públicos. Exige la alineación de factores muy diversos (implica, por ejemplo, procesos de normalización técnica, tanto de *hardware* como de *software*), y para ello es fundamental que alguien establezca las *reglas del juego*, siquiera sea mediante procedimientos que integren la participación y sensibilidades de todos los actores implicados.

El art. 41 LAECSP promovía la interoperabilidad con un mandato general —que llevó a MARTÍNEZ a postular su condición de principio—, y el art. 42 LAECSP vaticinó la importancia nuclear que entraña esta cuestión apoderando al Estado con la potestad de aprobar un Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI), lo que hizo mediante Real Decreto 4/2010 RDENI). El ENI se configura como una norma básica estatal vinculante para todas las Administraciones públicas.

El ENI, a su vez, previó su posterior desarrollo mediante *normas técnicas de interoperabilidad* (NTI), aprobadas por Resolución de la Secretaría de Estado para la Función Pública y que «serán de obligado cumplimiento por parte de las Administraciones públicas» —Disp. Adic. 1.^a RDENI—, es decir, que ostentan carácter básico; en su virtud, se han aprobado 12 NTI cuyos contenidos son extraordinariamente minuciosos (así, la NTI de documento electrónico, o la de registros), logrando un extraordinario avance en la articulación de un sistema integrado de gestión documental electrónica en una organización política extraordinariamente compleja y descentralizada como la española.

Las nuevas leyes 39 y 40/2015 aluden reiteradamente a la interoperabilidad como una especie de *mantra*, pues ciertamente ya hemos comprobado su trascendencia. A modo de ejemplo, en la Ley 39/2015 se exige a las Administraciones públicas que sus desarrollos de administración electrónica sean interoperables en relación con los registros electrónicos de apoderamientos y los mercantiles, de la propiedad y protocolos notariales (art. 6.2 LPAC), los registros de entrada y salida (art. 16.1 y 4 LPAC), los registros de funcionarios habilitados para la expedición de copias auténticas (art. 27.1 LPAC), los registros de funcionarios habilitados para asistir a los ciudadanos en el uso de medios electrónicos (art. 12.3 LPAC); o incluso que se ajusten al ENI (en algunos casos también se invocan las NTI), las copias de documentos (art. 27.3 LPAC), la remisión de expedientes (art. 70.3 LPAC), y el registro electrónico de apoderamientos, el registro electrónico, el archivo electrónico único, la plataforma de intermediación de datos y el punto de acceso general electrónico de la Administración (todo ello, en la

Disp. Adic. 2.^a LPAC). Y en la Ley 40/2015 se proclama la interoperabilidad como principio vinculante para todas las Administraciones públicas (art. 3.2 y Exposición de Motivos), y que deben cumplir la sede electrónica (art. 30.3 LRJSP), la firma electrónica de los documentos (art. 45 LRJPAC), la reutilización de aplicaciones y sus directorios (arts. 157.3 y 158.1 LRJSP),

Sin embargo, el legislador ha incurrido en una omisión asombrosa e imperdonable: la determinación de su procedimiento de aprobación y la asignación al Estado de la competencia para ello. El art. 42.3 LAECSP establece que el ENI «se aprobará por Real Decreto del Gobierno, a propuesta de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local». En cambio, el art. 156 LRJSP, que lo reemplaza, se limita a indicar el contenido del ENI (tal y como hacía el art. 42.1 LAECSP), pero omite su procedimiento y forma de aprobación. De tal manera que las nuevas leyes invocan y remiten incesantemente a la interoperabilidad, aunque no se sabe quién ni cómo establecerá en lo sucesivo sus contenidos. Se trata de un grave defecto de técnica normativa que debe subsanarse antes de la entrada en vigor de estas leyes, pues podría incluso ponerse en entredicho la validez del RD 4/2010, y de las NTI: al desaparecer su Ley de cobertura todo este desarrollo normativo puede venirse abajo como un castillo de naipes.

3. LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS. LUGARES Y MEDIOS DE PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS

Con arreglo a la Disp. Final 7.^a, las previsiones relativas al registro electrónico entran en vigor el 2/10/2018. Ello obliga a abordar aquí tres regímenes jurídicos distintos: el de los registros presenciales establecido en la Ley 30/1992 y el de los registros electrónicos en la Ley 11/2007, previsiones que estarán vigentes hasta el 1/10/2018 (inclusive); y el régimen de los registros electrónicos establecido en la Ley 39/2015, que entra en vigor a partir de esa fecha. Afortunadamente, el régimen de cómputo de plazos en los registros electrónicos es idéntico en la Ley 11/2007 y en la Ley 39/2015, por lo que eludimos entrar en esa cuestión, que se abordó más arriba (§ 1.3 de este Tema).

3.1. REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y LUGARES DE PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS EN LA LEY 30/1992

3.1.1. *Lugar de presentación de la solicitud*

La LRJPAC —art. 38.4— establece que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a las Administraciones Públicas pueden presentarse de dos formas:

— *Directa*. En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan, teniendo en cuenta que cada órgano administrativo debe llevar un registro general en el que hará constar el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad propia —art. 38.1—. La LRJPAC —art. 38.8— obliga a las Administraciones Públicas a hacer pública y mantener actualizada una «relación de oficinas de registro» propias o concertadas, sus sistemas de acceso y comunicación, así como los horarios de funcionamiento. Algunas Administraciones, como la del Estado, han procedido a publicar esta relación en el boletín oficial correspondiente.

— *Indirecta*. Según la LRJPAC —art. 38.4— en su redacción inicial, esta presentación indirecta puede tener lugar en las oficinas de Correos, así como «en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas e, incluso, de las Entidades Locales, siempre que en este último caso se hubiese suscrito el oportuno convenio de colaboración con la correspondiente Entidad Local». Se estableció de este modo un principio de intercomunicabilidad de los Registros de las distintas Administraciones públicas, en cuya virtud se pueden presentar los escritos ante cualquiera de las indicadas, aunque se dirijan a otra Administración diferente: el registro receptor del escrito lo reenvía al registro de la Administración destinataria, con el correspondiente estampillado de fechas. Aunque inicialmente quedaron fuera los registros de las Administraciones Locales (justamente las que mayor interés presentan como receptoras de escritos dirigidos a otras Administraciones, por ser las más próximas al ciudadano), posteriormente el Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, extendió esta intercomunicabilidad a los registros de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, y Ayuntamientos de los Municipios de gran población; de tal modo, que el convenio sólo es necesario en relación con los Municipios de régimen común. Con todo, debe señalarse que alguna Ley autonómica establece que los Ayuntamientos actuarán como centros de recepción de documentos dirigidos a la Administración autonómica —es el caso del art. 51.3 de la Ley 9/2007 de Administración de la Junta de Andalucía—, lo cual supone imponer una cooperación forzosa.

3.1.2. *Modo de presentación de la solicitud o escrito*

— *En las oficinas de la Administración*. Según la LRJPAC —art. 70.3—, de las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración, «podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal la copia del escrito que acompañe el ciudadano, en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina», previa verificación de la exacta concordancia entre el contenido de la solicitud, escrito o comunicación original y el de su copia. Ahora bien, si el ciudadano no aportase la copia, la Administración debe optar por realizar una copia del escrito o por la expedición del recibo en el que conste el remitente, el órgano destinatario y un extracto del contenido de la solicitud, escrito o comunicación —art. 6 Real Decreto 772/1999—. Y, en todo caso, la expedición de los recibos acreditativos de la fecha de presentación «se efectuará en el mismo momento de la presentación de la solicitud, escrito o comunicación» —art. 6 Real Decreto 772/1999—.

— *En las oficinas de Correos*. En el caso específico de presentación del escrito o solicitud en las Oficinas de Correos, la LRJPAC —art. 38.4.c)— dispone que se presentarán en la forma que reglamentariamente se establezca. A este respecto, el RD 1.829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los Servicios Postales —art. 31—, ordena que las solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidas a los órganos de las Administraciones Públicas deben presentarse en sobre abierto, con objeto de que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar, se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y el minuto de su admisión. Estas circunstancias deberán figurar en el resguardo justificativo de su admisión. El remitente también podrá exigir que se hagan constar las circunstancias del envío, previa comparación de su identidad con el original, en la primera página de la copia del documento principal

que se quiera enviar, que deberá aportarse como forma de recibo que acredite la presentación de aquél ante el órgano administrativo competente. Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de admisión, cuya matriz archivará en la oficina.

3.2. LOS REGISTROS ELECTRÓNICOS EN LA LEY 11/2007

Los arts. 24 a 26 LAECSP —antes, el art. 38.9 LRJPAC— disponen que se podrán crear registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos, cuyos asientos habrán de incluir los mismos datos que los registros usuales. Los registros telemáticos permitirán la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las veinticuatro horas, y en ellos podrán admitirse —art. 24.2—:

— Los concretos documentos electrónicos que se especifiquen en la norma de creación del registro o en otras posteriores. Es frecuente, en este sentido, la creación de formularios en línea provistos de campos relativos a diferentes datos, que los interesados van rellenando y posteriormente firman de manera electrónica.

— Cualquier escrito o solicitud dirigido a cualquier órgano de la *misma* Administración titular del registro, en cuyo caso se remitirán por el registro a órgano destinatario. Es lo que se conoce como *principio de polivalencia* (REGO), y supone una novedad respecto a la situación preexistente.

Por el contrario, solo se podrá presentar en el registro telemático de una Administración un documento dirigido a otra Administración *diferente* cuando ambas hayan suscrito un convenio de colaboración. Debe recordarse que, en los registros presenciales, existe mayor flexibilidad para la presentación de documentos —art. 38.4 LRJPAC—, pues con carácter general no se exige convenio previo (intercomunicabilidad de los registros); el art. 24 LAECSP establece una norma especial de aplicación preferente, de tal manera que, en los registros electrónicos de cada Administración solo se pueden presentar los escritos dirigidos a esa concreta Administración.

Una de las pocas novedades de la Ley en este punto es la obligación de que en cada Administración pública exista al menos un sistema de registros electrónicos apto para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración —art. 24.3—. Progresivamente se van creando estos registros, tremendamente útiles. El de la Administración General del Estado se encuentra accesible en <https://tramita.060.es>, y no es un mero registro, sino una verdadera plataforma de tramitación.

Para poder presentar un escrito ante un registro telemático basta con disponer de conexión a Internet y de un certificado —firma— digital reconocido; normalmente no es preciso darse de alta en el servicio, aunque los sistemas implantados en el ámbito municipal sí suelen exigir ese requisito, que constituye una traba innecesaria. Pueden existir dos maneras de presentación de escritos —art. 24.2 LAECSP—: 1) Mediante *impresos formalizados*, obligatorios para los ciudadanos para los procedimientos específicos que se establezcan (solicitud de una subvención, presentación de una declaración tributaria), en los que se deben de rellenar una serie de campos obligatorios y aportar los ficheros o documentos que preestablezca el sistema; o bien 2) Mediante un impreso general de instancia o solicitud que se puede utilizar en todos los procedimientos que no tengan preestablecido el formulario normalizado obligatorio. El funcionamiento de los registros telemáticos tiene lugar de dos maneras distintas:

— Mediante la creación de *páginas web específicas* que actúan como interfaz para la presentación de documentos. Dichas páginas contienen una relación de los procedimientos en los que se pueden presentar escritos de manera telemática mediante formularios normalizados, así como un enlace específico para la presentación de una solicitud general para el resto de procedimientos (en los que no se han implantado formularios normalizados). Por ejemplo, registro electrónico de la Universidad Pablo de Olavide: https://upo.gob.es/registro_electronico/index.jsp; O Registro Electrónico Común.

— Mediante *accesos diseminados por las páginas webs de una Administración relativas a las diferentes competencias y procedimientos que se tramitan*. Desde esas páginas se puede iniciar la tramitación en línea de la solicitud, siguiendo un enlace mediante el que se accede a un formulario y, una vez completado, se activa la opción de presentación en línea, conectándose el sistema automáticamente (y a menudo sin visibilidad para el usuario) con el registro electrónico de la Administración, expidiéndose el correspondiente certificado de presentación del escrito. También se pueden establecer plataformas específicas para determinados procedimientos (así, presentación de solicitudes de subvenciones), en las que los interesados se dan previamente de alta (normalmente con sistemas de claves), completan la documentación, y finalmente se procede a la presentación en línea ante el registro mediante la propia plataforma de tramitación. Esta articulación del registro electrónico puede desorientar a los ciudadanos, y para evitarlo deben publicarse catálogos de procedimientos que faciliten la búsqueda y localización de los trámites que deseen realizar. Por ejemplo, la Administración General del Estado responde a este modelo; para simplificar las búsquedas de los ciudadanos, dispone de una «Relación de procedimientos de la AGE» incluida en la pestaña «Trámites» del punto de acceso general www.administracion.gob.es; y de un Registro Electrónico Común que se puede usar para presentar instancias genéricas dirigidas a cualquier órgano de la AGE.

Por otra parte, el art. 29 del propio RD 1.671/2009 establece que pueden rechazarse los escritos presentados a un registro electrónico cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1) Que se dirijan a una Administración pública diferente (pues sabemos que en los registros electrónicos no se aplica el principio de intercomunicabilidad); 2) Que contengan código malicioso (virus) o dispositivo susceptible de afectar a la integridad o seguridad del sistema; 3) Cuando se trate de formularios normalizados, cuando no se cumplimenten los campos requeridos como obligatorios o se contengan incongruencias u omisiones que impidan su tratamiento; y 4) Cuando se trate de escritos que deban presentarse en registros electrónicos específicos. En estos casos, se informará del rechazo al remitente del documento, indicando los motivos del rechazo y los medios de subsanación. Por aplicación supletoria de la Ley 30/1992 —art. 71—, se debería conceder al interesado un plazo de subsanación de diez días y, en el caso de presentar el escrito adecuadamente en dicho plazo, proseguir la tramitación del procedimiento.

3.3. NOVEDADES DERIVADAS DE LA LEY 39/2015

El art. 16.4 LPAC dispone que los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse a través de los medios siguientes:

— *En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan*. Así, debe recordarse que cada Administración está obligada a disponer de un Registro

Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos —art. 16.1—. Pero la LPAC añade «así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos» que tienen la consideración de Administraciones Públicas —art. 2.1 LPAC—. De este modo, se ordena *una intercomunicabilidad entre los registros electrónicos de todas las Administraciones Públicas*. En consonancia con ello, la LPAC —art. 16.4— establece que los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros. De esta manera, los ciudadanos podrán teóricamente presentar sus escritos y solicitudes en cualquier registro electrónico, con independencia de cuál sea la Administración destinataria. Sin embargo, ello no será posible cuando la presentación deba articularse mediante plataformas específicas de tramitación (procedimientos sectoriales), y sólo resultará viable la intercomunicabilidad para la presentación de escritos o instancias de propósito general.

— *En las oficinas presenciales de asistencia en materia de registros*. Para ello, las Administraciones Públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas en las que se prestará asistencia para la presentación electrónica de documentos —art. 16.7—, así como los días y el horario en el que deban permanecer abiertas —art. 31.1—, incluyendo un directorio geográfico que permita al interesado identificar la oficina de asistencia en materia de registros más próxima a su domicilio (disp. adic. 4.^a). No especifica la Ley si en este caso puede presentarse escritos dirigidos a otras Administraciones Públicas.

— *Presentación en Correos*. Este medio de presentación queda regulado en la LPAC de igual manera que en la Ley 30/1992 —*supra*, § 3.1—, siendo admisibles las presentaciones de escritos de los ciudadanos en las oficinas de Correos, siguiendo las formalidades indicadas. Debe notarse que la LPAC no articula un medio de presentación *electrónica* en las oficinas de correos, que sería útil para aquellos ciudadanos que no dispongan de medios propios para la presentación electrónica y no tengan cerca una oficina presencial de asistencia en materia de registros.

En todo caso, como nos consta, si el solicitante está obligado a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas —arts. 14 y 16.5 LPAC—, sólo podrá presentar los escritos mediante un registro electrónico o plataforma de tramitación, sin poder acudir a las oficinas de asistencia —art. 12.2 LPAC— ni a Correos.

La novedad más significativa que entraña la LPAC es concebir al registro como exclusivamente electrónico, de manera que los puntos presenciales en los que se puedan presentar escritos a registro se devalúan a la condición de meras «oficinas auxiliares», imponiendo un cambio de paradigma en el funcionamiento de los sistemas de información de las Administraciones públicas, a fin de que la incorporación de cualquier documento tenga ya lugar en soporte electrónico, de conformidad con la preferencia por este medio que constituye uno de los pilares de la Ley, según expusimos anteriormente. En ese sentido, el art. 16.5 LPAC establece que los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones públicas, deberán ser digitalizados por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la

norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización. En la misma línea, las Administraciones públicas están obligadas a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo —art. 27.4 pár.2.º LPAC—, lo cual obliga a que se disponga de dispositivos de digitalización que permitan a los interesados acudir con los documentos originales y recobrarlos inmediatamente, evitando su aportación.

Por lo que se refiere a los cómputos de los plazos en los registros electrónicos, se debe entender que el nuevo régimen de la LPAC entra en vigor el 2/10/2016, por cuanto que se regula en otro precepto diferente —art. 34 LPAC—, y por ello esta cuestión fue analizada más arriba, al exponer las reglas generales de los cómputos de plazos.

4. LOS CONVENIOS

4.1. CONCEPTO Y TIPOS DE CONVENIOS

4.1.1. *Evolución legal*

Siguiendo el ejemplo de la LRBRL —art. 57—, la Ley 30/1992 contempló los convenios en el ámbito de las relaciones interadministrativas, configurándose así como un instrumento al servicio de la cooperación interadministrativa (STC 95/1986), si bien la Ley 30/1992 se centró en los convenios celebrados entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas, aplicándose su ordenación a las Administraciones Locales de forma supletoria. Por su parte, las Comunidades Autónomas regularon los convenios con las Administraciones Locales de su territorio y otras entidades (destaca en esta materia la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón). En todo caso, debido a las dinámicas propias del Estado de las Autonomías, el uso del convenio de colaboración no ha dejado de incrementarse en todos los niveles territoriales (en el período 1999-2009 tan sólo la AGE suscribió con las Comunidades Autónomas un total de 10.251 convenios; de los suscritos con las Administraciones Locales no existen registros).

Además, la legislación ha venido reconociendo a las Administraciones la capacidad de suscribir convenios o acuerdos con personas de Derecho privado, principalmente sin ánimo de lucro, en los ámbitos más variados (p. ej., los convenios con entidades colaboradoras en materia de subvenciones, los convenios urbanísticos o los llamados acuerdos voluntarios en materia ambiental). E, incluso, se han celebrado con frecuencia convenios de colaboración sin una normativa específica que lo autorice, utilizándose como una suerte de forma jurídica que ha permitido vehicular cualquier tipo de relación con otras entidades públicas o privadas.

Así, bajo la apariencia formal de convenios de colaboración, se han suscrito, unas veces, auténticos contratos administrativos, eludiéndose la aplicación de las reglas de la contratación pública (práctica proscrita desde la LCSP), y otras los convenios de colaboración han constituido, «de facto», subvenciones públicas, eludiéndose entonces las reglas de concesión de la LGS (en ambos casos con merma de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación). Asimismo, en las relaciones interadministrativas, el uso intensivo de los convenios (es decir, de las relaciones bilaterales) ha podido dar lugar a una distribución territorial no equitativa de los fondos públicos (ya sean éstos estatales o autonómicos).

Todo ello unido a la detección de múltiples deficiencias en la práctica convencional (acusada indefinición del objeto de los convenios y de los compromisos asumidos por la partes, inadecuada justificación de los gastos...), así como a las repercusiones financieras de esta actuación convencional, llevó al Tribunal de Cuentas (Dictamen 878, de 30 de noviembre, de 2010) a recomendar una reordenación de su marco legal y tipología, objeto que acomete la LRJSP con carácter de normativa básica.

4.1.2. *Definición de convenios*

Los convenios presentan una naturaleza jurídica negocial y, por tanto, participan del supraconcepto de contrato (SARMIENTO ACOSTA). No obstante, están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público art. 4.1.c) y d)—, rigiéndose por lo dispuesto en la LRJSP y demás normativa de desarrollo. En concreto, según la LRJSP —art. 47.1—, son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común. De este modo, la noción legal de convenio no se limita, como sucedía en la Ley 30/1992, a las relaciones interadministrativas (de hecho, se ubica en un capítulo independiente), y en este ámbito se incluye a todas las Administraciones Públicas (también las locales). En cuanto al objeto de los convenios, la Ley formula tres precisiones:

— Los convenios no pueden suponer cesión por parte de la Administración de la titularidad de la competencia —art. 48.1 LRJSP—. Así, el Tribunal Constitucional (SSTC 11/1984, 13/1992) tiene establecido que los acuerdos contenidos en un convenio son irrelevantes para determinar el ordenamiento competencial en una materia, pues mediante convenio no es posible renunciar a las competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario. Y, en tal sentido, el Tribunal Supremo (STS 18-7-1997, RJ 1997\6.123) ha declarado que un convenio en virtud del cual se atribuye a una de las entidades naturaleza y funciones de órgano de coordinación respecto a otros entes locales es ilegal, pues el principio de cooperación no puede suponer alteración o renuncia de las propias competencias legalmente atribuidas, «ni tampoco la atribución de facultades administrativas que, como la de coordinación de las entidades locales debe estar necesariamente conferida por la Ley, ya que no es una materia disponible o negocial para las Administraciones Públicas».

— En coherencia con lo dispuesto en la LCSP —art. 4.1.c) y d)—, los convenios, ya sean con otras entidades públicas o con sujetos privados, no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, como es lógico, su naturaleza (contractual) y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público —art. 47.1 LRJSP—.

— El carácter jurídicamente vinculante de los Convenios los separa de los pactos meramente políticos. Pero la LRJSP da un paso adicional, y exige un cierto grado de concreción. Así, a diferencia del criterio de la Ley 30/1992, la LRJSP —art. 47.1— declara que no tienen la consideración de convenios los llamados Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

4.1.3. *Tipos de convenios*

La LRJSP —art. 47.2— dispone que los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

a) Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas. Es decir, se trata de los convenios de cooperación interadministrativa, que se utilizan para fines diversos, como, p. ej., acordar una delegación de competencias —art. 27 LRBRL—, una encomienda de gestión —art. 11.3.b) LRJSP—, o instrumentalizar una subvención, ente otros. No obstante, quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas (cooperación horizontal), que cuentan con una expresa previsión en la Constitución —art. 145.2—, la cual remite a lo previsto en los respectivos Estatutos de autonomía.

b) Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública. Así, p. ej., estos convenios se han utilizado para llevar a cabo encomiendas de gestión —art. 11.3.a) LRJSP—.

c) Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado. Así, p. ej., la LRBRL —Disp. Adic. 5.^a— prevé que las asociaciones constituidas por las Entidades Locales, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, en el ámbito propio de sus funciones, podrán celebrar convenios con las distintas Administraciones Públicas.

d) Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

4.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS

Siguiendo el criterio anticipado por la reforma de la LRBRL —art. 57.2— mediante la Ley 27/2013, la LRJSP —art. 48.3— dispone que la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública (p. ej., eliminando duplicidades administrativas), facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la LGS, de lo contrario mediante la Administración podría disponer por esta vía de su vinculación a la Ley. Para todo ello, es necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico y el carácter no contractual de la actividad en cuestión —art. 50.1 LRJSP—.

Como es lógico, cada Administración y cada órgano deben actuar dentro del ámbito de sus respectivas competencias, sin que puedan resultar afectadas las competencias de otros poderes públicos. Así, p. ej., el Gobierno no puede comprometer las facultades propias del Parlamento, sin la autorización previa de éste, o el Alcalde no puede comprometer las facultades propias del Pleno. En concreto, el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar convenios los titulares de los Departamentos Ministeriales —art. 61.k) LRJSP— y los Presidentes o Directores de las dichas entidades y organismos públicos (coincide así su competencia como órganos contratantes).

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes —art. 48.8 LRJSP—. Pero los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes no resultarán eficaces hasta tanto sean inscritos en el *Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal* (Disp. Adic. 7.^a), y publicados en el *BOE*. De este modo, no se impone la publicación en diario oficial de los convenios suscritos por otras Administraciones, si bien debe recordarse que es obligatoria la publicación de todos los convenios a efectos, no ya de eficacia sino de transparencia pública —art. 8.1.b) Ley 19/2013—.

Los convenios interadministrativos suscritos por la Administración General del Estado con las Comunidades Autónomas deben ser remitidos al Senado —art. 50.2.e) LRJSP—. Asimismo, los convenios entre Comunidades Autónomas que tengan por objeto la gestión y prestación de servicios propios de las mismas deben ser también comunicados a las Cortes Generales, pero en los demás supuestos los acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas precisan de la autorización de las Cortes Generales —art. 145.2 CE, en el que late el temor a acuerdos de naturaleza federativa—. Además, en estos casos, la Constitución —art. 74.2— establece que la decisión de las Cortes Generales debe adoptarse por mayoría de cada una de las Cámaras y, a falta de acuerdo, se constituye una Comisión mixta. Es decir, el Senado interviene en pie de igualdad con el Congreso, en una manifestación de su carácter de cámara de representación territorial. No obstante, la dificultad para distinguir ambos tipos de acuerdos y la rigidez de este procedimiento, han conducido a este instrumento a una vía muerta.

Dada su naturaleza negocial, los convenios una vez perfeccionados obligan a las Administraciones y demás partes intervinientes. No obstante, debe observarse que, en la medida en que las competencias propias de una Administración no pueden ser vinculadas negocialmente —según lo dicho antes—, el reconocimiento judicial del incumplimiento de lo pactado en un convenio no afecta a la validez y eficacia de los actos que hayan provocado tal incumplimiento, sino que tendrá consecuencias de orden indemnizatorio en relación con las otras partes del convenio.

5. GESTIÓN DOCUMENTAL

5.1. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO Y SUS COPIAS

5.1.1. *El documento administrativo. El principio de equivalencia de soportes*

Con arreglo al art. 26.1 LPAC: «Se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas».

Cuando un acto administrativo adquiere la condición de documento público, el ordenamiento jurídico le adhiere una serie de consecuencias. En particular, cuando lo expide un funcionario facultado para dar fe en el ejercicio de sus funciones, adquiere una presunción *iuris tantum* de certeza y veracidad (AGUADO I CUDOLÀ), que se encuentra expresamente reconocida por el art. 77.5 LPAC, que dispone: «Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario». También se reconoce este valor reforzado al documento público administrativo en otras normas generales, como la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 317—. Así, los atestados policiales, o las actas de inspección, gozan de tal presunción que, por consiguiente, debe destruir quien pretenda oponerse al contenido del acto —art. 319.2 LECiv.—.

Debemos diferenciar entre las siguientes nociones:

— El *acto administrativo*, es decir, la declaración o decisión que emite la administración: p.ej., una licencia, una multa, o un certificado oficial.

— La *forma* en la que se recoge esa decisión, que puede ser oral (orden verbal de un agente de policía), automática (luz roja de un semáforo, propuesta de adjudicación de un contrato emitida por un sistema informático de subasta electrónica) o escrita (recogida en un soporte documental). El art. 26.1 LPAC dispone que las Administraciones públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, el art. 36.2 LPAC prevé que la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede, y si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

— El *soporte o documento* de los actos emitidos en forma escrita, que puede ser en papel o electrónico. En diferentes lugares —y especialmente en los arts. 26 y 27— la Ley reconoce el mismo valor y eficacia a las publicaciones y documentos electrónicos que a los impresos en papel, siempre que cumplan ciertos requisitos que analizaremos más adelante, alumbrando un *principio de equivalencia de soportes* (GAMERO). Este principio, con sus correspondientes manifestaciones legales, ocupa un papel nuclear en el régimen jurídico de la administración electrónica y representa un importante espaldarazo a su implantación, pues *igualada la gestión electrónica a la gestión en papel*, disipando cualquier duda acerca del trato jurídico que deban merecer los documentos electrónicos. En definitiva, supone que un acto administrativo dictado directamente en un fichero informático —procesador de textos— y firmado electrónicamente equivale a ese mismo acto impreso en papel y firmado de forma manuscrita. Seguidamente abordamos las peculiaridades de los documentos administrativos en soporte electrónico.

Con arreglo al art. 36.1 LPAC: «Los actos administrativos se producirán por escrito *a través de medios electrónicos*, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia». En consonancia con ello, el art. 26.1 LPAC establece: «las Administraciones públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia». Por consiguiente, *la LPAC consagra una preferencia del medio electrónico*, promoviendo que los actos administrativos se

dicten directamente mediante un sistema informático y sólo lleguen a imprimirse en papel en el caso de que sea estrictamente necesario.

Ahora bien, un documento administrativo electrónico no es un simple fichero de texto: ha de reunir una serie de requisitos que garanticen la integridad del documento (que no pueda ser alterado sin dejar rastro), la identidad del órgano o autoridad que lo expide, la fecha, etc. La LPAC —art. 26.2— regula estos requisitos en una aportación necesaria y novedosa que no encuentra precedente en la legislación anterior. Conviene saber que este precepto se complementa con la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico (NTIDE; aprobada por Resolución de la Secretaría de Estado para la Función Pública de 19/07/2011, BOE 182, de 30 de julio), que ostenta carácter básico, y cuyos contenidos son esenciales para comprender en qué consiste un documento administrativo electrónico y cuáles son sus exigencias legales. Todo este régimen suscita una serie de consideraciones técnicas que rebasan los contenidos propios de esta obra. Nos limitamos a una somera explicación. *En su virtud, para ser considerados válidos, los documentos administrativos electrónicos deberán reunir los siguientes requisitos:*

a) Contener *información* de cualquier naturaleza archivada en un *soporte electrónico* según un *formato* determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Los «formatos determinados» en los que se pueden emitir los documentos electrónicos se contemplan en la NTIDE: pdf, docx, etc.; con ello se pretende restringir los formatos para lograr que los documentos puedan ser fácilmente interoperables, es decir, accesibles desde muy diferentes sistemas de información.

b) Disponer de los *datos de identificación que permitan su individualización*, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico. Debido a que los documentos electrónicos se archivan en soportes físicos, deben contener unos datos adicionales que eviten que unos documentos puedan llegar a confundirse con otros cuando son procesados por los sistemas de información. Esto se articula mediante los metadatos a que se alude más abajo.

c) Incorporar una *referencia temporal* del momento en que han sido emitidos. Es decir, la fecha en la que se expiden.

d) Incorporar los *metadatos mínimos* exigidos. Para explicarlo con sencillez, metadatos son los que lleva incorporados un fichero electrónico y que contienen información adicional respecto al mismo. Por ejemplo, cuando estamos manejando unas carpetas informáticas con archivos y pinchamos con el botón derecho del ratón sobre uno de ellos se despliegan una serie de metadatos: formato del documento, autor, fecha de creación, etc. La NTIDE regula minuciosamente los metadatos que deben incorporar los documentos administrativos electrónicos: así, el código del órgano que lo dicta, el tipo de acto administrativo que contiene (aquí la NTIDE es particularmente minuciosa, obligando a incorporar campos muy diversos: si es una resolución, un contrato, un convenio, una notificación, un original o una copia, etc.), el código de identificación normalizado del documento —para contribuir a la identificación a que se aludía en la letra b) anterior—; etc.

e) Incorporar las *firmas electrónicas* que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable. En este sentido, el art. 3, apdos. 6 y 7, LFE reconoce que los documentos expedidos y firmados electrónicamente por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones tienen «el valor y eficacia que corresponde a su naturaleza, conforme a su legislación específica», de manera que ostentan la condición de documentos administrativos en el sentido apuntado al comienzo de este apartado. Por el contrario, no requerirán de firma electrónica los documentos electrónicos emitidos

por las Administraciones Públicas que se publiquen con carácter meramente informativo, así como los que no formen parte de un expediente administrativo —art. 26.3 LPAC—.

Como se comprende de todo lo anterior, la generación de un documento administrativo en soporte electrónico no se cumplimenta con un simple procesador de textos: es necesario implantar un sistema de información (de gestión documental) que permita satisfacer todas estas exigencias normativas, y por esta razón el despliegue de la administración electrónica no es tan ágil como se supone y se desea, exigiendo un importante esfuerzo organizativo y de gestión.

Cuando un documento administrativo incumple estos requisitos puede adolecer de vicios de invalidez; véase, al respecto, el Tema 15, § 5.

5.1.2. *Las copias de documentos administrativos o privados*

Por lo que se refiere a las copias de los documentos administrativos, el art. 27 LPAC mejora lo establecido en la Ley 30/1992 respecto al régimen de las copias en general, regulando con carácter básico aspectos que anteriormente carecían de previsión expresa; en cambio, es más oscura que la Ley 11/2007 respecto a las copias electrónicas.

Por lo que se refiere a las *copias auténticas de documentos públicos o privados*, tendrán tal condición las realizadas, cualquiera que sea su soporte, por los órganos competentes de las Administraciones Públicas en las que quede garantizada la identidad del órgano que ha realizado la copia y su contenido, en cuyo caso tendrán la misma validez y eficacia que los documentos originales. A tal efecto, las copias habrán de reunir los requisitos que establece el art. 27.3 LPAC. Caben las siguientes combinaciones, a todas las cuales la ley atribuye el mismo valor, de acuerdo con el principio de equivalencia de soportes a que aludimos en el epígrafe anterior:

- a) Copias electrónicas de documentos electrónicos.
- b) Copias electrónicas de documentos en papel. Se obtiene digitalizando (escaneando) el documento y aplicándole una firma electrónica, que puede ser aplicada por un funcionario público, o también insertarse automáticamente por un equipo que lo permita (en los registros, p. ej., puede haber un escáner que digitalice un documento y le aplique el sello electrónico del órgano o Administración actuante). En este sentido, las Administraciones públicas están obligadas a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo —art. 27.4 párr. 2.º LPAC—, lo cual obliga a que se disponga de dispositivos de digitalización que permitan a los interesados acudir con los documentos originales y recobrarlos inmediatamente, evitando su aportación.
- c) Copias en papel de documentos electrónicos, que deberán incluir un código seguro de verificación (véase *supra* § 2.4.2) o algún otro sistema que permita cotejar la autenticidad de la copia mediante acceso a la sede electrónica.
- d) Copias en papel de documentos en papel, que se puede expedir directamente en soporte papel, o bien facilitarse mediante puesta de manifiesto en la sede electrónica reuniendo los requisitos de la letra anterior.

Los interesados podrán solicitar, en cualquier momento, la expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos que hayan sido válidamente

emitidos por las Administraciones públicas, dirigiendo la solicitud al órgano que emitió el documento original; la copia deberá expedirse en el plazo de quince días a contar desde la recepción de la solicitud en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente, salvo las excepciones derivadas de la aplicación de la Ley 19/2013, de Transparencia —art. 27.4—.

Por lo demás, cuando las Administraciones públicas expidan copias auténticas electrónicas, deberá quedar expresamente así indicado en el documento de la copia —art. 27.5 LPAC—. Esta previsión sólo tiene sentido en relación con la letra *b*) anterior, sin que deba considerarse aplicable a las copias electrónicas de documentos administrativos electrónicos.

5.2. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Con frecuencia la legislación administrativa ha empleado de modo indistinto los términos procedimiento y expediente administrativos, pero en propiedad el expediente no es más que la plasmación documental de las actuaciones procedimentales. Curiosamente, las Leyes de Procedimiento Administrativo de 1958 y 1992 no contenían una noción de expediente administrativo, de modo que se utilizaba la noción contenida en el ROF —art. 164—, que es justamente la que adopta, ahora con el carácter de norma básica, la LPAC —art. 70.1—: «Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla». Sin embargo, era más correcta la definición de expediente de la Ley 11/2007: «conjunto de documentos (electrónicos) correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan».

En todo caso, la confección adecuada del expediente es un deber de la Administración anudado a la garantía de la defensa de los interesados en el procedimiento, a la transparencia en el mismo, al eventual control jurisdiccional de la actividad administrativa, así como a la eficacia de la propia Administración. Así, debe señalarse que la existencia y adecuada conformación del expediente es el presupuesto para el ejercicio del derecho de audiencia —art. 82.1—, y en caso de interposición de recurso de alzada contra la resolución, el órgano que dictó el acto objeto de impugnación debe remitir al órgano competente para resolver una copia «completa y ordenada» del expediente (art. 121.2 LPAC). O, en caso de recurso contencioso-administrativo, la Administración está obligada a remitir al órgano judicial el expediente administrativo, completo, foliado, acompañado de un índice de los documentos que contenga —art. 48 LJCA—.

Desde el punto de vista del formato, y siguiendo la directriz general que anima la norma, la LPAC —art. 70.2— establece que los expedientes tendrán formato electrónico. Así, como nos consta, la LPAC —arts. 26.1 y 36.1— establece que las Administraciones Públicas producirán los actos administrativos y emitirán los documentos administrativos por escrito, «a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia». E insiste la Ley reiteradamente en esta idea: el procedimiento se impulsará a través de medios electrónicos —art. 71.1—, los actos de instrucción necesarios (...) se realizarán a través de medios electrónicos —art. 75.1—, los informes serán emitidos a través de medios electrónicos —art. 80.2—, o la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente —art. 88.4—. Asimismo, los documentos presentados por los ciudadanos de manera presencial ante las Administraciones, cuando no tengan el deber de presentarlos por medios electrónicos, deben ser digitalizados —art. 16.5—. Y las notificaciones, que se practi-

carán preferentemente por medios electrónicos —art. 41.1—, aun cuando se practiquen en papel (en aquellos casos en que no exista obligación de relacionarse con la Administración de forma electrónica —art. 40.3—), deberán ser puestas a disposición del interesado en sede electrónica —art. 42.1—. Las exigencias de formato de los expedientes electrónicos vienen detalladamente reguladas por la Norma Técnica de Interoperabilidad de Expediente Electrónico (Resolución de 19/07/2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública; *BOE* 182, de 30 de julio).

Desde el punto de vista del contenido del expediente, la LPAC —art. 70.2— establece que los expedientes se formarán mediante la agregación ordenada (sucesiva) de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada. Ahora bien, la LPAC —art. 70.4— añade que «No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento». La finalidad de esta exclusión, que se separa abiertamente de la noción de expediente de la Ley 11/2007 (documentos correspondientes a un procedimiento administrativo, «cualquiera que sea el tipo de información que contengan»), no es otra que extraer esta información del alcance del derecho de acceso a la información pública, de acuerdo con la causa de inadmisión prevista en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno —art. 18.1.b)—.

Por lo demás, cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico (como sucede en caso de interposición de recurso-administrativo, según se ha visto), se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. La autenticación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos (posibilidad ya prevista en la Ley 7/2011).

5.3. EL ARCHIVO

Las Leyes de Procedimiento Administrativo de 1958 y 1992 no contenían referencia alguna al archivo de los expedientes administrativos, olvido que fue censurado por la doctrina (SÁNCHEZ BLANCO), y ha sido subsanado por la LPAC y LRJSP. En coherencia con el formato electrónico del expediente administrativo, la LPAC —art. 17.1— establece que cada Administración deberá mantener un *archivo electrónico único* de «los documentos electrónicos que correspondan a procedimientos finalizados, en los términos establecidos en la normativa reguladora aplicable» (disposición que entra en vigor a los dos años de la publicación de la Ley —Disp. Final 7.^a—).

Dado que la Ley no emplea la noción de expediente administrativo, cabe la duda de si deben integrarse en dicho archivo electrónico únicamente los documentos que

conforman los expedientes administrativos (en el sentido antes indicado) o también aquellos otros «correspondientes» al procedimiento (en el sentido de relativos al mismo) pero que no se integran en el expediente —art. 70.3 LPAC—. De otro lado, la referencia a procedimientos finalizados puede ser restrictiva, puesto que existen documentos que no se integran en procedimiento alguno (como, p. ej., denuncias o actuaciones previas que se archivan sin más). En relación a todo ello, debe señalarse que, de acuerdo con la LRJSP —art. 46.1—: «Todos los documentos utilizados en las *actuaciones administrativas* (noción más amplia que procedimientos finalizados) se almacenarán por medios electrónicos, salvo cuando no sea posible».

Los medios o soportes en que se almacenen los documentos electrónicos deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos —arts. 17.3 LPAC y 46.3 LRJSP—.

Ahora bien, el deber de conservación de los documentos relativos a las actuaciones administrativas tiene por límite la facultad de eliminación de los documentos. A este respecto dado que una eliminación o sustracción indebida de documentación pública puede afectar a derechos de los ciudadanos (en todo caso, al derecho de acceso a la información pública) y de la propia Administración, es fundamental que los procesos de eliminación sean controlados adecuadamente. En tal sentido, la LPAC —art. 17.2— dispone que la eliminación de los documentos «deberá ser autorizada de acuerdo a lo dispuesto en la normativa aplicable». Y a este respecto pueden indicarse dos directrices complementarias: de un lado: «Los documentos electrónicos que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares deberán conservarse» —art. 46.2—; de otro lado, respecto al resto de documentos, su conservación o eliminación se efectuará de acuerdo con los procesos de valoración documental establecidos en cada sistema archivístico (exposición de motivos LPAC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ÁLAMO GONZÁLEZ, N.: «La utilización de las nuevas tecnologías entre las Administraciones públicas y los ciudadanos», *REDA*, n.º 133, 2007.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., y CHINCHILLA MARÍN, C.: «El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones públicas», *REDA*, n.º 109, 2001.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002.
- «Régimen jurídico de los registros telemáticos», *REDA*, n.º 118, 2003.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento», *RAAP*, n.º 40, 2000.
- BARRIUSO RUIZ, C.: *Administración electrónica*, Dykinson, Madrid, 2007.
- BLASCO DÍAZ, J. L. y FABRA VALLS, M.: *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Castellón, 2008.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A.: «El uso de medios electrónicos en la difusión de información pública», en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007.
- CANTÓ LÓPEZ, M. T.: «La ordenación del sistema de registro electrónico en la Administración pública», *RAP*, n.º 187, 2012.
- CASTELLS, M.: *La era de la información. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

- CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *e-Administración*, editorial UOC, Barcelona, 2008.
- COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *Administración electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, El Consultor, Madrid, 2010
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «Marco normativo de los archivos en el Estado de las Autonomías», *Tria*, n.º 20, 2016, pp. 73-116.
- GAMERO CASADO, E.: «Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica», *REDA*, n.º 175, 2016.
- «Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor», *RAP*, n.º 179, 2009.
- GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- GÓMEZ PUENTE, M.: «La Administración electrónica», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.: *Términos y plazos administrativos*, Bosch, Barcelona, 2012.
- GARCÍA RUBIO, F.: *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa*, INAP-MAP, Madrid, 2003.
- MARTÍN DELGADO, I.: «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *Revista de Administración Pública*, n.º 180, 2009.
- MARTÍN HUERTA, P.: *Los convenios interadministrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comentarios a la Ley 59/2003, de firma electrónica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- OCHOA MONZÓ, J.: «¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al prof. Dr Ramón Martín Mateo*, vol.1, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universidad de Alicante, Valencia, 2000.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: «El valor probatorio del documento signado en forma digital», *La Lei de Catalunya*, n.º 216, 1998.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.): *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- «Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración pública», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- PLAZA PENADÉS, J.: *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo, De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, 2009.
- SANCHO ROYO, D.: *Sociedad de la información y gobierno*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- SENDÍN GARCÍA, M. A., y GÓMEZ DÍAZ, R.: *Régimen jurídico de los documentos: aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*, Comares, Granada, 2009.
- VALERO TORRIJOS, J.: *Régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2007.
- VILCHES VIVANCOS, F., y SARMIENTO GONZÁLEZ, R.: *Lenguaje jurídico-administrativo. Una lengua de especialidad*, Dykinson, Madrid, 2016.
- VVAA: *Memento experto administración electrónica*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

TEMA 12

CUESTIONES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN

1.1. CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo es el modo de elaboración o producción de los actos y normas de las Administraciones Públicas. De la misma manera que el «procedimiento legislativo» es el cauce formal para el ejercicio de la potestad legislativa, o que el «proceso judicial» es el cauce formal para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el «procedimiento administrativo» es el cauce formal para el ejercicio de las potestades administrativas. En todos estos casos existe una estructura común, conformada por una serie de actos —un *complejo de actos*, informes, providencias, propuestas de resolución...— encadenados entre sí e instrumentales respecto al acto jurídico público que pondrá término al procedimiento —ya sea una ley, una sentencia o una resolución administrativa—.

Ahora bien, debe tenerse presente que, si existe una potestad legislativa y una potestad jurisdiccional y a pesar de ello hay una pluralidad de procedimientos legislativos, y sobre todo una variedad considerable de procesos judiciales, existe en cambio una amplia diversidad de potestades administrativas que determina una notable variedad de categorías de procedimientos —expropiatorios, sancionadores, autorizatorios, de elaboración de disposiciones generales...—, que además presentan importantes peculiaridades según el sector o materia de que se trate —medio ambiente, patrimonio cultural, circulación viaria...—, circunstancias éstas que determinan la existencia de un gran número de procedimientos administrativos —tan sólo en la Administración del Estado se estima la existencia de alrededor de dos mil procedimientos—.

1.2. LOS FINES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los fines institucionales del procedimiento son básicamente dos:

— *Función de garantía de los derechos de los administrados.* El procedimiento administrativo constituye una garantía para los interesados, pues significa el sometimiento de la actividad administrativa a un cauce predeterminado y posibilita la participación de las posibles personas afectadas en el proceso de adopción de las decisiones administrativas, permitiendo que éstas puedan intervenir en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Desde este punto de vista, el sometimiento de la actuación de la Administración a un procedimiento legalmente predeterminado es una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad.

— *Función de garantía del interés público.* El procedimiento posibilita además el acierto y oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la Administración tenga en cuenta todos los intereses —públicos y privados— implicados en su actuación y evitando que actúe de manera irreflexiva o arbitraria. Desde este punto de vista, el procedimiento administrativo sería una manifestación del principio de eficacia de la Administración, dado que persigue la racionalidad de la actuación administrativa.

En ocasiones, ambas finalidades son presentadas de un modo contrapuesto. Así, a veces se dice que la finalidad de la eficacia de la actuación administrativa requiere una disminución o flexibilización de las garantías procedimentales. Dejando de lado el hecho de que es falso este pretendido conflicto entre legalidad y eficacia, debe subrayarse que el Tribunal Constitucional ha señalado —STC 162/1985— que esta eficacia no puede suponer el sacrificio de aquellas garantías procedimentales que tengan la naturaleza de derechos constitucionales.

Por otro lado, esta doble finalidad institucional del procedimiento administrativo permite su independización conceptual respecto al proceso judicial —cuya finalidad esencial es tutelar los derechos e intereses de los particulares—. Así, aunque el procedimiento administrativo cumple, como el proceso judicial, una función de garantía de los derechos de los ciudadanos, desempeña también una específica función de garantía del interés público. Por esta razón, aunque muchas de las garantías propias del proceso judicial, derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial —art. 24 CE—, van a ser aplicadas al procedimiento administrativo, no es factible una extrapolación indiscriminada, dado que debe ponderarse la compatibilidad entre las garantías jurídicas y el interés general a salvaguardar por la Administración (DÍEZ SÁNCHEZ).

1.3. LAS CLASES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Junto a la clasificación referida más adelante entre «procedimiento administrativo común» y procedimientos especiales, pueden distinguirse los siguientes tipos de procedimientos:

— *Procedimientos de primer y segundo grado.* Los primeros serían aquellos en los cuales la Administración ejercita inicialmente una potestad administrativa (por ejemplo, el procedimiento por el cual se otorga una autorización, o se impone una sanción), y los procedimientos de segundo grado serían aquellos otros que están vinculados a un procedimiento anterior (por ejemplo, el procedimiento para resolver un recurso interpuesto frente a un acto anterior, o el procedimiento de revisión de oficio de un acto anterior).

— *Procedimientos ordinarios y triangulares.* En los primeros la Administración actúa como «juez y parte» frente a los interesados (por ejemplo, un procedimiento sancionador). En cambio, en los llamados procedimientos triangulares la Administración desempeña una función arbitral frente a los intereses contrapuestos de los particulares (por ejemplo, el procedimiento para autorizar un expediente de crisis de una empresa).

— *Procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.* Se trata de procedimientos en los que la resolución requiere la comparación en un único procedimiento, de acuerdo con los criterios fijados en la norma correspondiente, de una eventual pluralidad de solicitudes, propuestas o actuaciones a cargo de los interesados (caso de

procedimientos de selección de funcionarios públicos, de adjudicación de contratos administrativos, o de asignación de subvenciones).

2. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

2.1. LA EVOLUCIÓN DE LA ORDENACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Derecho español fue pionero en la ordenación legal de los procedimientos administrativos. Así, en pleno apogeo del movimiento codificador, se aprobó la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889 (conocida como Ley de Azcárate). No obstante, esta primera Ley se limitó a fijar unos pocos principios (bases) a partir de los cuales cada Ministerio debía elaborar su correspondiente reglamento, de tal modo cada Ministerio acabó aprobando su propio Reglamento procedimental, con diferencias notables en criterios y extensión entre unos y otros.

Por ello, la siguiente Ley, la Ley de Procedimiento Administrativo de 15 de julio de 1958, a diferencia de la anterior, fue una Ley mucho más completa, que reguló —con una técnica muy depurada— todos los aspectos generales del procedimiento administrativo. El principal problema que presentó la aplicación de la Ley de 1958 fue que las inevitables normas sectoriales o particulares que regulaban procedimientos concretos, por su carácter especial, acabaron desplazando la vigencia de las garantías establecidas con carácter general en la Ley de 1958 (como fue el caso significativo del derecho a la audiencia, en relación con el cual la jurisprudencia —STS 22-6-1966— mantuvo la improcedencia del trámite en aquellos procedimientos cuya regulación específica no lo exigiera).

Ya en desarrollo de la vigente Constitución, se dictó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de contenido más amplio que la anterior, pero en lo que al procedimiento administrativo se refiere, muy influenciada por la anterior Ley de 1958, transcribiendo no pocos de sus preceptos. Asimismo, en algunas de las instituciones que pretendió innovar, la Ley 30/1992 no estuvo afortunada —actos presuntos, recursos administrativos, revisión de oficio...—, lo cual obligó a efectuar una importante reforma parcial por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Por su parte, años más tarde, se aprobó la Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, norma también básica que vino a establecer los especialidades de los procedimientos electrónicos, por lo que su relación con la Ley 30/1992 era de Ley especial (GAMERO CASADO).

2.2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La Constitución —art. 105.c)— establece un mandato al legislador para que regule el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos. Por otro lado, la Constitución —art. 149.1.18.^a— reserva en exclusiva al Estado la competencia en materia de «procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». A primera vista, parecería que la Constitución únicamente permite a las Comunida-

des Autónomas establecer disposiciones de carácter «orgánico», mientras que al Estado le correspondería la regulación de todos los procedimientos administrativos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional —STC 227/1988, 198/1991— ha rechazado esta interpretación restrictiva de las competencias autonómicas.

Partiendo de la idea de que el procedimiento administrativo no es sino la forma de ejercitar una actividad administrativa, el Tribunal Constitucional ha entendido que la competencia para regular el procedimiento administrativo está conectada a la competencia para regular el régimen «sustantivo» de cada actividad o servicio de la Administración —*criterio de la conexión*, explícito en la propia Constitución cuando distribuye, art. 149.1.6.^a, la competencia sobre la legislación procesal, que tiene también un carácter «adjetivo»—. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma —por ejemplo, el turismo o los servicios sociales—, a ésta le corresponde también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo especiales —*rationae materiae*— que deben encauzar la realización de esa concreta actividad administrativa —por ejemplo, el procedimiento sancionador en materia de servicios sociales—. De lo contrario, es decir, si al Estado le correspondiera en todo caso la competencia sobre el procedimiento administrativo, podría condicionar el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o incluso podría paralizarlas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En definitiva, la competencia para regular cada procedimiento especial se reparte entre el Estado y las Comunidades Autónomas en función de la titularidad sobre la materia concreta de que se trate (SSTC 227/1988, 98/2001 y 175/2003). De este modo, se produce una división entre el «procedimiento administrativo común» de titularidad estatal y el resto de los «procedimientos especiales», cuya titularidad depende de la materia de que se trate.

En este contexto, ¿cuál es, entonces, el significado de la atribución por la Constitución al Estado de la competencia sobre el llamado «procedimiento administrativo común»? Aunque en este punto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es muy clara, debe entenderse que la finalidad institucional de este título competencial consiste en que el Estado debe regular, no ya un procedimiento de universal aplicación —lo cual ha sido y es literalmente imposible—, pero tampoco unas simples reglas generales y por ello dispositivas, es decir, aplicables a falta de disposición específica —tal como ocurrió con la Ley de Procedimiento de 1958—, sino la de establecer el *núcleo de garantías mínimas que aseguren a los administrados un tratamiento común* ante todas las Administraciones Públicas, en cualquier tipo de procedimiento —art. 149.1.18.^a CE—. De este modo, el llamado «procedimiento administrativo común» no es en realidad un procedimiento en sentido propio, sino un conjunto de principios y garantías mínimas.

Asimismo, en esa tarea de definición de las reglas que integran el «procedimiento administrativo común» el Estado goza de libertad, pues con respeto a los principios que la propia Constitución le impone, como pueden ser la eficacia de la Administración *ex* art. 103.1 CE, o la garantía de la audiencia del interesado «cuando proceda» de acuerdo con el art. 105 *c*) CE, aquél puede optar por varios modelos posibles. Y esta definición del legislador estatal solamente pueda verse constreñida por el respeto a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Así, el Estado no puede interferir en la organización interna de éstas (STC 190/2000) o imponiendo órganos estatales de control frente a los propios de las Comunidades Autónomas, como pueden ser el Consejo de Estado (STC 204/1992) o la Intervención General del Estado (SSTC 150/2012 y 130/2013) o, en general, establecer una regla competencial «específica en la materia» (STC 94/2013). Pero fuera de estos límites impuestos,

como decimos, por las competencias específicas y propias de las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia para establecer las normas del procedimiento administrativo que aseguren un tratamiento común de todos los administrados en los aspectos más importantes de sus relaciones con las distintas Administraciones públicas. Incluso, se ha admitido que una norma estatal basada en la competencia sobre procedimiento administrativo común puede contenerse en una norma especial (SSTC 61/1997, 164/2001, referidas al urbanismo).

Ahora bien, si la función constitucional de la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común no es tanto ordenar un procedimiento general como unas garantías mínimas, debe reconocerse la competencia de las Comunidades Autónomas, no sólo para dictar normas sobre procedimientos especiales en materias de su competencia, sino también para dictar normas generales sobre procedimiento administrativo para la Administración de la Comunidad Autónoma, más allá de la literal referencia del art. 149.1.18.ª CE a las singularidades derivadas de la organización propia, siempre y cuando dichas normas generales respeten las garantías mínimas ordenadas en la Ley básica sobre el «procedimiento administrativo común» (figura 1).

FIGURA 1
La regulación del procedimiento administrativo

	ESTADO	NORMAS SOBRE «EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN»
NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	COMUNIDADES AUTÓNOMAS	NORMAS DERIVADAS DE LA ORGANIZACIÓN PROPIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y NORMAS GENERALES QUE RESPETEN LAS NORMAS DEL PAC
NORMAS QUE REGULAN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECÍFICOS SOBRE MATERIAS CONCRETAS	COMPETENCIA INSTRUMENTAL	ESTADO Y/O COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN FUNCIÓN DE QUIÉN SEA EL TITULAR DE LA COMPETENCIA SUSTANTIVA SOBRE LA MATERIA

2.3. LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como nos consta, la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), ha venido a derogar tanto la Ley 30/1992 como la Ley 11/2007, rompiendo con la dualidad de leyes básicas sobre procedimiento administrativo existente hasta la fecha, desde la convicción según la cual la tramitación electrónica no puede ser en la actualidad una forma «especial» de gestión de los procedimientos, sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. Para ello, la LPAC integra normas procedentes tanto de la Ley 30/1992 como la Ley 11/2007, así como (en mucho menor medida) de los reglamentos estatales en materia de procedimientos sancionadores y de responsabilidad patrimonial, al tiempo que incorpora, como es lógico, innovaciones propias, si bien en no

pocas ocasiones dando acogida a la doctrina tanto constitucional (p. ej., en materia de impugnación de la desestimación de solicitudes por silencio) como ordinaria (p. ej., en materia de prescripción y concurso de infracciones).

En cuanto a su ámbito material de aplicación, aun cuando la LPAC es directamente aplicable a las actuaciones de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho Administrativo, los procedimientos administrativos en materia tributaria y en materia social y de Seguridad Social y Desempleo, así como en materia de extranjería y asilo, entre otros, se rigen por su legislación específica, y solamente se aplicará la LPAC de forma supletoria —Disp. Adic. 1.^a—. Asimismo, de modo discutible, algunas Leyes estatales sectoriales declaran que la LPAC sólo es de aplicación supletoria (caso de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia —art. 45—).

Respecto a su ámbito subjetivo, a pesar de la denominación de la LPAC (Ley del Procedimiento Administrativo Común de «las Administraciones Públicas»), su ámbito es más amplio, a diferencia de la precedente Ley 30/1992, pues además de a las entidades que tienen la consideración legal de Administraciones Públicas —art. 2.3—, la LPAC se aplica también a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente, «en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas» —art. 2.2.b)—. Asimismo, como viene siendo tradicional, las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la LPAC —art. 2.4—.

De otro lado, la actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, se regirá por lo previsto en su normativa específica, «en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con la LPAC (Disp. Adic. 5.^a).

En cuanto a su contenido, debe señalarse que las garantías comunes contenidas en la LPAC son de muy diversa naturaleza. En ocasiones, se trata de garantías estrictamente formales, en el sentido de que la LPAC no predetermina criterio alguno, sino que se limita a establecer una exigencia de cobertura legal, desapoderando a la Administración para que pueda decidir en cada caso como estime pertinente, cobertura que puede ser meramente reglamentaria (p. ej., el art. 53.1.d) declara el derecho a no presentar documentos no exigidos por «las normas aplicables al procedimiento de que se trate»), o puede tratarse de una específica reserva formal de Ley (como la exigida en el art. 21.2 para ampliar el plazo de terminación de los procedimientos más allá de los seis meses). En otras ocasiones, la LPAC no se limita a exigir una cobertura legal sino que, consciente de la imposibilidad e inconveniencia de ordenar reglas universales, impone a las normas sectoriales o especiales deberes positivos, en el sentido que habrán contener unas determinaciones mínimas (las más importantes son, sin duda, las referentes al plazo máximo de cada procedimiento y al sentido que deba atribuirse al silencio administrativo en los mismos). Y unidas a estas exigencias positivas, la LPAC prevé, como garantías de los ciudadanos, reglas supletorias (p. ej., el plazo de tres meses para la resolución del procedimiento del art. 21.3). En otros casos, la garantía consiste en la imposición de deberes a la Administración, sin que tales deberes se traduzcan en derechos subjetivos perfectos de los ciudadanos (caso del deber de motivación del art. 35), y, por último, están las garantías que constituyen también verdaderos derechos subjetivos directamente accionables (p. ej., la garantía

de imparcialidad se traduce en el deber de abstención y en el derecho de los interesados a la recusación).

De otro lado, debe señalarse que, desde la pionera y ya derogada Ley de Cataluña 13/1989, una buena parte de las Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Castilla y León, La Rioja, Extremadura, Cantabria, Navarra o Región de Murcia) ha dictado normas generales sobre procedimiento administrativo (cabe destacar la Ley 26/2010, de 3 agosto, Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, y la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León).

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

A diferencia de los procesos civiles, donde rige el llamado principio dispositivo o de justicia rogada, según el cual el juez —como un mero árbitro imparcial— se limita a ordenar las actuaciones solicitadas por las partes —art. 216 Ley de Enjuiciamiento Civil—, el procedimiento administrativo está presidido por el principio de oficialidad —también denominado principio *inquisitivo*—, en virtud del cual el procedimiento, con independencia de que se inicie de oficio por la Administración o a instancia de parte, se impulsará y tramitará —arts. 71.1 y 75.1 LPAC— siempre de oficio por la Administración. El fundamento de este principio estriba en que, mientras en los procesos civiles se debaten exclusivamente intereses privados, el procedimiento administrativo cumple esencialmente —como se ha visto— una función de realización de los intereses públicos, lo cual exige que el impulso del mismo no dependa del interés particular de los administrados que coyunturalmente intervengan en cada procedimiento, sino que la Administración tiene la potestad —es decir, el derecho y el deber— de instruirlo. En este sentido, el principio de oficialidad constituye una derivación de los principios de legalidad y de eficacia de la actuación administrativa.

3.2. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

En virtud de este principio las distintas partes en un procedimiento han de tener la posibilidad de hacer valer sus derechos e intereses en condiciones de igualdad. Se trata de una derivación clara del derecho a la defensa consagrado por la Constitución —art. 24.1— para los procesos judiciales. Las principales manifestaciones del principio de contradicción son el derecho de los interesados a la llamada al procedimiento, el derecho a aducir alegaciones en cualquier momento, a la vista del expediente y derecho de audiencia, el derecho a proponer pruebas y presenciar la práctica de las mismas, y el principio de congruencia (LÓPEZ MENUDO). Ahora bien, en el procedimiento administrativo este principio contradictorio no alcanza su última consecuencia, en el sentido de que las partes deban estar en posición de estricta igualdad. En efecto, mientras la LPAC —art. 75.4— garantiza esa posición de igualdad entre los distintos particulares que intervienen en el procedimiento —y cuyos intereses pueden ser contrapuestos—, esa igualdad no existe frente a la Administración, que —salvo, tal vez, en los llamados procedimientos triangulares— es parte en el procedimiento,

y ello debido a que —como se ha dicho repetidamente— la Administración debe garantizar el interés público que esté en juego en cada procedimiento administrativo.

3.3. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

El término publicidad no significa, en este ámbito, apertura del procedimiento administrativo a la generalidad de los ciudadanos, sino que en realidad se refiere a la publicidad de las actuaciones administrativas en relación con las partes de cada concreto procedimiento administrativo, tal como se verá más adelante al estudiar el derecho de acceso al expediente administrativo —art. 53.1.a)—, y vinculada al anterior principio de contradicción. De publicidad general de las actuaciones procedimentales únicamente puede hablarse en aquellos procedimientos en los que se disponga la apertura de un trámite de información pública, y solamente en relación con el mismo.

3.4. PRINCIPIO DE GRATUIDAD

La Constitución contempla expresamente —art. 119— la gratuidad del proceso judicial. Más aún, la asistencia letrada está prevista también expresamente —art. 24.2 CE— como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial, pues la carencia de recursos económicos para litigar puede determinar la indefensión de una persona —STC 138/1988—. En cambio, la Constitución nada dice acerca de la gratuidad del procedimiento administrativo. Así, el Tribunal Constitucional —SSTC 74/1985, 2/1987— ha declarado que el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad por falta de medios suficientes sólo existe «claramente» en los procesos judiciales.

Por su parte, la LPAC no sólo no declara expresamente la gratuidad del procedimiento, sino que establece —art. 78.3— que el particular debe, en principio, soportar los gastos que implique la práctica de las pruebas que haya solicitado. De otro lado, aunque la LPAC —art. 5.2— no exige la representación o postulación del interesado mediante ningún tipo de profesional, lo cierto es que la propia LPAC —art. 53.1.g)— prevé que los particulares pueden necesitar la asistencia de un profesional que les asesore, y en tal caso tendrán que afrontar los gastos de honorarios del correspondiente profesional, pues no se garantiza la asistencia gratuita, dado que formalmente no es necesaria dicha asistencia.

Por otra parte, las leyes sobre tasas, como la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos —art. 13— y el TR de la Ley de Haciendas Locales, Decreto Legislativo 2/2004 —art. 20—, autorizan a las Administraciones Públicas a exigir al administrado el pago de tasas por la realización de determinadas actuaciones en el procedimiento administrativo —como, por ejemplo, la tramitación de licencias, la expedición de certificados, el examen de proyectos...—, posibilidad ésta que admite expresamente la LRJPAC —disp. adic. 4.^a—. Más aún, en relación con algunos procedimientos la norma declara directamente que su tramitación no es gratuita sino a costa del interesado. Así, la Ley General Tributaria —art. 161.4— establece que el deudor debe satisfacer las costas del procedimiento de apremio.

3.5. PRINCIPIO DE SIMPLIFICACIÓN: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ADECUADO

Vinculado al principio de eficacia administrativa, fue recogido inicialmente en la Ley 11/2007 y ha sido enunciado expresamente en la LPAC —art. 72.1—. Su enun-

ciado podría formularse del siguiente modo: *el principio de simplificación del procedimiento administrativo es el que promueve su configuración y tramitación de la manera más eficiente posible para armonizar todas las funciones que le corresponden*; y presenta un doble orden de manifestaciones (GAMERO CASADO).

— Por una parte, es un principio que *afecta al modo en el que deben conformarse las normas* jurídicas con ocasión de su aprobación: esta vertiente del principio se proyecta, por tanto, sobre el procedimiento de aprobación de las normas. En este sentido se le ha podido denominar *principio de buena regulación*, encontrándose conectado con las políticas de calidad normativa (CANALS). Se configura como una directriz de política normativa que informa el diseño mismo de los procedimientos administrativos: reducción y eliminación de trámites superfluos, de la documentación requerida a los ciudadanos, de los plazos y tiempos de respuesta... En tal sentido, la Ley 19/2013 (Disp. Adic. 2.^a) impuso a la Administración General del Estado acometer una revisión y simplificación de su ordenamiento jurídico (Plan de Calidad y Simplificación Normativa).

— Y de otro lado, es un principio que *debe presidir o informar la tramitación del procedimiento*, y que afecta a las decisiones que se adoptan a lo largo de su transcurso por parte del instructor a fin de hacerlo plenamente efectivo dentro de las opciones que le brinde el contexto o marco normativo de referencia. Su manifestación más notoria es la introducción por la LPAC —art. 96—, de la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común, generalizando el criterio previsto para algunas categorías de procedimientos (como los sancionadores).

El juego combinado de todos estos elementos muestra un desplazamiento desde la formulación del *procedimiento administrativo debido* (PONCE SOLÉ), con el que se enfatiza primordialmente la calidad de la decisión, hacia otra posición en la que ese parámetro se modula mediante el principio de simplificación del procedimiento; ambos paradigmas deben conciliarse armónicamente, dando lugar al *procedimiento administrativo adecuado*: el que equilibra las exigencias formales de la tramitación respecto a las finalidades sustantivas implicadas en el procedimiento, cumpliendo de la mejor manera posible el *global* de sus funciones. Es lo que se califica como *regulación necesaria* (BETANCOR), pues, en efecto, la mejor regulación es la estrictamente necesaria para poder satisfacer los intereses públicos implicados (LÓPEZ GONZÁLEZ). Hallar el justo equilibrio entre eficacia y garantía es, en definitiva, el problema que trata de resolver el Derecho administrativo (GONZÁLEZ NAVARRO). El verdadero objetivo debe ser producir *mejor* regulación, no *más o menos* regulación (WIENER, BALMASEDA y MELGUIZO). En términos más amplios, esta posición se corresponde con el aforismo atribuido a Albert EINSTEIN: «Hay que simplificar las cosas tanto como sea posible, pero no más».

4. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCEDIMENTAL: LA ADMINISTRACIÓN ACTUANTE

4.1. EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO

A la hora de identificar a los responsables de cada procedimiento, la Ley parece diferenciar entre la responsabilidad de la tramitación y la responsabilidad de la resolución del procedimiento. En relación con la primera, la LPAC —art. 20.1— estable-

ce que los «titulares de las *unidades administrativas* y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos». Idea que reitera la LPAC —art. 71.3— al declarar que las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos. Y, en relación con la segunda, la Ley —art. 21.6— dispone que el «personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los *órganos administrativos* competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación de dictar resolución expresa en plazo». En realidad, aun cuando parece traslucirse una cierta intención de separación entre la responsabilidad en la tramitación a cargo de los titulares de las unidades administrativas (personal profesional) y la responsabilidad de la resolución a cargo de los titulares de los órganos (clase política), se trata de una separación ficticia debido a las relaciones de dirección y jerarquía existentes entre unos y otros.

Asimismo, la LPAC —art. 20.2— prevé que los interesados podrán solicitar la exigencia de la mencionada responsabilidad a la Administración Pública que corresponda. Sin embargo, lo cierto es que la dilación en la tramitación de un procedimiento puede obedecer a distintas causas, que pueden simplificarse en las siguientes:

— A la falta de rendimiento del responsable del procedimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, es decir, que sea imputable objetiva y subjetivamente al responsable del procedimiento —prevista en el art. 21.6—. En estos casos, el sujeto habrá incurrido en una falta disciplinaria, de diversa gravedad según las circunstancias de cada caso, y, consecuentemente, deberá procederse a la incoación del correspondiente procedimiento disciplinario, si bien este régimen sólo se aplica a los funcionarios (art. 1 RD 33/1986 sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

— A la falta de rendimiento que no comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, de modo que la dilación es imputable objetivamente al responsable del procedimiento, mas no subjetivamente, pues obedece a una falta de capacidad del funcionario para el desempeño de las funciones. En tales casos no cabe responsabilidad disciplinaria, sino que, tal como se prevé en algún precepto —art. 71.2 LPAC—, la Administración deberá proceder a la remoción del puesto de trabajo, previo expediente contradictorio (art. 20.1.3 Ley 30/1984, tras la reforma por Ley 23/1988).

— A factores objetivos de la propia Administración —falta de medios personales o materiales—, o las propias circunstancias especiales del caso. Por tanto, la dilación no es imputable ni subjetiva ni objetivamente al responsable del procedimiento sino a la propia organización administrativa en la que se encuadra o, excepcionalmente, a la entidad del asunto. En tales casos, ni cabe responsabilidad disciplinaria ni remoción del puesto de trabajo. Lo que sí podrá plantearse (también en los casos anteriores) es la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados.

4.2. LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE LAS AUTORIDADES Y AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN

La Constitución —art. 103.1— exige a la Administración que actúe con objetividad, y prevé —art. 103.3— que la ley deberá establecer las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. A esta finalidad de imparcialidad está ordenada la técnica de la abstención y recusación que afecta tanto a las autoridades como al personal al servicio de las Administraciones Públicas. En la actualidad, el moderno derecho a la buena administración incluye el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial (p. ej., arts. 30 EA Cataluña, 31 EA Andalucía). A pesar de tratarse de una inequívoca garantía procedimental, de modo cuestionable esta institución no se regula en la LPAC, sino en la LRJSP. En todo caso, la ordenación de la LRJSP es muy continuista con la anterior de la Ley 30/1992 (la cual, a su vez, ya lo era en relación con la Ley de Procedimiento de 1958).

4.2.1. *Circunstancias de abstención y recusación*

Los motivos que define la LRJSP —art. 23.2— pueden clasificarse como sigue:

— Circunstancias que presumen un conflicto de intereses públicos y privados: tener interés «personal» en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución pueda influir la de aquél; ser administrador de la sociedad o entidad interesada —no basta, por tanto, ser accionista, ni siquiera mayoritario—; tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable (única novedad introducida por la LPAC, ya contemplada en otras normas, como el art. 219 LOPJ) y tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas —de nuevo, no basta con los accionistas de las entidades, ni siquiera mayoritarios—, y también con los asesores, representantes legales y mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas antes mencionadas; tener cuestión litigiosa pendiente con el interesado —no basta, en principio, el haberla tenido en el pasado, aún reciente—; tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

— Circunstancias que presumen un prejuicio al existir una vinculación previa con el asunto: haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

4.2.2. *El deber legal de abstenerse*

Tal como se establece en otras normas, la autoridad o funcionario público en quien concurren alguna de las causas antes señaladas debe abstenerse de intervenir en el procedimiento —art. 23.1 LRJSP— sin esperar a que se le recuse —art. 100 Ley de Enjuiciamiento Civil—. Debe entenderse que el deber de abstenerse de «intervenir en el procedimiento» alcanza no sólo a los actos resolutorios, sino también a los actos de

trámite, quedando al margen del mismo las actuaciones meramente auxiliares y de colaboración material, sin incidencia jurídica alguna en el procedimiento. Por su parte, la LRBRL —art. 76— establece que los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse «de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto, cuando concorra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas». Por tanto, no sólo obliga a no participar en la votación, sino también en las deliberaciones previas.

4.2.3. *Planteamiento y tramitación de la abstención y recusación*

Como se ha señalado, la autoridad o agente en el que se dé alguna de las anteriores circunstancias tiene el deber legal —art. 23.1 LRJSP— de abstenerse a intervenir en el procedimiento, debiendo comunicar el hecho al superior inmediato, quien resolverá lo procedente. Dado este carácter de deber legal de la abstención, los órganos superiores están facultados para ordenar de oficio a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas a que se abstengan de toda intervención en el expediente —art. 23.3—. En general, se entiende que cuando la persona recusada lo sea en calidad de miembro de un órgano colegiado, debe resolver el órgano que la nombró. En relación con las Corporaciones Locales, según el ROF —art. 183.2—, corresponde resolver las recusaciones dirigidas contra miembros de la Corporación al Presidente, y cuando se refieran a éste, corresponde resolver al Pleno de la Corporación. Por su parte, en los casos en los que la autoridad recusada no tiene superior jerárquico, la jurisprudencia ha rechazado que la cuestión sea decidida por la misma autoridad que haya sido objeto de recusación (STS 28-2-2002, Rec. 5.637/2000).

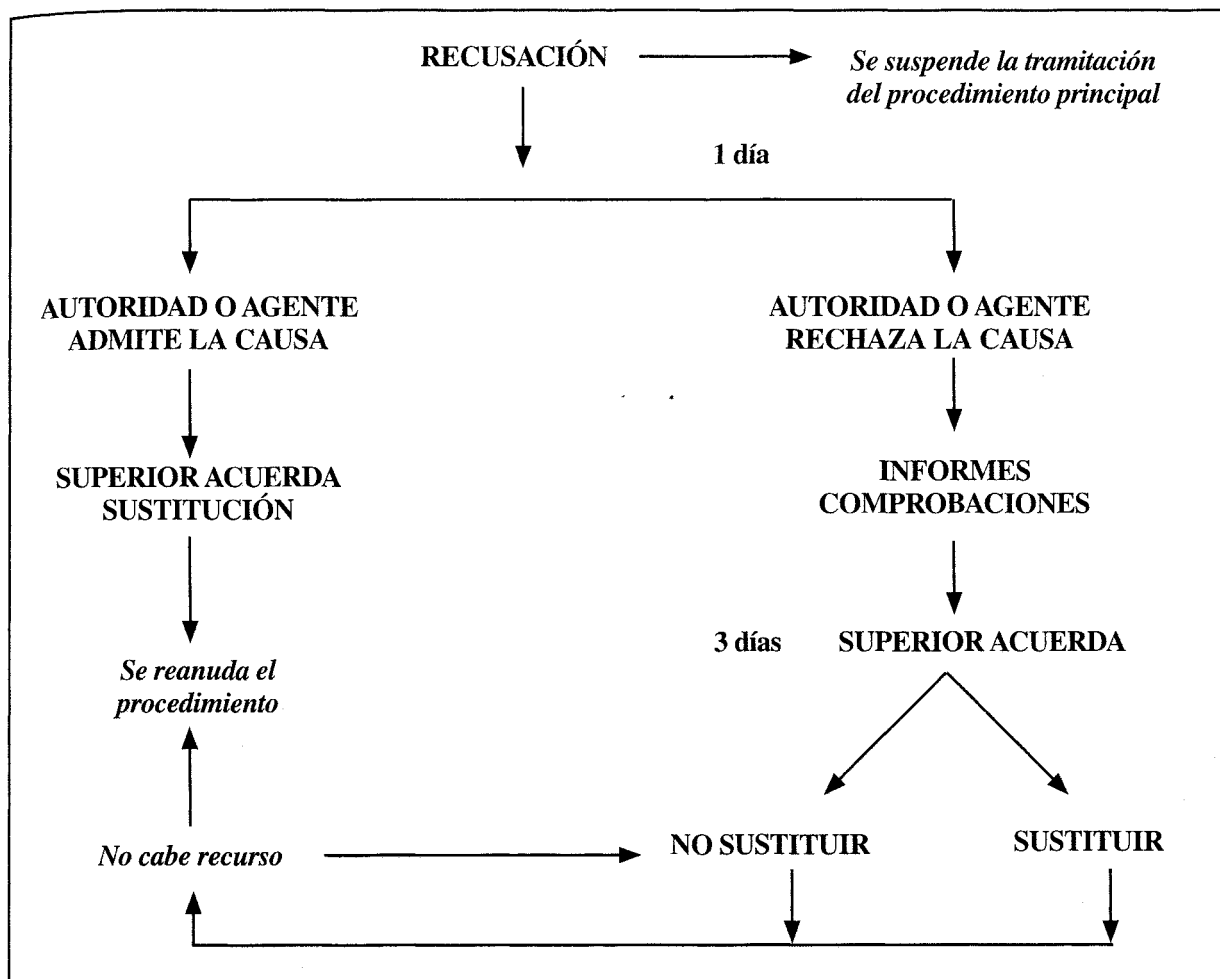
— *Planteamiento de la recusación.* Cuando se dé alguna de las circunstancias que determinan el deber legal de abstenerse, los interesados —art. 24.1 LRJSP— podrán promover, «en cualquier momento de la tramitación del procedimiento», la recusación de las autoridades o agentes afectados. Como una jurisprudencia constante tiene declarado, no cabe hacer valer la recusación una vez ha terminado el procedimiento, pues la Ley se refiere a «cualquier momento de la *tramitación*». Pero, además, en aplicación del principio de buena fe, y a pesar de los términos literales de la Ley («en cualquier momento de la *tramitación*»), la jurisprudencia viene exigiendo que la recusación se plantee tan pronto como se tenga conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación, tal como establece la Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 107.1—.

Formalmente, la LPAC —art. 24.2— exige que la recusación sea planteada por escrito en el que se expresará la causa o causas en las que se funda. El planteamiento de la recusación va a determinar la suspensión de la tramitación del procedimiento —art. 74 LPAC—, hasta tanto se resuelve esta «cuestión incidental», de aquí que la Ley prevea unos plazos muy breves para la tramitación y resolución de la recusación. En concreto, el día siguiente de la formulación de la recusación el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, es decir si el recusado se considera incurso en una causa de abstención —lo cual no será lo ordinario, pues supone reconocer el incumplimiento de un deber que puede ser objeto de sanción—, y si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido —art. 24.3—. Si, por el contrario, el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, pre-

vios los informes y comprobaciones que considere oportunos —art. 24.4—. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia, la recusación, en caso de que no sea aceptada, exige la prueba de estar incurso en causa de abstención no bastando meras presunciones. Por último, por considerarse un acto de trámite, la LRJSP —art. 24.5— dispone que contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabe recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.

FIGURA 2

La cuestión incidental de recusación



4.2.4. *Los efectos del incumplimiento del deber de abstenerse*

Sin perjuicio de las eventuales consecuencias disciplinarias —el art. 7 del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado tipifica este supuesto como infracción de carácter grave—, la LRJSP —art. 23.4— declara, de forma críptica, que la actuación de autoridades y agentes en los que concurren motivos de abstención no implicará, «necesariamente», «y en todo caso» (añadido por la LPAC), la invalidez de los actos en que hayan intervenido. De un modo más preciso, la LRBRL —art. 76— establece que habrá lugar a la invalidez de los actos cuando la intervención de la autoridad haya sido «determinante». Así, la jurisprudencia ha con-

siderado irrelevante la participación de uno o varios miembros incurso en una causa de abstención cuando la anulación de su voto no alteraba el sentido del acuerdo adoptado (STS 1-10-2002), pero sí ha invalidado el acuerdo si el voto anulado era determinante (STS 17-11-2003, Rec. 2.313/1998). Con carácter general, debe postularse la invalidez del acto en todos aquellos casos en los que la actuación del sujeto recusado tuvo una *influencia decisiva* en la formación de la voluntad del órgano competente.

5. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCEDIMENTAL: LOS INTERESADOS

5.1. LA LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO: LA NOCIÓN DE INTERESADO

5.1.1. *Concepto*

Para que una persona pueda participar en un procedimiento administrativo concreto, la Ley requiere, en principio, que ostente una «legitimación», es decir, una cualificación específica, de tal modo que no basta la simple condición de ciudadano, sino que se exige una especial relación con el objeto del procedimiento de que se trate, que permita considerar a dicha persona «interesada» en el procedimiento. A este respecto, la LRJPAC diferencia dos tipos de legitimación: específica y «difusa», a los cuales deben añadirse los supuestos excepcionales en los cuales el ordenamiento exime a los ciudadanos de la acreditación de legitimación alguna —acción pública o popular—.

5.1.2. *Legitimación específica*

La LPAC —art. 4.1— considera interesados en el procedimiento administrativo:

— a los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos —ya sean individuales o colectivos— que promuevan, es decir, inicien el procedimiento —en caso de que pueda iniciarse a instancia de parte—;

— a quienes sin haber iniciado el procedimiento sean los titulares de derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y

— a aquellos titulares de intereses legítimos —ya sean individuales colectivos— que puedan resultar afectados por la resolución, que aunque no hayan iniciado el procedimiento se personen en el mismo antes de que recaiga resolución administrativa.

De este modo, siguiendo al pie de la letra lo dispuesto en la Ley 30/1992, la LPAC distingue entre los titulares de «derechos subjetivos» e «intereses legítimos», en orden a la obligación de personarse en el procedimiento: quienes sin haber iniciado el procedimiento sean titulares de «derechos subjetivos» se consideran interesados en el mismo, sin necesidad de personarse en el procedimiento; en cambio, los titulares de «intereses legítimos» que no hayan promovido el procedimiento, solamente se consideran interesados si se personan en el procedimiento. En tal sentido, la jurisprudencia diferencia entre «interesado» e «interesado necesario» en el procedimiento administrativo. La titularidad de un derecho confiere un grado más intenso de legitimación administrativa y, por ello, sus titulares son siempre «interesados necesarios», toda vez que aunque no se hayan personado por propia iniciativa, la Administración debe iden-

tificarlos y citarlos; mientras que los que ostentan un interés legítimo son simplemente «interesados», se entiende no necesarios, que lo son en la medida que tomen la iniciativa al respecto, personándose en el correspondiente procedimiento (STS de 2 de marzo de 2012, R.C. 2691/2008).

Sin embargo, la propia Ley desmiente en parte esta diferenciación, pues establece —art. 8— que si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos «y directos» cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que la LPAC —art. 18.2— establece que los interesados en un procedimiento que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en él tienen el deber de proporcionárselos a la Administración actuante. Y, finalmente, la LPAC —art. 4.3— establece que cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible —por ejemplo, se solicita una licencia de obra para construir en un inmueble y posteriormente se enajena el inmueble o el solicitante fallece—, el derechohabiente sucederá en la condición de interesado cualquiera que sea el estado del procedimiento.

FIGURA 3

Los interesados en el procedimiento administrativo

TITULARES DE DERECHOS SUBJETIVOS	En todo caso, hayan o no iniciado el procedimiento y aunque no se personen en el mismo.
TITULARES DE INTERESES LEGÍTIMOS	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando inicien el procedimiento. • Cuando sin iniciar el procedimiento se personen en el mismo. • Cuando sin iniciar el procedimiento ni personarse en el mismo, sean titulares de intereses legítimos «directos».

5.1.3. *Legitimación colectiva*

La LPAC —art. 4.2— añade que las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos «en los términos que la Ley reconozca». Es decir, la LPAC se limita a remitirse a lo que, en cada caso, disponga la legislación sectorial, la cual habrá de identificar cada interés colectivo, como sucede en el Decreto-Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el TR de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con las organizaciones de consumidores y usuarios, o en 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, en relación con las organizaciones de defensa del medio ambiente.

5.1.4. *La acción popular*

Si bien la regla general para intervenir en un procedimiento administrativo es la exigencia de una legitimación, el ordenamiento jurídico permite en determinados

ámbitos, en los que se estima que existe un inequívoco interés colectivo, que pueda participar cualquier ciudadano, sin necesidad de que acredite un título específico, bastando el llamado mero interés en la defensa de la legalidad: son los casos en los que se reconoce lo que se denomina una *acción pública* o popular. Así, por ejemplo, en materia de protección del dominio público marítimo-terrestre, la Ley 22/1988 de Costas —art. 109.1— establece que será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y Tribunales la observancia de lo establecido en la Ley y en las disposiciones de desarrollo de la misma, lo cual legitima, por ejemplo, los supuestos en que se reivindica la ampliación del dominio público indebidamente restringido (STS 18-11-2003, rec. 8.111/1999). Y disposición similar, en orden a la protección del patrimonio cultural, se establece en la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español —art. 8.2—, y en relación con el urbanismo en el TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana—art. 62—.

5.2. LA REPRESENTACIÓN Y EL APODERAMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

5.2.1. Representación

La LPAC —art. 5.1— permite que los interesados con capacidad de obrar «puedan» actuar por medio de representante, de tal modo que, una vez otorgada la representación, las actuaciones administrativas se entenderán con el representante, salvo manifestación expresa en contra del interesado, el cual puede en todo momento revocar la representación. En todo caso, debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre normalmente en los procesos judiciales (en los cuales la regla general es que el particular no puede actuar por sí mismo, sino obligatoriamente mediante representante —art. 23 LEC—), en los procedimientos administrativos la actuación a través de representante es meramente facultativa, de modo que nada impide a la persona interesada —y ello es lo más común— actuar directamente ante la Administración.

En cuanto a los requisitos para actuar como representante, la LPAC —art. 5.2— establece que las personas físicas con capacidad de obrar y las personas jurídicas, siempre que ello esté previsto en sus Estatutos, podrán actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas. De este modo, la Ley no exige para actuar como representante de otro ningún título o requisito académico o profesional, de modo que esta representación no está monopolizada por ningún colectivo de profesionales —ya sean abogados, graduados sociales, gestores administrativos...—. La cuestión es, sin embargo, dudosa cuando se trata de una actuación de representación no esporádica sino profesional, habitual y retribuida, pues los gestores administrativos reclaman esta actividad como propia y exclusiva. Ahora bien, en todo caso, los tribunales tienen declarado que la Ley no exige en ningún caso que la representación deba encomendarse a un gestor, y por ende tal requisito no es exigible ni a los administrados —a la hora de conferir su representación— ni a los entes públicos a fin de que comprueben tal cualidad en el mandatario (STS 19-1-1996).

De otro lado, la LPAC —art. 5.3— únicamente exige que se acredite la representación en una serie de supuestos: cuando el representante va a formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre del representado. En cambio, para los actos y gestiones de mero trámite —p. ej., para aportar documentos— la Ley no exige la acreditación de la representación. Repárese en que la Ley se refiere a «formular» solicitudes y «entablar» recursos, lo cual no equivale a

«presentar» físicamente la solicitud o recurso. No obstante, si la actuación de mero trámite comporta el acceso a datos personales del representado (lo cual será en la praxis inevitable), en aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal —art. 11—, se debe acreditar el consentimiento expreso de aquél.

En los casos en los que la Ley exige la acreditación de la representación, ésta acreditación puede realizarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna —art. 5.4—, como, por ejemplo, mediante documento público —poder notarial— o documento privado con firma notarialmente legitimada—. Y de modo similar a lo previsto en el proceso civil —art. 24 LEC—, la Ley ordena que se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente. Lo que la Ley parece excluir es el mandato otorgado verbalmente.

En todo caso, la LPAC —art. 5.6— aclara que la falta o insuficiente acreditación de la representación no debe impedir que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo, al menos de 10 días, que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran. El órgano competente para la tramitación del procedimiento deberá incorporar al expediente administrativo acreditación de la condición de representante y de los poderes que tiene reconocidos en dicho momento. El documento electrónico que acredite el resultado de la consulta al registro electrónico de apoderamientos correspondiente tendrá la condición de acreditación a estos efectos —art. 5.6—.

Finalmente, siguiendo el criterio de la Ley 11/2007, la LPAC —art. 5.7— dispone que las Administraciones Públicas podrán «habilitar» con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados. Es decir, las personas o entidades habilitadas deberán ostentar la representación necesaria para cada actuación (así art. 14.1 RD 1671/2009). Asimismo, esta habilitación requiere la firma previa de un convenio entre la Administración competente y la corporación, asociación o institución interesada (así art. 13.2 RD 1.671/2009).

Dicha habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa. Las Administraciones Públicas podrán requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación. No obstante, siempre podrá comparecer el interesado por sí mismo en el procedimiento —art. 5.7 LPAC.

5.2.2. Registros electrónicos de apoderamientos

a) Registros electrónicos generales y particulares

Generalizando normas contempladas en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, para la Administración General del Estado, la LPAC —art. 6.1— establece que la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales dispondrán de un «registro electrónico general de apoderamientos», en el que deberán inscribirse, al menos, los de carácter general otorgados *apud acta*, presencial o electrónicamente, por quien ostente la condición de interesado en un proce-

dimiento administrativo a favor de representante, para actuar en su nombre ante las Administraciones Públicas. También deberá constar el bastanteo realizado del poder. En el ámbito estatal, este registro será el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado.

Los registros generales de poderes no impedirán la existencia de registros particulares en cada Organismo donde se inscriban los poderes otorgados para la realización de trámites específicos en el mismo. Por tanto, cada Organismo podrá disponer de su propio registro electrónico de poderes.

Los registros electrónicos generales y particulares de poderes pertenecientes a todas y cada una de las Administraciones, deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos. Además la Ley ordena que los registros mercantiles, de la propiedad, y de los protocolos notariales también serán interoperables con los registros electrónicos generales y particulares de poderes —art. 6.2—.

En concreto, los registros electrónicos generales y particulares de poderes permitirán comprobar válidamente la representación de quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad, y a los protocolos notariales —art. 6.2—.

b) Otorgamiento e inscripción de los poderes en los registros

El poder *apud acta* se otorgará mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica haciendo uso de los sistemas de firma electrónica previstos en esta Ley, o bien mediante comparecencia personal en las oficinas de asistencia en materia de registros. Los poderes que se inscriban en los registros electrónicos generales y particulares de poderes deberán corresponder a alguna de las siguientes tipologías —art. 6.4—:

- a) Un poder general para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante en cualquier actuación administrativa y ante cualquier Administración.
- b) Un poder para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante en cualquier actuación administrativa ante una Administración u Organismo concreto.
- c) Un poder para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante únicamente para la realización de determinados trámites especificados en el poder.

A tales efectos, por Orden del MHAP se aprobarán, con carácter básico, los modelos de poderes inscribibles en el registro distinguiendo si permiten la actuación ante todas las Administraciones, ante la Administración General del Estado o ante las Entidades Locales. Cada Comunidad Autónoma aprobará los modelos de poderes inscribibles en el registro cuando se circunscriba a actuaciones ante su respectiva Administración.

Los poderes inscritos en el registro tendrán una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción. En todo caso, en cualquier momento antes de la finalización de dicho plazo el poderdante podrá revocar o prorrogar el poder. Las prórrogas otorgadas por el poderdante al registro tendrán una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción. Las solicitudes de inscripción del poder, de revocación, de prórroga o de denuncia del mismo

podrán dirigirse a cualquier registro (al ser —como nos consta— interoperables), debiendo quedar inscrita esta circunstancia en el registro de la Administración u Organismo ante la que tenga efectos el poder y surtiendo efectos desde la fecha en la que se produzca dicha inscripción —art. 6.7—.

6. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES

A diferencia de la Ley 30/1992, la LPAC distingue entre una relación de derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas —art. 13— y una relación de derechos de los interesados en los procedimientos administrativos —art. 53—. Sin embargo, lo cierto es que en dicho precepto no se contienen las garantías más relevantes de los interesados en los procedimientos administrativos —tales como el derecho al inicio del procedimiento, a su instrucción diligente, a una resolución expresa y motivada, a su notificación personal, a la ejecución del acto...—. De este modo, los derechos y garantías —de muy diversa naturaleza— de los ciudadanos en los procedimientos administrativos están repartidos en el articulado de la LPAC —algo que, por lo demás, el propio art. 53 salva, al expresar que los derechos que reconoce son, además del resto de derechos previstos en la Ley, y al cerrar el decálogo de derechos con una cláusula abierta: «cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes».

FIGURA 4

Clases de información administrativa

	CONTENIDOS	¿QUIÉN PUEDE SOLICITARLA?	¿QUIÉN DEBE PRESTARLA?	¿CÓMO SE PRESTA?
INFORMACIÓN GENERAL	INFORMACIÓN DE INTERÉS GENERAL: FINES, COMPETENCIA, ORGANIZACIÓN, LOCALIZACIÓN, REQUISITOS LEGALES, TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS, SERVICIOS PÚBLICOS, PRESTACIONES...	CUALQUIER CIUDADANO	OFICINAS DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN AL CIUDADANO	INFORMALMENTE, INCLUIDOS MEDIOS TELEFÓNICOS Y TELEMÁTICOS
INFORMACIÓN PARTICULAR	ESTADO Y CONTENIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS EN TRAMITACIÓN	INTERESADOS EN CADA PROCEDIMIENTO	UNIDADES DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA	FORMALMENTE, POR ESCRITO
	IDENTIFICACIÓN DE SUJETOS RESPONSABLES DE LOS PROCEDIMIENTOS			

6.2. DERECHOS A RECIBIR INFORMACIÓN «GENERAL» Y «PARTICULAR»

6.2.1. *El derecho a obtener información previa a la iniciación de un procedimiento*

La LPAC —art. 53.1.f)— declara el derecho de los ciudadanos a «obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar». Este tipo de información es configurada por el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano en el ámbito de la Administración del Estado, como «información general», es decir información que debe facilitarse a los ciudadanos, sin exigir para ello la acreditación de legitimación alguna —art. 2.2—, y encomendada a las Oficinas de información y atención al ciudadano —art. 7.1—, y cuya finalidad es la de «ofrecer las aclaraciones y ayudas de índole práctica que los ciudadanos requieren sobre procedimientos, trámites, requisitos y documentación para los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, o para acceder al disfrute de un servicio público o beneficiarse de una prestación».

En cuanto al modo de prestar esta información, como es evidente, el modo tradicional de carácter presencial o telefónico a través de oficinas de información o atención al ciudadano está siendo sustituido cada vez más por medios electrónicos o telemáticos, mediante la llamada «publicidad activa» que forma parte de la transparencia pública, y estudiada en su momento. Además, en el caso de actividades de servicios sujetas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la propia Ley estatal exige que los prestadores de servicios puedan acceder, electrónicamente y a distancia a través de una ventanilla única, a la información sobre los procedimientos necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio —arts. 18.1 y 19—.

En cuanto a los efectos de las respuestas a las solicitudes de información, el Real Decreto 208/1996 —art. 4.b)— declara que esta forma de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos, en ningún caso podrá entrañar una interpretación normativa, ni consideración jurídica o económica, sino «simple determinación de conceptos, información de opciones legales o colaboración en la cumplimentación de impresos o solicitudes». De este modo, se pretende descartar cualquier clase de vinculación jurídica de la Administración a la información facilitada al ciudadano, a diferencia de lo que sucede con determinados tipos de consultas —como las tributarias y urbanísticas—. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que una información incorrecta que perjudique a un ciudadano puede considerarse como un supuesto de daño consecuencia del funcionamiento anormal del servicio, y como tal susceptible de engendrar responsabilidad patrimonial —LRJSP arts. 32 ss.—.

6.2.2. *El derecho a la identificación de las personas responsables del procedimiento*

Una de las novedades que introdujo en su día la Ley 30/1992 y que recoge la LPAC —art. 53.1.b)— es el derecho a «identificar a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos», lo que comporta la identificación de las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función —art. 71.3 LPAC—. Se trataría de una manifestación del

principio de transparencia de las administraciones en sus relaciones con los ciudadanos —art. 3.1 LRJSP—. La instrumentación de este derecho es necesaria para poder exigir responsabilidades por defectuosa tramitación del procedimiento como también prevé la Ley —art. 20.2 LPAC—, pues los comportamientos negligentes o dolosos se amparan a menudo en el anonimato; y además, esta identificación es también presupuesto para el ejercicio del derecho a la recusación —art. 24.1 LRJSP—.

El mencionado Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, configura esta información como «información particular», que, por tanto, sólo podrá ser facilitada a las personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales —art. 3.1—. Ahora bien, el principal problema es cómo se articula esta garantía. Más acertado es el criterio seguido en alguna Comunidad Autónoma según el cual la resolución por la que se inicia de oficio un procedimiento —y que debe ser notificada a la persona interesada— debe incluir la designación de la persona responsable de su instrucción (Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña —art. 48—).

6.2.3. *El derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento y a obtener copias*

La LPAC —art. 53.1.a)— declara el derecho de los que tengan la condición de interesados a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.

Se trata de un derecho trascendental, pues constituye el medio a través del cual el interesado puede tomar conocimiento preciso de las actuaciones que la Administración está llevando a cabo en cumplimiento de su obligación de impulsar y tramitar el procedimiento —art. 71 LPAC—, y poder advertir así a la Administración sobre eventuales demoras o dilaciones habidas en la tramitación del procedimiento, y, en general, alegar defectos en la tramitación —art. 76.2—. Más aún, debe señalarse la conexión funcional entre este derecho y el derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia —arts. 53.1.e) y 76 LPAC—, por cuanto si el interesado formula alegaciones sin conocer los datos, documentos, informes y pruebas obrantes en el expediente, estaría inmerso en una clara situación de indefensión, pues mal se puede alegar respecto de lo que no se conoce plenamente.

En cuanto a los titulares de este derecho, la propia Ley exige que se trate de procedimientos «en los que tengan la condición de interesados», y, en este sentido, esta información es calificada por el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, como «información particular», con las consecuencias antes indicadas. En este sentido, al tratarse de un acceso a información pública vinculado a la participación en calidad de interesado en un procedimiento administrativo, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, declara que la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo (Disp. Adic. 1.^a).

Respecto al alcance de este derecho, una interpretación literal del precepto —derecho a conocer «el estado de tramitación»— podría llevar a pensar que se trata de

una mera pretensión de conocimiento del estado en el que se encuentra un procedimiento —de sus fases, de las actuaciones que ha practicado la Administración—. Por el contrario, si se interpreta sistemáticamente este derecho con el derecho a obtener copias, puede defenderse que el primero alcanza —no obstante su deficiente redacción— al contenido de actuaciones concretas, pues si existe un derecho subjetivo a obtener copias de todos los documentos contenidos en el expediente —y no ya, como disponía la Ley de 1958, de aspectos concretos—, parece evidente que este derecho implica que el derecho de información alcanza también a todos los documentos del procedimiento. Y, en este sentido, el RD 208/1996 —art. 3.1— refiere la información particular «al estado o contenido de los procedimientos en tramitación».

En cuanto al ejercicio de este derecho, la LPAC establece que quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar la información en cuestión en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

Por último, la jurisprudencia ha declarado que este derecho sólo es conculcado —y en consecuencia puede ser tutelado— cuando haya sido ejercido o invocado en concreto por el interesado, sin que la Administración tenga el deber de dar cuenta, por propia iniciativa y sin ser requerida para ello, de todos y cada uno de los trámites o actuaciones que realice en un procedimiento determinado (STS 2-7-2007, Rec. 3.015/2002).

6.3. OTROS DERECHOS RELATIVOS A LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

6.3.1. *El derecho a no presentar datos y documentos*

La LPAC —art. 53.1.d)— reconoce el derecho de los ciudadanos a no presentar datos y documentos en tres supuestos:

— «No exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate» (mandato que reitera el art. 28.3 LPAC). Se trata de una derivación directa del principio de legalidad de la actuación administrativa —art. 103.1 CE—: la Administración sólo está facultada para exigir los documentos que las normas aplicables prevean y no otros distintos. Y así lo declara de forma positiva la LPAC —art. 28.1—, al establecer que los interesados deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas «de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable». Asimismo, los interesados podrán aportar cualquier otro documento que estimen conveniente. En este sentido, la LGT —art. 99.2— declara que los contribuyentes pueden rehusar la presentación de documentos que no resulten exigibles por la normativa aplicable al procedimiento de que se trate. Sin embargo, no es extraño encontrar normas reguladoras de procedimientos que habilitan a la Administración actuante para requerir a los administrados «la aportación de cualquier otra documentación que se considere necesaria para la resolución del procedimiento», en abierta contradicción con el derecho reconocido en la Ley. Supuesto diverso es la exigencia de documentación estrictamente complementaria de la solicitud e imprescindible para resolver, en cuyo caso sí se admite esta facultad (STS 6-3-2008, Ar. 10.5570).

— «Que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas». Ya la Ley 30/1992 reconoció el derecho a no presentar documentos que se encontraran en poder

de la «Administración actuante», lo cual constituyó una importante novedad, si bien algunas disposiciones reglamentarias redujeron el alcance de la expresión «Administración actuante» a un concreto Departamento o centro administrativo, así como impusieron otras condiciones, como exigir que el interesado hiciera constar la fecha y el órgano o dependencia en que fueron presentados o, en su caso, emitidos los documentos, y que no hubiesen transcurrido más de cinco años desde la finalización del procedimiento a que correspondiera el documento entregado. Por su parte, la Ley 11/2007 reconoció el derecho de los ciudadanos a no aportar los datos y documentos que obren en poder no ya de la Administración actuante, sino también de otras Administraciones Públicas, criterio que recoge la LPAC. Las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos que hayan sido aportados anteriormente por el interesado «a cualquier Administración». A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante qué órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados (puesto que, como se ha visto, el interesado debe indicar la Administración a la que aportó los datos o documentos), salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación —art. 28.3—.

— «Que hayan sido elaborados por las Administraciones Públicas». Así, la LPAC —art. 28.2— declara que los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos (en respeto a la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal). Ahora bien, la LPAC —art. 28.2— añade que se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados «salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso» (en este caso, a diferencia del anterior, la presunción no se sustenta en ninguna actuación del interesado). En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Asimismo, debe señalarse que la LPAC —art. 66.5— dispone que los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada en la solicitud respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones.

En el caso de actividades de servicios sujetas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se establece una regla aún más incisiva: «En el caso de documentos emitidos por una autoridad competente ya sea en España (p. ej., por otra Administración distinta a la actuante) o en otro Estado miembro, no se exigirá la presentación de documentos originales o copias compulsadas ni traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria, o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública» —art. 17.3—.

6.3.2. *El derecho a obtener copia sellada de los documentos y a su desglose*

En relación con los documentos que los ciudadanos presentan a la Administración deben diferenciarse dos supuestos: de un lado, los documentos «principales» —solicitudes, alegaciones, comunicaciones, recursos, reclamaciones...— que los interesados dirigen a la Administración; y, de otro lado, los documentos «complementarios» a dichos escritos —certificados, títulos académicos o de otro tipo, otorgamientos de poderes, escrituras públicas...—. Respecto a los primeros, es claro que la Administración debe retener el documento original y, por esta razón, el derecho del ciudadano consiste en la facultad de «exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación» —art. 66.3 LPAC—. Para ello, el registro electrónico emitirá automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos —art. 16.3 LPAC—.

Respecto a lo que hemos llamado antes «documentación complementaria», la Ley 30/1992 no reconoció de forma explícita un derecho a no aportar el documento original, laguna que ha sido subsanada por la LPAC —art. 28.3—: las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario.

Cuando con carácter excepcional, y de acuerdo la normativa reguladora, la Administración solicitara al interesado la presentación de un documento original y éste estuviera en formato papel, el interesado deberá obtener una copia auténtica, con carácter previo a su presentación electrónica. La copia electrónica resultante reflejará expresamente esta circunstancia —art. 28.4—. Asimismo, debe entenderse que la copia permitirá solicitar, en su caso, la devolución (desglose) del documento original una vez finalizado el procedimiento o actuación o de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación.

Además, en el resto de los casos, excepcionalmente, cuando la relevancia del documento en el procedimiento lo exija o existan dudas derivadas de la calidad de la copia, las Administraciones podrán solicitar de manera motivada el cotejo de las copias aportadas por el interesado, para lo que podrán requerir la exhibición del documento o de la información original —art. 28.5—.

FIGURA 5

Presentación de documentos a la Administración

	SE ENTREGA A LA ADMINISTRACIÓN	EL CIUDADANO CONSERVA
ESCRITO PRINCIPAL	DOCUMENTO ORIGINAL	COPIA SELLADA
DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA	COPIA COMPULSADA	DOCUMENTO ORIGINAL

6.4. EL DERECHO A LA ELECCIÓN DE LA LENGUA DEL PROCEDIMIENTO

La LPAC —art. 13.c)— reconoce el derecho de los ciudadanos a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma. La LRJPAC ha seguido en esta cuestión, como ya hiciera antes la Ley 30/1992, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes autonómicas de normalización lingüística. Estas leyes vinieron a reconocer el derecho subjetivo de los ciudadanos a elegir la lengua oficial que deseen en sus comunicaciones con las Administraciones Públicas —con una vocación territorial, frente a todas las Administraciones Públicas, y no solamente frente a la Administración autonómica—. En caso de que en el procedimiento interviniesen varias personas, estas leyes autonómicas establecieron, con buen sentido, que la Administración tiene la obligación de utilizar la lengua que establezcan de mutuo acuerdo las partes. Ahora bien, el problema se presenta en caso de falta de acuerdo entre las partes, originándose entonces un conflicto lingüístico. A este respecto, el Tribunal Constitucional —STC 82/1986— entendió que no puede utilizarse la lengua vernácula si una parte solicita el castellano, porque supondría, por un lado, romper la situación de igualdad de las partes en el procedimiento y, por otro, la vulneración del artículo 3.1 CE.

En este contexto, la LPAC —art. 15.1— se limita a sancionar esta jurisprudencia constitucional a los procedimientos tramitados por los órganos periféricos de la Administración del Estado ubicados en las Comunidades Autónomas provistas, en virtud de sus Estatutos, de un régimen de cooficialidad lingüística. En cambio, respecto a los procedimientos tramitados por las Administraciones autonómicas y las Entidades Locales, la LPAC —art. 15.2— renuncia expresamente a imponer solución alguna, de modo que se remite en bloque a lo que establezca la legislación autonómica.

Lo único que exigió la Ley 30/1992 es que la Administración instructora deberá traducir al castellano los documentos que deban surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma —por ejemplo, en caso de que el expediente constituya pieza de prueba en un proceso penal— «y los dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente». Ahora bien, dado que tal traducción podía ser innecesaria en el caso de Comunidades Autónomas con igual lengua cooficial —como sería el caso de las Islas Baleares en relación con el catalán—, la reforma de la Ley 4/1999, anticipándose a una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional —STC 50/1999—, dispuso que si los documentos deben surtir efecto en el territorio de una Comunidad Autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta al castellano, no será precisa su traducción, criterio que recoge la LPAC —art. 15.3—.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Cívitas, Madrid, 1992.
- EMBED IRUJO, A.: *El ciudadano y la Administración*, INAP, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2012.
- FERNANDO PABLO, M.: *La Ley Común de Procedimiento Administrativo*, Colex, Madrid, 1993.
- GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Los principios generales del procedimiento administrativo», *RAP*, n.º (1992), pp. 19 ss. También en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 91 ss.

- «Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común», *Autonomías*, n.º 16 (1993), pp. 19-35.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», *RAP*, n.º 130 (1992), pp. 97 ss.
- NÚÑEZ GÓMEZ, T.: *Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados*, Atelier, Barcelona, 2005.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- REGO BLANCO, M.^a D.: *La acción popular en el Derecho Administrativo y, en especial, en el Urbanístico*, IAAP, Sevilla, 2005.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: «Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas», *RAP*, n.º 132 (1993), pp. 41-97.
- VVAA: *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Xunta de Galicia-AEPDA, Santiago de Compostela, 2014.

LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1. EL DEBER LEGAL DE DICTAR RESOLUCIÓN EXPRESA

1.1. ASPECTOS GENERALES DEL DEBER LEGAL DE RESOLVER Y NOTIFICAR

Una de las principales garantías administrativas del procedimiento es el deber legal que pesa sobre la Administración que instruye un procedimiento de resolverlo en plazo, deber que entronca con la cláusula del Estado de Derecho —art. 1.1. CE, así como con los valores derivados del mismo —SSTC 188/2003, 220/2003—. En este sentido, la LPAC —art. 21.1— ordena a la Administración a dictar resolución expresa «en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación», por tanto, ya sea a solicitud de persona interesada o de oficio. Esto es lógico, pues sea cual sea la forma de inicio del procedimiento, la Ley obliga a la Administración a su impulso y tramitación de oficio —arts. 71.1 y 75.1 LPAC—.

Ahora bien, la Ley diferencia dos tipos de resoluciones o de formas de cumplimiento de dicho deber. De un lado, la LPAC —art. 21.1— enumera una serie de casos —prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud y desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento— en los cuales la resolución que debe dictar la Administración tiene un carácter eminentemente formal, pues su función se ciñe a declarar la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. Es decir, la resolución en estos supuestos no tiene otro objeto que certificar oficialmente la terminación del procedimiento, para evitar situaciones de incertidumbre.

En cambio, en el resto de los casos —cuando no concurra ninguna de las circunstancias indicadas—, el deber legal de resolver que pesa sobre la Administración la obliga a decidir sobre el fondo del asunto, esto es sobre las pretensiones formuladas en el procedimiento —art. 88.1—. Además, para reforzar este deber, la LPAC —art. 88.5— establece que la Administración no puede en ningún caso abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso —prohibición del *non liquet* ya presente para los jueces y tribunales en el art. 1.7 Código Civil—.

Ahora bien, de este deber de dictar resolución expresa en sentido estricto en plazo, la LPAC —art. 21.1— exceptúa dos supuestos. El primero se refiere a los casos de terminación del procedimiento por pacto o convenio. Esta excepción es plenamente lógica pues en estos casos el acuerdo entre la Administración y el interesado viene a sustituir a la resolución sobre el fondo del asunto —art. 86.1—. Y el otro supuesto legal está referido a los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación previa a la Administración —p. ej., el inicio de determinadas actividades empresariales—. En realidad, en estos casos no se somete a consideración de la Administración pretensión alguna, por lo que nada hay que resolver —art. 69 LPAC—.

1.2. EL PLAZO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR

1.2.1 *El plazo específico para dictar la resolución*

Es evidente que es inviable fijar un plazo único o universal para la resolución de los procedimientos administrativos —como no existe para la resolución de los procesos judiciales—, pues junto a procedimientos muy simples, en los que la Administración actúa de un modo totalmente reglado —p. ej., la solicitud de un funcionario de reconocimiento de un trienio—, existen procedimientos muy complejos, en los que están implicados diversos intereses particulares, colectivos y públicos —p. ej., el procedimiento para la elaboración de un plan urbanístico—. Por esta razón, dado su carácter general, la LPAC —art. 21.2— no fija un plazo común a todo tipo de procedimientos, sino que se remite a la normativa aplicable a cada procedimiento: el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa «será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento».

En principio, el plazo dependerá de la complejidad y trascendencia del objeto de cada procedimiento, si bien la fijación de los plazos debe estar inspirada en un principio de celeridad, como manifestación del principio constitucional de eficacia —art. 103.1 CE—. Piénsese, por ejemplo, en la incidencia de la duración de los procedimientos sobre las decisiones en materia de inversiones por parte de particulares. Ahora bien, tampoco son aquí convenientes los maximalismos, puesto que tanto para el interesado como, sobre todo, para el interés público el objetivo debe ser que la Administración resuelva expresamente, lo cual requiere que el plazo sea aquel que permita, en unas condiciones de funcionamiento razonables, tramitar y resolver el procedimiento ponderando adecuadamente los intereses en presencia. Por ello, puede decirse que el plazo del procedimiento ha de ser el «mínimo necesario».

En este sentido, desde un punto de vista competencial, el Tribunal Constitucional (STC 166/2014) ha señalado que con si bien el Estado puede imponer en ejercicio de su competencia con amparo en el art. 149.1.18 CE el establecimiento de la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado, así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de esa obligación, en cambio no puede imponer a las Comunidades Autónomas un plazo inalterable para cumplir la obligación de resolver, pues éstas han de tener autonomía para poder ponderar, entre otras circunstancias, la dificultad o complejidad de la materia, los informes o trámites necesarios o convenientes para ordenar adecuadamente la intervención de su Administración en ese concreto ámbito, o la capacidad de su propia organización administrativa para asumir ese trabajo; cuestiones todas ellas que inciden forzosamente en la duración previsible de ese procedimiento y, con ello, en la decisión de cuál ha de ser el plazo máximo en que esa Administración debe resolver para cumplir así con la garantía general establecida en este sentido por el legislador estatal de acuerdo con art. 149.1.18 CE.

1.2.2. *Plazo máximo y plazo supletorio para resolver*

Como acaba de verse, el Estado no puede imponer un plazo máximo inalterable. Ahora bien, desde la reforma de la Ley 30/1992 efectuada por la Ley 4/1999, se establece una reserva formal de ley para la fijación de un plazo superior a los seis meses. En este sentido, la LPAC —art. 21.2— establece que el plazo de resolución «no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor, o así venga previsto en la normativa comunitaria europea». Esta reserva formal de ley

viene fundamentalmente a condicionar la capacidad normativa de las Entidades Locales, puesto que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas aprovechan las Leyes anuales de acompañamiento a los presupuestos respectivos para fijar una duración de sus procedimientos superior a la antes indicada.

De otro lado, siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, la LPAC —art. 21.3— establece, como garantía adicional para los ciudadanos, un plazo supletorio, a aplicar en defecto de plazo específico: «Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses». Y este plazo supletorio de tres meses es aplicable a todo tipo de procedimientos. Asimismo, hay que entender que nada impide que las Comunidades Autónomas fijen unos plazos supletorios inferiores para sus procedimientos, sin embargo es cuestionable la fijación de un plazo supletorio general más dilatado (como hace, sin embargo, la Ley de Islas Baleares 3/2003 —art. 50— al fijar un plazo general de seis meses).

1.2.3. Ampliación del plazo para resolver

Dado que lo importante es que la Administración resuelva expresamente el procedimiento, la Ley flexibiliza el plazo máximo para que la Administración esté en condiciones de resolver. Así la LPAC —arts. 21.5 y 23.1— establece que cuando el número de solicitudes formuladas o (de) las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, y sólo una vez agotados todos los medios —personales y materiales— a disposición del órgano competente —y de su superior jerárquico— para cumplir con el despacho adecuado y en plazo (véanse STS de 29 de noviembre de 2012, R.C. 4512/2011; STS de 30 de enero de 2013, R.C. 6753/2009), podrá, «excepcionalmente», acordar la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, mediante acto con motivación clara de las circunstancias concurrentes.

En todo caso, esta ampliación del plazo máximo no podrá ser superior al plazo establecido para la tramitación del procedimiento —art. 32.1—. De este modo, el plazo de ampliación máximo para resolver es el doble que el previsto con carácter general en la propia LPAC —art. 32.1—. Por esta razón, la jurisprudencia ha considerado que no existe inconveniente para aplicar al plazo máximo para resolver la posibilidad genérica de ampliación de plazos contemplada en el artículo 32 de la LPAC (STS 18 de octubre de 2006, Ar. 6.643; STS de 20 de marzo de 2007, Ar. 2.324). Por último, contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno —art. 23.2—.

1.3. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR

1.3.1. Fecha inicial

Para poder conocer en qué momento vence el plazo normativamente previsto para resolver y notificar la resolución de cada procedimiento es preciso determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo.

— *Procedimientos iniciados de oficio.* Cuando el procedimiento se inicia de oficio por la Administración, la LPAC —art. 21.3.a)— declara que la fecha del acuerdo de iniciación es la fecha de comienzo del procedimiento, esto es la que debe figurar preceptivamente en el documento que contiene el acto de incoación. De modo que no

sirven de fecha inicial ni las fechas de las eventuales denuncias y actuaciones o diligencias preparatorias que pueden preceder al acuerdo de inicio del procedimiento (STS-7-2006, Ref. Iustel: §253209; STS 24-1-2007; STS 26-12-2007, Ar. 2008/370, STS 17-3-2009, recurso de casación 4351/2006), como una visita de inspección (STS 12-11-2001, dictada en interés de ley) ni las fechas del registro de salida y de notificación del acto al interesado (que, sin embargo, podrán utilizarse de referencia en defecto de la fecha del acuerdo). No obstante, en algún caso se establece que el plazo se computará a partir de la fecha de publicación del acuerdo de iniciación (Ley 38/2003 General de Subvenciones —art. 25.4—). Asimismo debe señalarse que en relación con los procedimientos tributarios se toma como fecha de inicio la la notificación del acuerdo de incoación (arts. 104 y 212.2 LGT).

— *Procedimientos iniciados a solicitud de interesado*. Dado que en estos casos la solicitud se puede presentar no sólo en el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirija —art. 16.4.a)—, sino también en las oficinas de Correos y en las oficinas de asistencia en materia de registros, si se tomara por fecha de iniciación la de presentación de la solicitud los plazos legales para resolver podrían quedar muy reducidos e, incluso, podría prestarse a abusos por parte de los particulares. Para evitar esta disfuncionalidad, la LPAC —art. 21.3.b)— establece que el cómputo de iniciación del procedimiento se contará a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico «de la Administración u Organismo competente para su tramitación». De este modo, si la presentación es indirecta —a través de Correos, o de una oficina de asistencia en materia de registros —, la fecha de presentación tiene valor a efectos de realización de actuaciones dentro del plazo —p. ej., para interponer un recurso administrativo contra una resolución—, pero la fecha de iniciación del procedimiento es la de recepción efectiva en el órgano competente para su tramitación —p. ej., en el caso anterior el plazo para la resolución del recurso se iniciaría a la entrada del escrito en el registro del órgano competente—. Asimismo, con objeto de evitar un retraso indebido en el inicio del procedimiento, alguna Ley autonómica establece que en ningún caso podrá demorarse el inicio del cómputo del plazo más de diez días hábiles desde la entrada de la solicitud en un registro oficial de la Administración de la Comunidad (Ley Foral de Navarra 15/2004 —art. 45—).

Con todo, como esta fecha puede no constarle al interesado, la LPAC —art. 21.4— establece que en la comunicación que obligatoriamente deben remitir las Administraciones Públicas a los interesados, dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación, debe indicarse, además de la información sobre el plazo del procedimiento y el sentido del silencio, la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente. La Ley establece, además, que, en todo caso, la fecha y hora efectiva de inicio del cómputo de plazos deberá ser comunicada a quien presentó el documento —art. 31.2.c)—. No obstante, la Ley no resuelve qué sucede en aquellos casos en los que no se emite este acuse de recibo. Habría bastado, en nuestra opinión, con declarar por fecha de inicio la de presentación del escrito, que es, al fin y al cabo, la que le consta al interesado.

1.3.2. *Suspensión del plazo para resolver*

La Ley admite la suspensión del plazo máximo legal para resolver un procedimiento —y notificar la resolución— en determinados casos, que la LPAC —art. 22.1 y 2—

ha ampliado considerablemente, diferenciando entre supuestos en los que la suspensión es facultativa («se podrá suspender»), de otros en los que tiene un carácter *ope legis* («se suspenderá»). Los supuestos de carácter facultativo son los que siguen —art. 22.1—:

— Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido para ello —art. 68—. El ámbito principal de este supuesto es el de la solicitud en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, pues parece lógico que el requerimiento de subsanación originado por la solicitud defectuosamente presentada no suponga una reducción del plazo para resolver. Ahora bien, si esto es así, ello obliga a revisar cierta jurisprudencia (STS 10-2-1998) que considera que el plazo para resolver no se computa hasta tanto el solicitante aporta la totalidad de la documentación.

— Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Comunidad Europea, por el tiempo que medie entre la petición y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora —circunstancias ambas que deben comunicarse a los interesados—. El problema es que la Ley no fija a esta causa de suspensión un término máximo de duración.

— Cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de ser notificado.

— Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento. La Ley 30/1992 exigía en este caso que el informe, además de preceptivo, fuese determinante del contenido de la resolución, lo cual dio lugar a dudas para determinar cuándo un informe, además de preceptivo, era determinante. Por su parte, la LPAC suprime esta exigencia adicional, de tal modo que extiende esta causa de suspensión a cualquier informe preceptivo. En nuestra opinión este criterio es cuestionable cuando se trata de informes preceptivos que corresponde emitir a un órgano de la misma Administración, pues en la práctica supone dejar en manos de la Administración ampliar los plazos de cada procedimiento hasta consumir los tres meses de suspensión fijados, de forma indiscriminada, por la Ley. En todo caso, como viene señalando la jurisprudencia, carece de efecto suspensivo la petición de informes facultativos. Asimismo, deben ser informes de una Administración pública, no de una entidad privada o de personas físicas.

— Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente. Alguna norma entiende que esta suspensión se produce desde que se solicitan las pruebas y mientras se realizan y se incorporan sus resultados al expediente.

— Cuando se inicien formalmente negociaciones entre los interesados y la Administración con vistas a la conclusión de un pacto o convenio, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por cualquiera de las partes, ya sea la Administración o los interesados. Este supuesto de suspensión es

coherente con la norma —art. 21.1— que exceptúa del deber legal de resolver los casos de terminación del procedimiento por acuerdo.

— Cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado —así art. 120.1—.

Por su parte, los supuestos en los cuales la suspensión opera automáticamente son los siguientes:

— Cuando una Administración Pública requiera a otra para que anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el que la primera haya de dictar en el ámbito de sus competencias (así art. 39.5), desde que se realiza el requerimiento hasta que se atiende o, en su caso, se resuelva el recurso interpuesto ante la jurisdicción contencioso administrativa. Deberá ser comunicado a los interesados tanto la realización del requerimiento, como su cumplimiento o, en su caso, la resolución del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

— Cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria, desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones complementarias hasta que se produzca su terminación (las actuaciones complementarias deben practicarse en un plazo no superior a 15 días —art. 87—).

— Cuando los interesados promuevan la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, desde que ésta se plantee hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado (en coherencia con lo dispuesto en el art. 74).

— En los procedimientos iniciados de oficio, cuando se paralicen por causa imputable al interesado «se interrumpirá» el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución —art. 25.2 LPAC—. No obstante, debe señalarse que un sector de la doctrina considera que los procedimientos iniciados de oficio con efectos de gravamen para su destinatario no pueden paralizarse por causa imputable al interesado (CABALLERO SÁNCHEZ, SANTAMARÍA). Finalmente, para que se produzca la suspensión del cómputo del plazo para resolver es necesaria una decisión formal de suspensión, que debe adoptarse antes de que concluya el plazo máximo de resolución, es decir, antes de que haya caducado (STS 7-3-2005, Rec. 8.886/1999; STS 4-3-2008, Rec. 2.699/2005).

1.3.3. *Fecha final*

La Ley 30/1992, en su versión original, se limitó a obligar a la Administración a dictar resolución dentro del plazo legal, pero sin que debiera en tal plazo notificarse la resolución a los destinatarios. Esta normativa generó, desde el punto de vista de los administrados, una situación de incertidumbre sobre el cumplimiento o no por parte de la Administración del deber legal de resolver en plazo a partir de la fecha de vencimiento del plazo de resolver, y dio pie en ocasiones a prácticas fraudulentas por parte de la Administración (como antedatar la fecha de resolución para burlar el eventual sentido estimatorio del silencio administrativo).

Por esta razón, a partir la reforma operada por la Ley 4/1999, la Ley obligó a la Administración no sólo a resolver dentro del plazo, sino también a notificar la resolución dentro de dicho plazo, criterio seguido por la LPAC —arts. 21.1, 2, 22.1 y 2,

23.1, 24.1—. Y, en este sentido, la jurisprudencia tiene establecido que el *dies ad quem* del plazo de caducidad del procedimiento es el de notificación de la resolución del mismo (STS 12-11-2001, dictada en interés de ley). Tanto es así que se ha considerado irrelevante que no conste la fecha en que se dicta la resolución si se notifica dentro de plazo para resolver y notificar (SAN de 3 de abril de 2007, Ar. 377). Ahora bien, la LPAC —art. 40.4— precisa que, a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, «será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado». De este modo, en tales casos la resolución cuya notificación se haya intentado o ha sido deficiente podrá ser ineficaz —art. 40.3—, pero se habrá evitado que se produzca el silencio administrativo (en particular, estimatorio).

1.4. LA CADUCIDAD POR INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN O PERENCIÓN

La falta de resolución expresa y notificación en plazo, cuando ésta no es imputable al interesado, de tal modo que se puede hablar de una «inactividad formal de la Administración», genera dos tipos de efectos. Uno, meramente eventual, es la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria a los titulares de los órganos competentes para instruir y resolver —art. 21.6 LPAC—, lo cual exige la incoación de un específico procedimiento disciplinario. Pero, al margen de estas eventuales consecuencias disciplinarias, interesa, sobre todo, determinar los efectos que produce la falta de resolución respecto al procedimiento mismo, lo cual se traduce en la activación de las técnicas de la caducidad o del silencio administrativo, según los casos (una panorámica general sobre los efectos de la paralización del procedimiento: figura 1).

FIGURA 1

Efectos de la paralización del procedimiento

PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO		
CLASE DE PROCEDIMIENTO	IMPUTABLE AL INTERESADO	INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
INICIADO A SOLICITUD DE INTERESADO	ADVERTENCIA ↓ CADUCIDAD	SILENCIO ADMINISTRATIVO ESTIMATORIO O DESESTIMATORIO
INICIADO DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN	INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN Y NOTIFICACIÓN	PROCEDIMIENTOS CON EFECTOS FAVORABLES → SILENCIO ADMINISTRATIVO DESESTIMATORIO
		PROCEDIMIENTOS CON EFECTOS DESFAVORABLES → CADUCIDAD

Esta caducidad, también llamada perención, se aplica —art. 25.1.b)— a los procedimientos iniciados de oficio por la Administración susceptibles de producir efec-

tos desfavorables o de gravamen a los ciudadanos —procedimientos sancionadores, de intervención...—. En estos casos, por tanto, la caducidad del procedimiento beneficia al interesado, en virtud del principio de seguridad jurídica. En su día fue una novedad de la Ley 30/1992, si bien la jurisprudencia ya había aplicado esta figura a determinados procedimientos como los sancionadores. Como ha señalado el Supremo, la caducidad en estos procedimientos obedece a los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y tutela judicial efectiva, en su manifestación como derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas con el fin de evitar que pueda recaer una resolución de gravamen o limitativa de derechos extemporánea, fuera ya de los plazos razonables en que se debiera esperar, que no son otros que los plazos máximos de duración del procedimiento (STS 12-7-2010, Rec. 3946/2006).

De los términos de la LPAC («el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa... *producirá* la caducidad», «la resolución que *declare* la caducidad») se infiere que la caducidad tiene lugar *ope legis* (SSTS 22-11-2007, Ar. 8405; 3-6-2008, Rec. 35/2007), por el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, y que la resolución es meramente declaratoria, limitándose, como señala la LPAC —art. 21.1— a declarar los hechos producidos (el vencimiento del plazo), la circunstancia acaecida (la caducidad) y las normas aplicables.

Más aún, la jurisprudencia ha llegado considerado derogado tácitamente por la Ley 30/1992 algún precepto legal que exigía para que se produjera la caducidad, además del vencimiento del plazo para resolver, una denuncia de mora y el transcurso de un plazo adicional sin resolver a partir de la misma (SSTS 7-3-2007, Rec. 219/2002; 25-9-2008, Rec. 7092/2005, ambas sobre el procedimiento de declaración de bienes de interés cultural en la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español).

Por todo ello, la equívoca declaración legal —art. 25.1— según la cual, en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa «no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver», debe interpretarse en el sentido de que la Ley no se refiere aquí a la resolución en sentido estricto, que decide el fondo del asunto —tal como sucede en los casos en los que es aplicable el silencio administrativo desestimatorio—, sino a esa resolución formal de tipo declaratorio a la que alude la propia Ley —art. 21.1—. De este modo, debe entenderse que si, una vez caducado el procedimiento, la Administración dicta una resolución sobre el fondo del asunto (p. ej., una sanción), tal resolución es inválida (STS 28-6-2004, Rec. 791/2001).

Asimismo, aunque esta caducidad opera de forma automática, *ex lege*, sin necesidad de requerimiento previo, nada impide que el interesado pueda solicitar su declaración y una certificación de la misma (STS 30-11-2005, Ref. Iustel: § 246340). Y, en este sentido, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de los interesados a recurrir contra la inactividad de la Administración consistente en no declarar la caducidad (STS 18 de enero de 2007, Rec. 9055/2003; STS 29 de marzo de 2007, Rec. 950/2004).

En cuanto a los efectos de esta caducidad, la Ley —art. 25.1.b)— dispone que la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, «con los efectos previstos en el art. 95». Por tanto, la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración (STS 12-6-2003, recurso de casación en interés de ley n.º 18/2002, STS 11-11-2005, Ref. Iustel: §246105), «pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» —art. 95.3—, en este caso de las acciones de la Administración —igualmente, art. 104.5 LGT para los procedimientos tributarios—. Así, por ejemplo, en el caso de procedimientos sancionadores, el tiempo consumido por el procedimiento caducado será también tiempo

consumido del plazo de prescripción de la infracción, pues las actuaciones caducadas deben entenderse, a estos efectos, como no realizadas. No obstante, debe observarse que hay casos en los que la acción de la Administración no está sujeta a prescripción. En estos supuestos la caducidad del procedimiento tiene por efecto desapoderar temporalmente a la Administración para que reanude la acción. Así, por ejemplo, la facultad de la Administración de declarar a un bien como «bien de interés cultural» no está sujeta a prescripción, pero la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español —art. 9.3— establece que «caducado el expediente, no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular».

Por último, se ha planteado la cuestión de si las actuaciones realizadas en el curso de un procedimiento caducado (como documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dicho procedimiento) pueden conservar validez y eficacia en un ulterior procedimiento que pueda iniciar la Administración sobre el mismo asunto y con el mismo interesado, de tal modo que no sea preciso repetirlas. A este respecto, la jurisprudencia ha declarado que la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tengan un valor independiente, como son las actas e informes, que podrán incorporarse al nuevo expediente (STS 24-9-2001, Ar. 3121). En este sentido, la LPAC —art. 95.3—, siguiendo el criterio establecido en relación con los procedimientos tributarios —art. 104.5 Ley General Tributaria—, ha introducido un precepto nuevo, según el cual en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

2. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: CONFIGURACIÓN

2.1. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En los casos de inactividad formal de la Administración, esto es, cuando vence el plazo máximo para resolver y notificar un procedimiento sin que la Administración cumpla su deber legal, y sin que tal circunstancia sea imputable al interesado, el ordenamiento reacciona de dos formas. Cuando se trata de procedimientos iniciados de oficio por la Administración susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen a los ciudadanos, acabamos de ver que la Ley —art. 25.1.b)— prevé la técnica de la caducidad por inactividad de la Administración o perención, cuyo único efecto directo consiste en dar por terminado el procedimiento, como garantía de seguridad jurídica para los afectados. Pero la caducidad para nada prejuzga el fondo del asunto. Así, por ejemplo, la declaración de caducidad de un procedimiento sancionador no significa, en modo alguno, que el inculpado sea considerado no responsable de los hechos imputados, de modo que no impide iniciar un nuevo procedimiento sancionador respecto de los mismos hechos y sujetos, siempre que no haya prescrito la infracción en cuestión.

Ahora bien, cuando se trata de procedimientos iniciados a solicitud de interesado, y en concreto en aquellos supuestos en los que la Administración debe autorizar o denegar el ejercicio de una actividad que se pretende realizar o debe resolver una solicitud de otra índole —petición, reclamación, recurso, reconocimiento de un derecho frente a la Administración...—, así como en los procedimientos iniciados de oficio por la Administración de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas —como los supuestos de

convocatorias de subvenciones, de licitación de contratos administrativos...—, en estos casos el legislador considera que no es suficiente con dar por concluido el procedimiento —mediante la técnica de la caducidad—, sino que es preciso articular una técnica que permita ofrecer una respuesta al fondo del asunto, esto es a las pretensiones formuladas por los interesados en el procedimiento. Y esta técnica es el «silencio administrativo», en virtud del cual al simple hecho jurídico que surge cuando vence el plazo máximo para resolver y notificar un procedimiento sin que la Administración cumpla su deber legal, la Ley asigna un significado en orden a la cuestión de fondo, esto es la concesión o denegación de lo solicitado o pretendido por los interesados.

En todo caso, importa subrayar que no debe perderse de vista que el silencio administrativo nace porque la Administración incumple el deber legal de dictar y notificar resolución expresa en plazo, y que la técnica del silencio administrativo tiene por objeto servir de *garantía administrativa* para los ciudadanos frente a dicha inactividad, de modo que debe descartarse cualquier interpretación que favorezca a la Administración que ha incumplido el deber legal de resolver expresamente en plazo —SSTC 6/1986, 204/1987, 188/2003, 220/2003—. Pero, a partir de aquí, deben ya diferenciarse las dos clases de silencio administrativo, pues su naturaleza y régimen jurídico son profundamente dispares.

2.2. CLASES DE SILENCIO ADMINISTRATIVO

2.2.1. *Silencio administrativo desestimatorio*

En estos casos el interesado «puede» considerar que su pretensión ha sido desestimada por silencio administrativo, a «los solos efectos de posibilitar la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente» —art. 24.2 LPAC—. Es decir, en este supuesto, el silencio administrativo no produce un verdadero acto administrativo, sino que tiene por exclusiva función «ofrecer» una ficción legal con objeto de hacer efectivo el derecho a la tutela judicial, abriendo la vía de recurso, administrativo o contencioso-administrativo, que proceda.

El silencio negativo surgió históricamente como una necesidad derivada del tradicional carácter «revisor» del recurso contencioso-administrativo, en el sentido de que para acudir a la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo se consideraba necesario un acto imputable a la Administración (en este caso un acto ficticio) que sirviera de presupuesto al proceso contencioso-administrativo. Por ello, siempre se ha considerado que el silencio negativo no es equiparable a un acto administrativo, sino que es una simple ficción legal a los efectos exclusivamente procesales de abrir el recurso procedente.

Asimismo, dado que en los procedimientos que tengan asignado un silencio desestimatorio el vencimiento del plazo no supone la generación por ministerio de la Ley de un acto presunto desestimatorio, sino que simplemente se ofrece al interesado la posibilidad de entender desestimada su pretensión a los solos efectos de posibilitar la interposición del recurso que resulte procedente, debe entenderse que en los procedimientos iniciados a solicitud de particular nada impide que el interesado pueda optar, en lugar de recurrir, por reiterar su solicitud, sin que pueda oponérsele la excepción de «acto confirmatorio» —art. 28 LJCA—, puesto que en puridad no existe acto denegatorio alguno y, de hecho, sobre la Administración sigue pesando el deber legal de resolver (BAÑO LEÓN), y así ha sido declarado por la jurisprudencia (STS 19-7-2006, Ref. Iustel: § 254957).

2.2.2. *Silencio administrativo estimatorio*

En estos casos la perfección del silencio administrativo significa la aprobación de la pretensión formulada por el particular, es decir, la norma suple la inactividad de la Administración, concediendo *ope legis* al particular lo solicitado. De este modo, y a diferencia de lo que sucede en el silencio desestimatorio, el silencio estimatorio da lugar a la producción de un verdadero acto administrativo —art. 24.4—, si bien «presunto». Así, la LPAC —art. 24.2— declara inequívocamente que la estimación por silencio administrativo «tiene a todos los efectos la consideración de *acto administrativo* finalizador del procedimiento». Se trata, por tanto, de un acto (presunto) declarativo de derechos, con independencia de su conformidad o no con el ordenamiento.

Con esta configuración del silencio estimatorio, la LPAC, al igual que la Ley 30/1992, trata de desterrar definitivamente otra orientación legal —presente, p. ej., en la legislación urbanística— que declara que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades contrarias a las prescripciones legales, y que si bien pudiera ser ventajosa desde la perspectiva de los intereses públicos, presenta el serio inconveniente de que da lugar a una situación de notable precariedad o inseguridad jurídica, pues la Administración podría considerar «inexistentes» a estos actos (presuntos) contrarios al ordenamiento. De este modo, en el caso de errores de buena fe en la solicitud sobre qué es lo permitido por el ordenamiento, las consecuencias patrimoniales debían ser soportadas por el particular, y ello pesar de que la Administración había incumplido su deber legal de resolver expresamente la resolución. Por el contrario, de acuerdo con la LPAC, parece claro que aun cuando el acto obtenido por silencio administrativo pudiera ser contrario al ordenamiento —p. ej., por carecer el solicitante de alguno de los requisitos establecidos en la normativa correspondiente—, la Administración no podrá ignorarlo como si no existiese, y si pretende anularlo deberá seguir para ello los procedimientos establecidos para la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos —arts. 106 y 107 LPAC—.

Con todo, debe señalarse que la jurisprudencia sigue aplicando en el ámbito del urbanismo la tradicional prohibición de la adquisición de derechos o facultades contrarias al ordenamiento jurídico (STS 31-3-2004, Rec. 6205/2001; STS 27-2-2007, Rec. 5184/2003), criterio que se ha visto explicitado en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (art. 11.3 del RDL 7/2015), entendiendo la jurisprudencia (STS 28-1-2009, Rec. 45/207, recurso de casación en interés de ley) que se trata de una salvedad a la regla general de la LPAC, permitida por el art. 24.1 de la propia LPAC («excepto en los supuestos que una norma con rango de ley establezca lo contrario»), argumento un tanto forzado pues la LPAC contempla aquí excepciones a la regla general del silencio estimatorio, pero no una configuración distinta de éste.

3. SUPUESTOS DE SILENCIO ESTIMATORIO Y DESESTIMATORIO

3.1. PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DE INTERESADO

3.1.1. *Observaciones generales*

Inicialmente, corresponde a las normas reguladoras de cada procedimiento optar por una u otra modalidad de silencio administrativo. Se trata, asimismo, de una determinación normativa estrechamente ligada a la fijación del plazo de duración del procedimiento correspondiente, en el sentido de que puede ser razonable fijar un

plazo amplio completado por un silencio estimatorio, o bien un plazo breve acompañado de un silencio desestimatorio; pero no parece razonable, desde la perspectiva de los ciudadanos fijar un plazo dilatado, para al fin y a la postre encontrarse el interesado con un silencio desestimatorio; ni tampoco parece razonable, ahora desde la perspectiva del interés público, combinar un plazo excesivamente breve con un silencio estimatorio.

En todo caso, la opción entre una y otra modalidad de silencio está también orientada por criterios de política normativa, en ocasiones voluntaristas pero poco efectivos. Ciertamente, el silencio desestimatorio, como garantía administrativa, tiene un valor francamente escaso, pues permite a la Administración realizar un uso «táctico» del silencio administrativo (MORILLO-VELARDE PÉREZ), eludiendo de paso los deberes legales de motivar y notificar la resolución, tal como ha denunciado reiteradamente el Defensor del Pueblo. De aquí, que la Ley 30/1992 tratase de potenciar el silencio estimatorio, evidentemente más favorable para los intereses de los solicitantes, pretendiendo convertir el silencio estimatorio en regla general para los procedimientos iniciados a solicitud de interesado. Criterio que, además, se ha visto impulsado para las tendencias actuales orientadas a la simplificación de las trabas administrativas a la iniciativa privada, en las que se enmarca la importante Directiva 123/2006 de servicios en el mercado interior. Sin embargo, aun cuando puede compartirse esta pauta general favorable al silencio positivo, lo cierto es que el silencio estimatorio no siempre puede resultar factible o, incluso, deseable.

En efecto, como señala la doctrina (MORILLO-VELARDE PÉREZ), el silencio administrativo positivo puede ser operativo ante la pasividad de la Administración en el ejercicio de potestades de policía y control, expresadas en actos como autorizaciones, aprobaciones, licencias, etc., donde, en su caso, la inhibición administrativa puede satisfacer la pretensión del particular. Sin embargo, cuando se trata de solicitudes de contenido prestacional, que precisan de una actividad material a cargo de la propia Administración a la que se formula la solicitud —p. ej., la concesión de una prestación económica o el acceso a un establecimiento público—, el silencio positivo deja de ser operativo, a pesar del voluntarismo legal, pues no permite satisfacer por sí mismo la pretensión formulada por el interesado, obligando a éste a instar la tutela judicial.

Además, en determinados procedimientos, aun siendo factible el silencio administrativo, no es deseable desde el punto de vista de los intereses públicos, pues se trata de controlar actividades que comportan un riesgo potencial considerable para bienes e intereses públicos de primera magnitud —como la seguridad y salud públicas, o el medio ambiente—, de tal modo que no parece razonable que, a pesar de la inactividad de la Administración, puedan iniciarse tales actividades —p. ej., una instalación de eliminación de residuos radiactivos o una fábrica de explosivos— sin controles mínimos previos (así ARZOZ SANTISTEBAN).

A ello debe unirse que, aunque la Administración puede reaccionar contra el acto presunto ilegal, esta anulación puede comportar la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual en la práctica significará que, salvo en casos estrictamente excepcionales, la Administración no revise tales actos, consolidándose el acto presunto ilegal. Y, finalmente, deben denunciarse ciertas prácticas —sobre todo en el ámbito urbanístico— en virtud de las cuales se lleva a cabo por algunas autoridades un uso táctico del silencio estimatorio con objeto de eludir las eventuales responsabilidades que pudiera generar una resolución expresa ilegal. Por todo ello debería reconsiderarse la tendencia a la generalización del silencio positivo (J. A. GARCÍA-TREVIJANO).

3.1.2. *Supuestos de silencio administrativo desestimatorio*

— *Supuestos generales.* Siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, la LPAC —art. 24.1— ordena el silencio negativo para los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al *dominio público* o al *servicio público*, es decir, bienes y actividades de los que es titular la Administración. En estos casos se aplica siempre el silencio desestimatorio, puesto que se concede a los particulares un aprovechamiento especial o privativo sobre bienes de titularidad pública —p. ej., la ocupación de la playa, que es dominio público, para unas instalaciones recreativas—, o la explotación de una actividad reservada legalmente al sector público por considerarse un servicio esencial —art. 128.2 CE, si bien se trata de supuestos cada vez más excepcionales—. Ahora bien, la LPAC ha añadido un supuesto más genérico de silencio desestimatorio: aquellos cuya estimación implicase el «ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente». Dado su alcance transversal (pues el medio ambiente puede verse afectado en múltiples de sectores o materias) e indeterminado («que puedan dañar»), el alcance de esta silencio desestimatorio será sin duda problemático.

— *Supuestos específicos.* La Ley 30/1992, en su versión inicial, permitía que las normas ordenadoras de los procedimientos administrativos, tanto legales como reglamentarias, pudieran optar por fijar el silencio negativo, salvo en determinados supuestos para los que la Ley 30/1992 fijaba directamente el silencio positivo. El resultado fue que, por vía reglamentaria, se extendió considerablemente la opción del silencio negativo, en contra de los propósitos enunciados por el legislador. Por este motivo, la Ley 4/1999 optó por establecer una autorreserva de Ley para la fijación del silencio desestimatorio, de tal modo que únicamente mediante norma con rango de Ley puede fijarse el silencio desestimatorio para un procedimiento —salvo los supuestos generales antes referidos—. Asimismo, en el marco de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, esta reserva formal de ley ha sido reforzada formalmente (Ley 25/2009, de 22 de diciembre), al exigirse cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, que la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deba fundarse en la concurrencia de «razones imperiosas de interés general» (concepto que debe ser interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de UE).

Sin embargo, aun cuando la opción del legislador pueda considerarse bien intencionada, al igual que sucedía con la autorreserva de Ley en materia de fijación del plazo del procedimiento, esta determinación ha venido, fundamentalmente, a condicionar la capacidad normativa de las Entidades Locales. Posiblemente el legislador ha pasado por alto —como tantas otras leyes estatales— la peculiar posición en nuestro sistema de las Entidades Locales, desprovistas de potestad legislativa, pero con una autonomía política constitucionalmente garantizada y una potestad normativa de la que es titular un órgano democráticamente representativo. Por lo demás, la propia LPAC fija el silencio desestimatorio en determinadas categorías de procedimientos: impugnación de actos y disposiciones —salvo en un supuesto particular—, o reclamaciones de responsabilidad patrimonial —art. 24.1—.

De otro lado, la Ley 30/1992 dispuso que se aplicará también el silencio desestimatorio cuando así se establezca en norma de Derecho Comunitario Europeo, criterio que sigue la LPAC, añadiendo la posibilidad de que el silencio desestimatorio sea fijado por una norma de Derecho Internacional aplicable en España. Y, a este respecto, debe tenerse en cuenta que, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comu-

nidades Europeas se deduce —sentencias 28/2/1991, asuntos C-360/1987 y C-131/88, y de 14-6-2001, asunto C-230/2000— que cuando una norma comunitaria —p. ej., una Directiva en materia de medio ambiente— obliga a la Administración a realizar un control preventivo —p. ej., una inspección o un estudio—, o bien exige la obtención de un permiso «escrito», en estos casos la autorización ha de resultar siempre de un acto expreso, de modo que el criterio del silencio positivo es incompatible con la norma comunitaria.

3.1.3. *Supuestos de silencio administrativo estimatorio*

— *Supuestos específicos.* A diferencia del silencio negativo, las normas que ordenan los procedimientos administrativos, incluidas las normas reglamentarias, pueden fijar expresamente el silencio estimatorio de sus procedimientos, salvo naturalmente en los supuestos generales antes indicados en los que la propia LPAC impone el silencio negativo.

— *Cláusula supletoria.* La Ley 30/1992 invirtió el criterio de la Ley de Procedimiento de 1958 favorable al silencio negativo, de tal modo que, a falta de determinación en contra —que, como acabamos de ver, desde la Ley 4/1999 debe, además, estar contenida en norma con rango de Ley—, los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, criterio que mantiene la LPAC —art. 24.1—. La cuestión es si esta cláusula general favorable al silencio administrativo puede aplicarse a cualquier solicitud al margen de un procedimiento específicamente previsto (en sentido favorable parece entenderlo la STS 9-12-2010, Rec. 1.927/2008).

FIGURA 2

Garantías legales en materia de plazo de resolución y silencio administrativo

	EN MATERIA DE PLAZO	EN MATERIA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO
RESERVA FORMAL DE LEY	PARA FIJAR UN PLAZO SUPERIOR A 6 MESES	PARA FIJAR SILENCIO DESESTIMATORIO (—)
REGLA SUPLETORIA	3 MESES	SILENCIO ESTIMATORIO (+)

3.2. PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN

En los casos de procedimientos iniciados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, la situación es mucho más sencilla, puesto que la LPAC —art. 25.1.a)— impone, sin excepción, la aplicación del silencio administrativo negativo, es decir, los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones. Ello es lógico, puesto que en estos procedimientos será frecuente la existencia de una pluralidad de interesados con pretensiones contrapuestas o incompatibles entre sí —caso de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva—.

3.3. LA INFORMACIÓN SOBRE EL SENTIDO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Dado lo convencional e, incluso, arbitrario que puede ser el sentido del silencio en cada procedimiento (y la duración del mismo), la LPAC —art. 21.4— impone a las Administraciones Públicas dos deberes de información sobre estas determinaciones normativas: uno de carácter general, dirigido a los ciudadanos, y otro de carácter particular, dirigido a los interesados en un concreto procedimiento. Como deber de información general, la LPAC —art. 21.4— obliga a las Administraciones Públicas a publicar y mantener actualizadas en el portal web, a efectos informativos, las «relaciones de procedimientos» de su competencia, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo. Debe entenderse que se trata de un deber de publicidad activa, cuyo cumplimiento puede ser exigido de acuerdo con lo dispuesto en la LTBG.

Al anterior deber de información general, ya previsto en la Ley 30/1992, la reforma operada por la Ley 4/1999 añadió un fundamental deber de información particular, recogido en la LPAC —art. 21.4—, y en virtud del cual las Administraciones Públicas deben informar a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo (o —habría que añadir— la caducidad). Esta información debe facilitarse en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que la Administración debe «dirigir» a los interesados dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación —el llamado «acuse de recibo» de la solicitud—.

Este deber de información fue objeto de desarrollo por Real Decreto 137/2010, de 12 de febrero (no derogado por la LPAC), el cual incluye otras informaciones de interés —como los medios a los que acudir para obtener información sobre el estado de tramitación del procedimiento—, si bien debe señalarse que esta disposición es aplicable exclusivamente a la Administración del Estado. Por su parte, el Tribunal Supremo ha declarado (STS 23-1-2004, recurso de casación en interés de Ley n.º 30-2003) que «en tanto las Administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere, los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr».

4. PERFECCIONAMIENTO Y ACREDITACIÓN DEL SILENCIO

4.1. PERFECCIONAMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo se perfecciona de forma diversa según se trate de silencio estimatorio o desestimatorio.

— *Silencio estimatorio*. La LPAC —art. 24.4— establece que los actos administrativos producidos por silencio administrativo (supuesto que, como se ha señalado, sólo sucede en el caso de silencio estimatorio) «producen sus efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido». Por tanto, este silencio se perfecciona *ope legis*, por el simple vencimiento del plazo para resolver (y notificar), sin que sea preciso que el interesado realice actuación alguna —p. ej., solicitando la emisión de una certificación del acto presunto—. Ello es lógico pues la norma no viene sino a conceder lo que

el interesado solicitó, de tal modo que carece de sentido exigir al interesado una actuación adicional, lo cual supondría hacer derivar del incumplimiento de la Administración de sus deberes la imposición de una carga para el ciudadano.

— *Silencio desestimatorio*. Dada su limitada finalidad, la producción del silencio desestimatorio no tiene un carácter automático, por el simple transcurso del plazo legal para resolver y notificar, sino que debe entenderse como una posibilidad que la norma «ofrece» al interesado y de la que podrá o no hacer uso. En concreto, el interesado podrá elegir entre varias opciones: esperar a que la Administración dicte un resolución tardía —como se verá más adelante—, reiterar su solicitud o pretensión, abriendo un nuevo plazo de resolución —según se vio antes— o dar por desestimada su pretensión —activando el silencio desestimatorio— mediante la interposición del recurso procedente, pero sin que una u otra opción deba suponer una merma de sus derechos y garantías, criterio este que comporta importantes consecuencias en orden a la no preclusión de los plazos para reaccionar contra la inactividad formal de la Administración (MORILLO-VELARDE PÉREZ).

4.2. LA CERTIFICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO ESTIMATORIO

En el caso de silencio administrativo estimatorio, una vez producido el acto presunto estimatorio, el particular puede precisar en sus relaciones con terceros —otra Administración o particulares— acreditar que ha obtenido acto administrativo por vía de silencio —p. ej., un promotor que solicita un crédito a una entidad financiera—. En tal caso, la LPAC —art. 24.4— declara que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, «y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido». La reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999 dispuso que el solicitante podía solicitar este certificado (sin fijar un plazo para ello). Por su parte, la LPAC dispone que este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver. En todo caso, debe subrayarse que, como corresponde a cualquier certificación —como declaración de conocimiento—, se limita a hacer constar la existencia del acto presunto ya perfeccionado, de modo que la certificación no es condición de eficacia del silencio sino simple medio de prueba del mismo, ni menos aún puede la Administración, en el acto de certificar, alterar el sentido del silencio que corresponda al procedimiento.

Por otro lado, en algún caso se impone al solicitante que ha obtenido la autorización o licencia por silencio estimatorio la obligación de comunicar a la Administración el inicio de la actividad con una antelación determinada (caso de determinadas leyes autonómicas sobre urbanismo en relación con la licencia de edificación y uso del suelo). Ahora bien, debe entenderse que el incumplimiento de esta comunicación previa no afecta en absoluto a la perfección del silencio estimatorio, que tuvo lugar —como se ha dicho antes— en la fecha de vencimiento del plazo para resolver —y notificar— la resolución, y, ello sin perjuicio, de que puedan derivarse de dicho incumplimiento otras consecuencias (p. ej., de carácter sancionador).

5. LAS RESOLUCIONES TARDÍAS

Una vez vencido el plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución, cabe aún la posibilidad de que la Administración dicte una resolución expresa —llamada «tardía»—. En tales casos, debe determinarse si dicha resolución extemporánea o tardía es lícita o, por el contrario, ilegal. Para ello, deben diferenciarse, una vez más, las dos categorías de silencio administrativo (figura 3).

FIGURA 3

Silencio administrativo y resoluciones tardías

	RESOLUCIONES TARDÍAS ESTIMATORIAS (+)	RESOLUCIONES TARDÍAS DENEGATORIAS (—)
SILENCIO ADMINISTRATIVO DESESTIMATORIO (—)	LÍCITA	LÍCITA
SILENCIO ADMINISTRATIVO ESTIMATORIO (+)	LÍCITA	ILEGAL

5.1. SILENCIO ADMINISTRATIVO DESESTIMATORIO

En este caso, dado que el simple vencimiento del plazo para resolver y notificar no produce un verdadero acto administrativo, sino que simplemente se ofrece al interesado la posibilidad de entender desestimada (por silencio) su pretensión, hasta tanto se decide el interesado, la LPAC —art. 24.3.b)— faculta a la Administración para adoptar una resolución expresa tardía «sin vinculación alguna al sentido del silencio». Es decir, aun cuando el plazo para resolver haya vencido, la Administración puede dictar tanto una resolución estimatoria como desestimatoria de la pretensión, pues lo cierto es que, desde el punto de vista del interesado, dado que el silencio administrativo es desestimatorio, no tiene nada que perder (STS 6-10-2009). Más aún, la exposición de motivos de la Ley declara que la Administración sigue teniendo la obligación de resolver expresamente. No obstante, aún pueden diferenciarse dos posibilidades:

— *Resolución tardía estimatoria.* Si la resolución tardía es estimatoria, el solicitante obtiene lo pretendido y se evita el pleito. Ahora bien, dado que en principio no existe límite temporal para que el interesado espere la resolución tardía y, consecuentemente, la Administración la dicte, esta situación plantea problemas de seguridad jurídica desde la perspectiva de terceros contrainterésados, respecto a los cuales una eventual resolución tardía favorable al particular que cursó la pretensión —p. ej., un recurso planteado por un opositor excluido de un concurso— podría ser, en cambio, contraria a sus intereses —caso de opositores competidores a los que se adjudicó plaza—. En tales casos, la doctrina (GÓMEZ-FERRER MORANT) entiende que la Administración debe responder frente a esos terceros de su retraso, de modo que podrán reclamar a la Administración de los daños y perjuicios —arts. 32 ss. LRJSP—.

— *Resolución tardía desestimatoria.* En estos casos, aun cuando la resolución tardía desestimatoria no satisface la pretensión del solicitante, el interesado dispon-

drá, al menos, de una notificación con el contenido de la resolución y, en su caso, su motivación, así como la información relativa a los recursos procedentes. Asimismo, la resolución tardía desestimatoria reabre los plazos para recurrir en el caso de que se entienda que han precluido —STC 204/1987—. En efecto, la resolución expresa desestimatoria en ningún caso tiene carácter de resolución confirmatoria de un acto (presunto) desestimatorio anterior, puesto que el silencio desestimatorio —según se ha dicho— no constituye un acto propiamente dicho —que pueda ser objeto de confirmación o revocación—, sino una simple ficción legal. Más aún, en puridad, aún ni siquiera se ha producido el silencio desestimatorio, el cual no se perfecciona hasta tanto el interesado no dé por desestimada su pretensión mediante la interposición del recurso procedente.

5.2. SILENCIO ADMINISTRATIVO ESTIMATORIO

En este caso, dado que, a diferencia del anterior, el silencio administrativo estimatorio sí produce un verdadero acto administrativo —presunto— con efectos favorables para el interesado, es decir, un acto declarativo de derechos, la LPAC —art. 24.4.a)— establece que «la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo». A partir de aquí, deben diferenciarse dos posibilidades:

— *Resolución tardía estimatoria*. En el caso de silencio positivo, la resolución tardía también estimatoria tiene el carácter de acto «confirmatorio» de dicho silencio —art. 28 LJCA—, de tal modo que no reabre plazo para impugnación del acto estimatorio original (y presunto) por parte de un tercero.

— *Resolución tardía desestimatoria*. Del art. 24.3.a) se infiere inequívocamente que, en el caso de silencio estimatorio, la resolución tardía desestimatoria es ilegal —incluso nula de pleno derecho, en virtud del art. 47.1.e)—. Y ello es así sin condicionamientos legales, es decir, en aras de la seguridad jurídica, no se condiciona la producción de los efectos estimatorios del acto a que la pretensión se ajuste efectivamente al ordenamiento jurídico. Por tanto, la Administración no podrá ignorar este acto presunto, y si desea anularlo por considerarlo ilegal —acto presunto *contra legem*—, deberá seguir los procedimientos establecidos para la revisión de oficio de los actos administrativos favorables para los interesados —arts. 106 y 107 LPAC—, tal como ha señalado la jurisprudencia (STS 10-7-2006, Ref. Iustel: §254493; STS 27-4-2007, Ar. 3157).

Como señala el Supremo, lo que «no resulta posible es desvirtuar la regulación del silencio positivo, para evitar que los actos obtenidos en su virtud tengan los mismos efectos que los obtenidos de forma expresa. La Administración, cuya inactividad ha provocado la respuesta estimatoria presunta, carece ya de la posibilidad de ignorarlos (ni de contradecirlos por actos ulteriores desestimatorios de las solicitudes estimadas) si no es a través de los medios de revisión que aquella Ley establece» (STS 9-12-2010, Rec. 1.927/2008).

Y, como se verá en el Tema dedicado a la revisión de los actos administrativos, la LPAC —arts. 106 y 107— únicamente habilita a la Administración para proceder, por sí misma, a la revisión en el caso de los actos nulos. Y, dentro de los motivos de nulidad absoluta, debe destacarse que la Ley 30/1992 —art. 47.1.f)— tipificó como causa de nulidad de pleno derecho la relativa a los actos expresos o presuntos contrarios al or-

denamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos «cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», y que permite, en teoría, un cierto juego en el caso de los actos presuntos estimatorios ilegales, condicionado sin embargo por la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero, en todo caso, debe subrayarse que el acto presunto contrario al ordenamiento es un acto existente, aunque adolezca de un vicio, y sólo puede revisarse o revocarse por los cauces legales, en virtud de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima).

En otro caso, cuando se estime que un acto obtenido por silencio es contrario al ordenamiento, pero no nulo, la Administración deberá proceder a su declaración de lesividad y posterior impugnación jurisdiccional (STS 13-3-2013, Rec. 4.737/2011).

FIGURA 4

Revisión de oficio del acto obtenido por silencio estimatorio ilegal

POR EL QUE SE ADQUIEREN FACULTADES O DERECHOS CUANDO...	... SE CARECE DE LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA SU ADQUISICIÓN	ACTO NULO DE PLENO DERECHO (art. 47.1.f)	REVISIÓN DE OFICIO (art. 106.1)
	... SE CARECE DE REQUISITOS NO ESENCIALES PARA SU ADQUISICIÓN	ACTO ANULABLE	DECLARACIÓN DE LESIVIDAD AUTOIMPUGNACIÓN (art. 107.1)

6. SILENCIO ADMINISTRATIVO DESESTIMATORIO E IMPUGNACIÓN

En los casos de silencio desestimatorio la Ley 30/1992 se limitó a prolongar el plazo de un mes de formulación de los recursos administrativos contra resoluciones expresas a tres meses, de tal modo que si el interesado no interponía en dicho el plazo el recurso procedente la Administración podía entender que el particular había consentido la desestimación de su pretensión por silencio. Sin embargo, como demostró la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, BAÑO LEÓN, BOCANEGRA SIERRA, entre otros) esta solución era manifiestamente injusta y contradictoria con el tratamiento que la propia Ley concedía (y concede) a las notificaciones defectuosas.

En efecto, mientras que en el supuesto de resolución que contiene el texto íntegro del acto y que se notifica personalmente al destinatario pero que, no obstante, es defectuosa, la Ley dispuso que no precluye el plazo para recurrir —a pesar de que el destinatario tiene la certeza de que no puede esperar ya una resolución de contenido distinto—, en el caso de silencio, como mínimo, la notificación es inexistente y es también frecuente que no exista resolución alguna (y, en su caso, su existencia es irrelevante para el administrado), de tal modo que el interesado no dispone ni de la motivación de la resolución ni de la información relativa a los medios de impugnación de que dispone, informaciones ambas que en la economía de la Ley constituyen garantías esenciales para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos —art. 24.1 CE—, y que deben prestarse a través del instituto de la notificación. Y, sin embargo, la Ley parecía premiar esta actitud de la Administración de recalcitrante incumplimiento de sus obligaciones obligando al particular a que recurra a ciegas esa «resolución presunta» mediante la preclusión del plazo.

En cambio, el Tribunal Constitucional —SSTC 6/1986, 204/1987, 188/2003, 220/2003, 14/2006—, partiendo de la común caracterización del silencio desestimatorio como «una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración», y de la premisa según la cual «no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales», consideró evidente que «ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndole un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración», para concluir que deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido «supone una interpretación absolutamente irrazonable, que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión —art. 24.1 CE—, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (SSTC 188/2003, 220/2003, 14/2006, 175/2006, 321/2006, 27/2007, 32/2007, 40/2007, 239/2007, 72/2008, 106/2008, 117/2008).

Finalmente, la LPAC —arts. 122.1 y 124.1— ha recogido esta doctrina constitucional y establece que si el acto objeto de impugnación no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada o reposición, según proceda, en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Como puede verse, siguiendo el criterio ya avanzado por la jurisprudencia, el plazo para interponer recurso contra el silencio administrativo se considera abierto tanto para el solicitante como para otros posibles interesados (STS 6-6-2007, Rec. 4.747/2001).

Cuestión distinta es el criterio de la jurisprudencia según el cual en caso de desestimación por silencio, no cabe alegar como vicio del acto presunto su (evidente) falta de motivación, «estas alegaciones están en contra de la naturaleza propia del silencio administrativo negativo, que es una presunción establecida en favor de los particulares para que no tengan que esperar a una resolución expresa tardía que es obligatoria dictarla en todo caso, y por esta misma razón, si se opta por acudir a la vía jurisdiccional, lógicamente habrá que pasar por el defecto de motivación, siendo el órgano jurisdiccional el que, a la vista de todos los elementos concurrentes en el expediente administrativo y en la fase probatoria, decidirá el ajuste o no del silencio negativo con el ordenamiento jurídico» (STS 2-2-2010, Rec. 2.878/2007).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- AGUADO I CUDOLA, V.: *Silencio administrativo e inactividad*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- ALONSO MAS, M.^a J., y NARBÓN LAÍNEZ, E.: *El silencio administrativo y su problemática procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- AROZ SANTISTEBAN, X.: *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- «Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo», *REDA* n.º 170, 2015.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a: «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», *Estudios en Homenaje del prof. Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, 1994.
- GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, 4.^a ed, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- GUILLÉN PÉREZ, M.^a E.: *El silencio administrativo*, Colex, Madrid, 1997.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

—«El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas», *RAP*, n.º 159 (2002), pp. 87 ss.

PAREJO ALFONSO, L. (dir.): *El silencio en la actividad de la administración pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PEREZ CASTILLO, R.: *La obligación de resolver de forma expresa y el silencio administrativo como efecto de dicho incumplimiento*, IAAP, Sevilla, 2004.

SANZ CLAVIJO, A.: *La caducidad del Procedimiento. Su aplicación en el Ámbito Administrativo y Tributario*, Madrid, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Caducidad del procedimiento (Art. 44.2. LRJAP)», *RAP*, n.º 168 (2005), pp. 7 ss.

VVAA: *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TEMA 14

LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

1.1. CLASES DE INICIACIÓN

La LPAC —art. 54— dispone que los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio por la propia Administración o a solicitud de persona interesada. Aun cuando no faltan supuestos en los que un mismo procedimiento puede iniciarse indistintamente de oficio por la Administración y a solicitud de interesado (como sucede en los procedimientos de deslinde de bienes del dominio público marítimo-terrestre —art. 12 Ley 22/1988 de Costas—, o en los procedimientos de extinción de la declaración de bienes de interés cultural —art. 9 Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español—), lo ordinario es que los procedimientos se inicien exclusivamente conforme a una de las dos modalidades, y, de un modo aproximativo, en función de los actos resultantes de procedimiento administrativo, pueden indicarse las reglas generales siguientes:

— Se inician de oficio los procedimientos administrativos que restringen derechos de los ciudadanos —p. ej., procedimientos sancionadores, recaudatorios...—, así como los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva —convocatorias de selección de personal, licitaciones, ofertas de ayudas públicas...—.

— Se inician a instancia de persona interesada los procedimientos administrativos de los que pueden derivarse actos declarativos o ampliatorios de la esfera de los derechos de los ciudadanos —p. ej., autorizaciones, licencias...— (figura 1).

FIGURA 1

Clases de inicio del procedimiento

ACTOS DE IMPULSO	CLASES DE INICIO	FECHA DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO
<ul style="list-style-type: none">• Iniciativa órgano competente• Orden órgano superior• Petición razonada de otro órgano• Denuncia	DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN	Fecha del acuerdo de incoación
	A SOLICITUD DE PERSONA INTERESADA	Fecha en la que la solicitud entre en el Registro electrónico de la Administración competente para su tramitación

1.2. LA INICIACIÓN DE OFICIO POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN

1.2.1. *Actuaciones de impulso*

La iniciación de oficio de un procedimiento administrativo se efectúa mediante acuerdo del órgano competente, que generalmente será el mismo órgano competente para la adopción de la resolución que ponga fin al el procedimiento, si bien en algunos casos existe una disociación entre ambos órganos —p. ej., en materia disciplinaria—. Ahora bien, ese acuerdo de iniciación puede adoptarse por propia iniciativa del órgano competente o como consecuencia de orden superior o de petición razonada de otros órganos o incluso por denuncia de un particular —art. 58 LPAC—.

Se entiende por propia iniciativa, la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación —art. 59 LPAC—. Por su parte, se entiende por orden superior, la emitida por un órgano administrativo superior jerárquico del competente para la iniciación del procedimiento —art. 60.1 LPAC—. Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo (puede ser incluso de otra Administración) que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. La petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación —art. 61.2 LPAC—.

Por su parte, la LPAC —art. 62.1— entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo. De este modo, la denuncia es un acto de colaboración que en ocasiones el ordenamiento configura como un deber legal. Con carácter general, las denuncias deben expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración —art. 62.2—, de modo que las denuncias anónimas se archivan sin más trámite.

La formulación de la denuncia —como acaba de señalarse— no conlleva automáticamente la iniciación del procedimiento, sino que es preciso que recaiga el acuerdo de incoación por parte del órgano competente (STS de 15-3-2011, Rec. 2936/2008). Asimismo, debe entenderse que la Administración no está obligada a dar curso indiscriminadamente a cualquier denuncia que se formule, sino que está facultada para archivar las denuncias que manifiestamente carezcan de fundamento. Ahora bien, cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento —art. 62.3—. Por «patrimonio de las Administraciones Públicas», habrá que entenderlo en un sentido amplio, no limitado a los bienes públicos, sino incluidos también el dinero y demás recursos financieros.

De otro lado, siguiendo el criterio de otras normas (p. ej., art. 114.3 LGT, referente a los procedimientos tributarios), la LPAC —art. 62.5— declara que la formulación de la denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento administrativo. Ahora bien, si es cierto que la formulación de una denuncia no presupone la existencia de un interés cualificado no significa tampoco que lo excluya.

Es decir, es perfectamente posible (REBOLLO PUIG) que el denunciante pueda aunar además la condición técnica de interesado —art. 4 LPAC—, tal como se prevé expresamente en algunas normas —art. 20.4 Ley 23/2015, de 21 de julio, de la Inspección de Trabajo y S.S.—.

1.2.2. *Información y actuaciones previas*

De otro lado, con anterioridad al acuerdo de iniciación, la LPAC —art. 55.1— permite que el órgano competente para iniciar el procedimiento pueda abrir un *período de información o actuaciones previas* «con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento», lo cual es útil en el caso de que los hechos hayan sido comunicados a la Administración mediante una denuncia formulada por un particular, con objeto de evitar los perjuicios que pudiera ocasionar la incoación precipitada de un procedimiento.

El problema estriba en delimitar la posición jurídica de los afectados por estas actuaciones previas que tienen lugar antes de que se declare iniciado el procedimiento propiamente dicho. A este respecto, ha sido tradicional considerar que estas actuaciones tienen un carácter «reservado», criterio que se encuentra incluso explicitado en algunas normas (como el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, RD 33/1986 —art. 28—). En todo caso, con objeto de garantizar al derecho a la defensa y el control judicial sobre la actividad administrativa, debería entenderse —tal como disponen algunas normas— que, cada vez que se realicen actuaciones previas, pesa sobre la Administración el deber de realizar un informe de las actuaciones realizadas, para que quede constancia de las mismas y, en caso de incoarse el procedimiento, tal informe debe quedar incorporado al expediente. Asimismo, alguna norma impone un límite temporal a estas actuaciones (Ley de Navarra 15/2004 —art. 64—, según la cual la duración de la información previa no podrá exceder de un mes, si bien se admite la prórroga del plazo), si bien, con carácter general, tales actuaciones preliminares no están sujetas a un plazo de caducidad (STS 26-12-2007, Ar. 2008/370).

Finalmente, debe señalarse que la LPAC —art. 21.4— obliga a notificar el acuerdo de iniciación del procedimiento a los interesados. Asimismo, dado que el acuerdo de iniciación es un acto de trámite, no es susceptible, como regla general (STS 3-3-2005, Ar. 1914), de impugnación separada ni en vía administrativa ni en vía contenciosa —art. 112.1 LPAC—, si bien se admite esta posibilidad en algunos procedimientos —p. ej., en relación con las bases de la convocatoria en los procedimientos selectivos—.

1.3. LA INICIACIÓN A SOLICITUD DE PERSONA INTERESADA

Antes de nada, debe recordarse que la LPAC —art. 53.1.f)— reconoce el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar. Asimismo, debe observarse que la noción de solicitud no sólo engloba a los escritos de los administrados que inician un procedimiento, sino también al escrito que sirve para instar la participación en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración, como sucede típicamente en los casos de procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva —p. ej., art. 23 Ley General de Subvenciones—.

1.3.1. *Requisitos de la solicitud*

Los requisitos de contenido, pueden reducirse a dos: la identidad del solicitante y el objeto de la solicitud.

— *Aspectos formales.* La LPAC establece —art. 66.1.a)— que las solicitudes que se formulen deben contener el nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente. Por tanto, es innecesario mencionar otros datos personales, como la edad, el estado civil, la filiación, el sexo, la profesión..., a menos que esas circunstancias puedan influir, de acuerdo con la legislación aplicable, en la obtención de lo que se solicita o pretende. De otro lado, la LPAC no menciona el requisito de hacer constar el número del DNI. Sí debe hacerse constar la identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones Públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación. Asimismo, la solicitud debe indicar el lugar y la fecha, así como contener la firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio. Por último, la solicitud debe especificar el órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación. Las oficinas de asistencia en materia de registros estarán obligadas a facilitar a los interesados el código de identificación si el interesado lo desconoce. Asimismo, las Administraciones Públicas deberán mantener y actualizar en la sede electrónica correspondiente un listado con los códigos de identificación vigentes.

— *El objeto de la solicitud.* La LPAC establece —art. 66.1.c)— que el solicitante debe indicar los hechos, razones y petición en que concrete, con toda claridad, la solicitud. No es, por tanto, necesario ilustrar la solicitud con fundamentos jurídicos.

— *Contenido accidental.* Junto al contenido esencial anterior, la solicitud puede contener otras precisiones: petición de que se adopten medidas provisionales —art. 56.1—, petición de que se acumule el procedimiento a otro con el que guarde íntima conexión, o proposición de pruebas.

— *Modelos oficiales.* Ya la Ley 30/1992 obligó a las Administraciones Públicas a confeccionar modelos normalizados de solicitudes en el caso de procedimientos masivos, si bien no quedaba claro si el uso de estos modelos era o no obligatorio para los ciudadanos. Por su parte, la LPAC —art. 66.4— dispone que las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas de presentación masiva que permitan a los interesados presentar simultáneamente varias solicitudes. «Estos modelos, de *uso voluntario*, estarán a disposición de los interesados en las correspondientes sedes electrónicas y en las oficinas de asistencia en materia de registros de las Administraciones Públicas». Ahora bien, la LPAC —art. 66.6.— añade que cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de *uso obligatorio* por los interesados. Dado el distinto carácter de unos y otros modelos, debería especificarse en la correspondiente sede electrónica cuáles modelos son de uso voluntario y cuáles de uso obligatorio. Asimismo, siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, la LPAC —art. 66.4— admite que los solicitantes puedan acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar y completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan. Además, y siguiendo ahora lo previsto en la Ley 11/2007, la LPAC —art. 66.5— dispone que los sistemas normalizados de solicitud podrán incluir comprobaciones automáticas de la información

aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones u ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el interesado verifique la información y, en su caso, la modifique y complete.

— *Solicitudes conjuntas*. La LPAC —art. 66.2— admite que cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa. En este caso, la LPAC —art. 7— establece que las actuaciones se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado, y, en su defecto, con el que figure en primer término.

— *Documentación complementaria y declaración responsable*. Desde hace años, algunas normas de ordenación de procedimientos especiales adoptaron el criterio de sustituir la presentación de determinados documentos junto a la solicitud por un *declaración responsable* del solicitante (p. ej., Ley 38/2003 General de Subvenciones —art. 23.4—). Este criterio se contempló ya con carácter general en la modificación de la Ley 30/1992 introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, y recogido actualmente por la LPAC —art. 69.1—. Se entiende por «declaración responsable» el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

Además, debe recordarse que en el caso acceso a las actividades de servicios sujetas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre y su ejercicio, las Administraciones no pueden exigir la presentación de documentos originales o copias compulsadas de documentos emitidos por una autoridad competente, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria, o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública —art. 17.3—.

1.3.2. *Medios de presentación de la solicitud*

Como nos consta, salvo que el solicitante esté obligado a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas —arts. 14 y 16.5—, la LPAC —art. 16.4— dispone que los documentos que los interesados dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse a través de los medios siguientes:

— *En el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan*. Así, debe recordarse que cada Administración está obligada a disponer de un Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos —art. 16.1—. Pero la LPAC añade «así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos» que

tienen la consideración de Administraciones Públicas —art. 2.1 LPAC—. De este modo, se ordena una intercomunicabilidad entre los registros electrónicos de todas las Administraciones Públicas. Así, la LPAC —art. 16.4— establece que los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

— *En las oficinas de Correos.* La LPAC dispone que se presentarán en la forma que reglamentariamente se establezca. En este caso la entidad Correos (actualmente, sociedad estatal) actúa en la condición de operador al que se le ha encomendado la prestación del servicio postal universal. A este respecto, el RD 1.829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los Servicios Postales —art. 31—, ordena que las solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidas a los órganos de las Administraciones Públicas deben presentarse en sobre abierto, con objeto de que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar, se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y el minuto de su admisión. Estas circunstancias deberán figurar en el resguardo justificativo de su admisión. El remitente también podrá exigir que se hagan constar las circunstancias del envío, previa comparación de su identidad con el original, en la primera página de la copia del documento principal que se quiera enviar, que deberá aportarse como forma de recibo que acredite la presentación de aquél ante el órgano administrativo competente. Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de admisión, cuya matriz archivará en la oficina. Los envíos aceptados por Correos, siguiendo las formalidades indicadas, se considerarán debidamente presentados, a efectos de la ley de procedimiento administrativo.

— *En las oficinas de asistencia en materia de registros.* Para ello, las Administraciones Públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas en las que se prestará asistencia para la presentación electrónica de documentos —art. 16.7—, así los días y el horario en el que deban permanecer abiertas —art. 31.1—, incluyendo un directorio geográfico que permita al interesado identificar la oficina de asistencia en materia de registros más próxima a su domicilio (Disp. Adic. 4.^a). No especifica la Ley si en este caso puede presentarse escritos dirigidos a otras Administraciones Públicas.

1.3.3. *Subsanación de defectos y mejora de la solicitud*

— *Subsanación.* Si la solicitud no reúne los requisitos legalmente exigidos —incluida la firma del solicitante— o no se acompaña de los documentos preceptivos la LPAC no permite a la Administración a inadmitir de plano la recepción de la misma (STS 4-2-2003 que fijó doctrina legal; STS 3011-2006, Rec. 4.980/2003). La Administración está, por el contrario, obligada a requerir al solicitante que dispone —art. 68.1— de un plazo de 10 días para subsanar la falta o acompañar los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición —art. 21.1—. Este plazo de diez días podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales, siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva —art. 68.2—. De aquí, la jurisprudencia extrae que el deber de requerir a los interesados para que subsanen posibles

defectos formales con la advertencia de que si no lo hacen quedarán excluidos del procedimiento es plenamente aplicable a los procedimientos selectivos, pues la LPAC se limita a excluir en estos casos la posibilidad de ampliación del plazo de subsanación (STS 4-2-2003, Rec. 3437/2001). Ahora bien, se entiende que en este tipo de procedimientos la Administración debe permitir la subsanación de un defecto que afecte a un documento efectivamente presentado, pero no la presentación extemporánea de documentos (GALLARDO CASTILLO).

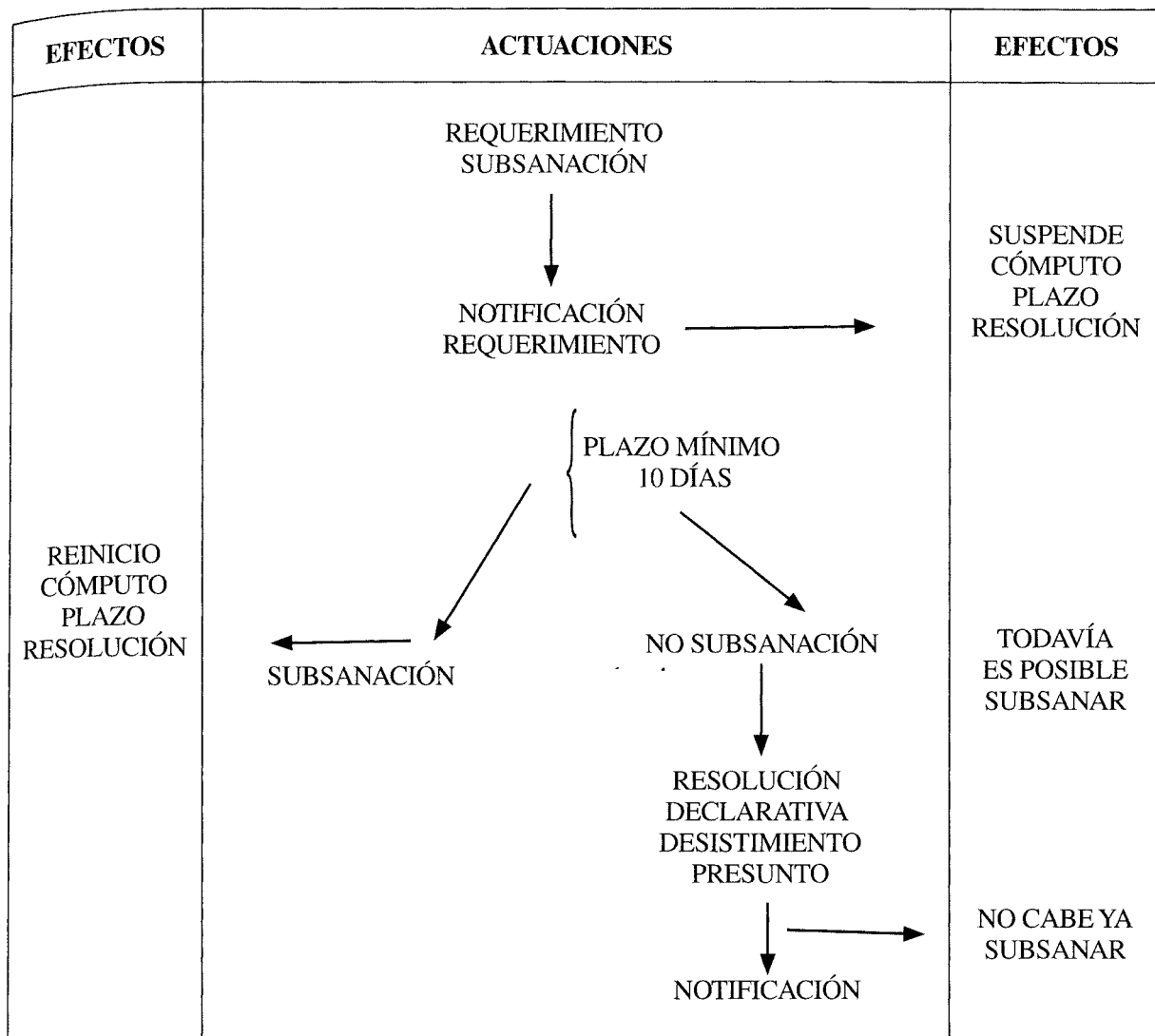
En todo caso, debe observarse que desde la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, la Administración está obligada a dictar resolución también en estos casos de desistimiento, resolución que deberá ser dictada con los requisitos legales —art. 21.1—. Se trata de un criterio plausible, pues si el desistimiento expreso requiere resolución administrativa declarativa del mismo, con mayor motivo parece que deba requerirlo cuando no resulta de la voluntad expresa del interesado (e incluso puede ser contrario a ella), sino de una presunción legal derivada de su inactividad en la subsanación de la solicitud. Ahora bien, esta exigencia de «previa resolución» declarativa del desistimiento plantea que mientras no se notifique la resolución sigue vivo el procedimiento y teniéndose por interesado en él al solicitante y, en consecuencia, podrá subsanar extemporáneamente su solicitud —art. 73.3 LPAC—.

Asimismo, la LPAC —art. 68.4— añade un supuesto adicional de subsanación de la solicitud: si alguno de los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas —art. 14.2 y 3— presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación. Debe entenderse que en estos casos rige también el criterio del desistimiento presunto.

— *Mejora*. Siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, la LPAC —art. 68.3— dispone que en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o *mejora voluntarias* de los términos de aquélla, levantando de ello acta sucinta que se incorporará al procedimiento. Se trata aquí, no ya de subsanar defectos formales de la solicitud, sino de mejorar los aspectos de fondo de la misma, posibilidad que tiene por objeto flexibilizar las exigencias derivadas del principio de congruencia —art. 88.2 LPAC—, en virtud del cual la resolución debe corresponderse con la pretensión formulada (figura 2).

FIGURA 2

Solicitud incorrecta



1.3.4. *Efectos de la presentación de la solicitud*

La LPAC —art. 66.3— establece que de las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados electrónicamente o en las oficinas de asistencia en materia de registros de la Administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación. Más aún, si el escrito se presenta en un registro electrónico, según la LPAC —art. 16.3— se emitirá automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos.

Por su parte, los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones Públicas, deberán ser digitalizados por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de

aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización —art. 16.5—.

2. LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1. LOS ACTOS DE ORDENACIÓN: PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES

La ordenación del procedimiento administrativo es la actividad que tiene por objeto encauzar los distintos trámites procedimentales para el correcto desarrollo del procedimiento. Por su propia naturaleza, los actos de ordenación son siempre actos de trámite, y generalmente están encomendados no tanto al titular del órgano competente para resolver como a las unidades administrativas dependientes de dicho órgano y encargadas de la tramitación del procedimiento —p. ej., la petición de un informe, la notificación del inicio del procedimiento a los interesados, la acumulación de dos procedimientos...—. En este sentido, la LPAC —art. 71.3— establece que las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos.

Las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes, así como facilitar la simplificación y la publicidad de los procedimientos —art. 75.2 LPAC—.

2.1.1. *El principio de celeridad*

Como una manifestación del principio constitucional de eficacia —art. 103.1 CE—, la LPAC —art. 71.1— establece, con carácter general, que el procedimiento está sometido al principio de celeridad, y, como una manifestación concreta de este principio y del principio de simplificación administrativa, ordena —art. 72.1— que se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo, —p. ej., la petición de emisión de informes a distintos servicios—.

Otra manifestación importante de este principio de celeridad consiste en la *acumulación de procedimientos*, esto es la facultad que la LPAC —art. 57— concede a los órganos administrativos para aunar dos o más procedimientos, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, con los que guarden una identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Acordada la acumulación, el efecto esencial es que las distintas cuestiones acumuladas se tramitan en un único procedimiento y se deciden en un solo acto. La jurisprudencia ha entendido que no es necesario ni dar audiencia a los interesados —aunque se acuerde de oficio— ni notificar el acuerdo de acumulación a los interesados. Como señala la jurisprudencia, la acumulación de los dos procedimientos, refundiéndolos en uno a efectos de su resolución es una técnica de dirección del procedimiento que busca la congruencia en la actuación y manifestación de voluntad de la Administración, evitando resoluciones contradictorias para resolver un mismo asunto, lo que, además de perturbador del quehacer administrativo, resulta perjudicial

para los propios interesados (STS de 6 de mayo de 2011, recurso n.º 607/2008). Por último, la LPAC —art. 57— declara expresamente que contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.

2.1.2. *El principio de igualdad*

Como una manifestación del principio de igualdad —art. 14 CE—, la LPAC —art. 71.2— establece que en el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que ha de quedar constancia —hay que entender por escrito—. Así, en algunas Leyes se prevé la posibilidad de acordar la tramitación urgente de determinados expedientes, con la consecuencia de que gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos administrativos (p. ej., T.R. Ley de Contratos del Sector Público —art. 112—).

No obstante, como regla general, la jurisprudencia ha considerado que la alteración del orden de prelación en la tramitación no da lugar necesariamente a la invalidez del acto, salvo que la norma sectorial haga depender la concesión del derecho de la fecha de presentación. Así, por ejemplo, en relación con el otorgamiento de permisos de exploración en materia de minas, la Ley 22/1973 de Minas —art. 41— dispone que la prioridad para la tramitación de los permisos de exploración se determinará por el orden de presentación de las solicitudes —regla *prior tempore potior iure*—. En cambio, la prioridad de los aprovechamientos mineros no se determina por el momento de la solicitud, sino en razón del que resulta preferente para el interés público (SSTS de 19 y 21 de noviembre de 2012, recursos de casación n.º 4584/2009 y 4576/2009). Así, por ejemplo, en relación con el otorgamiento de autorizaciones y concesiones en materia de dominio público marítimo-terrestre, la Ley 22/1988 de Costas —art. 74.3— establece que en el otorgamiento de las solicitudes se observará el orden de preferencia que se establezca en las normas correspondientes y, en su defecto, serán preferidas las de mayor utilidad pública, y sólo en caso de identidad entre varias solicitudes se tendrá en cuenta la prioridad en la presentación.

2.2. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

2.2.1. *Concepto y límites*

La LPAC —art. 56.1— confiere a la Administración la facultad de acordar, de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas «para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer», si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad. Se trata, por tanto, de *medidas cautelares*, que tienen por finalidad evitar que cuando se adopte la resolución sea ya demasiado tarde pues haya perdido su objeto (p. ej., impedir que desaparezcan o se alteren pruebas materiales o información). No obstante, junto a finalidad cautelar, existen otras medidas provisionales (de policía) que tienen por objeto inmediato proteger un interés público (REBOLLO PUIG). La distinción es relevante, sobre todo, a efectos de la garantía del principio de legalidad, más intensa respecto a las medidas provisionales de policía.

En concreto, la LPAC —art. 56.3— establece que podrán acordarse las siguientes medidas provisionales, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil: *a)* Suspensión temporal de actividades. *b)* Prestación de fianzas. *c)* Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable. *d)* Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos. *e)* El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble. *f)* La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda. *g)* Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen. *h)* La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas. *i)* Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes (medidas de policía distintas a las anteriores, sujetas, por tanto, a reserva formal de ley), o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución (como, p. ej., retener libros o equipos electrónicos de tratamiento de datos).

En todo caso, como límite a la adopción de estas medidas, la LPAC —art. 56.3— establece que no se pueden dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de imposible o «difícil» —matiz introducido por la Ley 30/1992— reparación a los interesados o que impliquen violación de los derechos amparados por las leyes. Así la jurisprudencia tiene declarado que una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. No obstante, a partir de aquí, deben diferenciarse dos tipos de medidas provisionales.

2.2.2. *Medidas provisionales previas al inicio del procedimiento*

La Ley 4/1999 incorporó a la Ley 30/1992 una posibilidad ya prevista en múltiples leyes sectoriales —p. ej., arts. 9 y 44 Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales—, de adoptar medidas provisionales antes del inicio mismo del procedimiento (llamadas medidas provisionalísimas), si bien condicionó esta posibilidad a su previsión en una norma con rango de ley, de modo que no era de directa aplicación. En cambio, la LPAC ha eliminado esta reserva formal de ley, autorizando directamente su uso. En concreto, la LPAC —art. 56.2— dispone que antes de la iniciación del procedimiento, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia «inaplazable» (calificativo introducido por la Ley 39/2015) y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. En general, estas medidas se reservan para tutelar bienes jurídicos de primera magnitud, como la salud o la seguridad de las personas —p. ej., trabajadores o usuarios de un centro— frente a situaciones de riesgos graves e inminentes, que imponen la adopción inmediata de medidas cautelares —p. ej., suspensión del funcionamiento de un elemento de una instalación o bien paralización de determinadas actividades en un centro de trabajo—.

Por lo demás, estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. Añadiendo la LPAC —art. 56.2— que, en todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

2.2.3. *Medidas provisionales posteriores o contemporáneas al inicio del procedimiento*

Estas medidas pueden ser adoptadas por el órgano competente para resolver el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en el mismo acuerdo de incoación del procedimiento o a lo largo de su tramitación. De otro lado, debe observarse que algunas normas imponen la audiencia previa a los interesados. Así, en relación con las autorizaciones y concesiones en materia de dominio público marítimo-terrestre, la Ley 22/1988 de Costas —art. 80.1— establece que, incoado el expediente de caducidad por la Administración, para poder disponer la paralización inmediata de las obras, o la suspensión del uso de las instalaciones, la Administración debe previamente dar audiencia al titular afectado y desestimar sus alegaciones. Ahora bien, la jurisprudencia ha rechazado la obligatoriedad de dar audiencia al interesado en casos en los que la urgencia de su adopción está justificada.

Finalmente, la LPAC —art. 56.5— ordena que las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, debido a su accesoriedad, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente. Por último, señalar que la jurisprudencia admite la impugnabilidad del acuerdo por el que se adoptan estas medidas cautelares (STS 6-10-2009, Rec. 1345/2007).

2.3. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.3.1. *El acuerdo de tramitación simplificada*

Como manifestación del principio de simplificación administrativa, y generalizando el criterio previsto para algunas categorías de procedimientos (como los sancionadores y de responsabilidad patrimonial), la LPAC —art. 96.1— contempla la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan acordar cuando «razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen», la tramitación simplificada del procedimiento. Además, en el caso de que un procedimiento exigiera la realización de un trámite no previsto en la tramitación simplificada, deberá ser tramitado de manera ordinaria —art. 96.7—.

El acuerdo de tramitación simplificada puede ser adoptado tanto de oficio como a solicitud del interesado. Cuando la Administración acuerde de oficio la tramitación simplificada del procedimiento deberá notificarlo a los interesados. Si «alguno» de ellos manifestara su oposición expresa, la Administración deberá seguir la tramitación ordinaria, de modo que la tramitación simplificada no se impone a ningún interesado —art. 96.2—.

De otro lado, los interesados pueden solicitar la tramitación simplificada del procedimiento. Si el órgano competente para la tramitación aprecia que no concurre alguna de las razones antes indicadas, «podrá» desestimar dicha solicitud («deberá» en caso de que esté excluido por contener un trámite no previsto en la tramitación simplificada), en el plazo de cinco días desde su presentación, sin que exista posibilidad de recurso por parte del interesado. Transcurrido el mencionado plazo de cinco días se entenderá desestimada la solicitud —art. 96.3—. De este modo, la tramitación simplificada requiere la conformidad expresa de la Administración (que debe acor-

darla) y tácita de los interesados Y, aunque se haya acordado la tramitación simplificada, en cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución, el órgano competente para su tramitación podrá acordar continuar con arreglo a la tramitación ordinaria —art. 96.1—.

2.3.2. *La tramitación simplificada*

Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes trámites —art. 96.6—:

- a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.
- b) Subsanación de la solicitud presentada, en su caso.
- c) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.
- d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.
- e) Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo.
- f) Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo.
- g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver. El órgano competente solicitará la emisión del Dictamen en un plazo tal que permita cumplir el plazo de resolución del procedimiento. El Dictamen podrá ser emitido en el plazo de quince días si así lo solicita el órgano competente.

En todo caso, en el expediente que se remita al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, se incluirá una propuesta de resolución. Cuando el Dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, con independencia de que se atienda o no este criterio, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.

- h) Resolución.

3. LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN

3.1. CONCEPTO

Los actos de instrucción son los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución —art. 75.1 LPAC—. Es decir, son los actos de trámite que tienen por finalidad proporcionar al órgano competente para resolver el procedimiento los elementos de juicio necesarios para adoptar la resolución más adecuada a Derecho y al interés público. Debido al principio de oficialidad o inquisitivo, la Ley —art. 75.1— estable-

ce que los actos de instrucción deben realizarse de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.

De modo general, la LPAC —art. 71.3— dispone que las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos. De modo más preciso, alguna Ley autonómica (Ley 26/2010, de 3 agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña —art. 50—) establece que la resolución por la que se inicia el procedimiento debe incluir la designación de la persona responsable de su instrucción, y la propia Ley especifica la funciones del instructor (identificar a las personas interesadas en el procedimiento y notificarles el inicio del mismo; solicitar los informes preceptivos, así como los demás informes y datos necesarios para la resolución del procedimiento; disponer la apertura del procedimiento a prueba y acordar la práctica de las pruebas que considere necesarias...). Asimismo, de acuerdo con alguna Ley autonómica (Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha declara —art. 6.2—), la función de instrucción de los procedimientos se declara reservada a los funcionarios de carrera.

3.2. LAS ALEGACIONES

Las llamadas genéricamente alegaciones consisten en el derecho que la LPAC —arts. 53.1.e) y 76.1— reconoce a los interesados a formular defensas —es decir, datos fácticos o jurídicos—, utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, y a aportar documentos u otros elementos de juicio. La formulación de alegaciones constituye una manifestación elemental del derecho de defensa —art. 24.2 CE— y del carácter contradictorio del procedimiento.

La LPAC —arts. 53.1.e) y 76.1— establece que las alegaciones pueden formularse en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia. Debe subrayarse, por tanto, que —a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales— en el procedimiento administrativo no hay propiamente una fase de alegaciones, sino que éstas pueden formularse en cualquier momento anterior al trámite de audiencia. De este modo, hay que entender que es lícita la formulación de alegaciones tras el período de prueba. Asimismo, en algunos procedimientos en los que se prevé prescindir del trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución, se ordena un trámite de alegaciones (con puesta de manifiesto del expediente) posterior a dicha propuesta —art. 99.8 LGT—. En todo caso, debe señalarse que el interesado puede, antes de formular las alegaciones, exigir la puesta de manifiesto de expediente —art. 53.1.a)—, con objeto de que las alegaciones se formulen con pleno conocimiento de las actuaciones. Por lo demás, las alegaciones pueden, en realidad, formularse en diversos momentos (ver figura 3).

En cuanto a los efectos de las alegaciones, la LPAC —arts. 53.1.e) y 76.1— establece que las alegaciones que formule y los documentos que aporte el interesado deben ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución. En este sentido, la LPAC —art. 88.2— establece que la resolución debe decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados.

FIGURA 3

Presentación de alegaciones y documentos en el procedimiento administrativo

MOMENTO DEL PROCEDIMIENTO	EFFECTOS
EN LA SOLICITUD	DEBERÁN SER TENIDOS EN CUENTA POR EL ÓRGANO COMPETENTE EN LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN
EN CUALQUIER MOMENTO ANTERIOR AL TRÁMITE DE AUDIENCIA	
EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA	
EN TRÁMITE DE ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS	DEBERÁN SER TENIDOS EN CUENTA POR EL ÓRGANO COMPETENTE EN LA RESOLUCIÓN
TRÁMITE DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES CONEXAS POR EL ÓRGANO COMPETENTE	

3.3. LOS INFORMES

3.3.1. *Noción y clases*

Los informes o dictámenes son los actos de instrucción consistentes en una declaración de juicio emitida por un órgano administrativo —no necesariamente consultivo— con relación a determinados aspectos jurídicos o técnicos que plantea un procedimiento, y que permiten al órgano responsable del procedimiento dictar una resolución con garantías de acierto. Los informes tienen una importancia capital en la actuación de la Administración.

Los informes son susceptibles de clasificarse con arreglo a criterios diversos:

— *En función de la ciencia sobre la cual emitan su juicio.* Pueden diferenciarse los informes o dictámenes jurídicos, que se pronuncian sobre la conformidad o no de la propuesta de acto o disposición a la legalidad, y los informes técnicos, que serían los restantes —p. ej., para apreciar la efectiva situación de ruina de un inmueble, o estudiar los potenciales costes y beneficios de una medida, los informes de sostenibilidad ambiental...—. Los agentes que emiten informes jurídicos, en algún caso, están sujetos a responsabilidad personal por su actuación, que puede ser incluso de carácter penal —p. ej., el art. 329.1 del Código Penal tipifica como delito la conducta del funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de determinadas licencias manifiestamente ilegales—.

— *En función de la Administración que emite el informe.* En función de si el órgano que emite el informe pertenece a la misma Administración que el órgano que resuelve o a otra distinta, los informes pueden clasificarse también informes «internos» o «externos». La emisión de estos informes externos es hoy en día cada vez más frecuente en el marco del actual Estado autonómico, como fórmula para coordinar y articular las competencias de distintas Administraciones sobre una misma materia, permitiendo a la Administración consultada expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas —art. 80.4 LPAC—.

— *En función de carácter obligatorio o no del informe.* Según la petición del dictamen sea o no obligatoria para el órgano responsable del procedimiento, los informes se clasifican en «facultativos» y «preceptivos». Según la LPAC —art. 80.1—, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos.

— *En función de los efectos del informe.* Los informes preceptivos, según su contenido obligue o no al órgano decisor, se clasifican en «vinculantes» y no vinculantes. Se suele afirmar que el informe vinculante viene a equivaler a una competencia compartida sobre el asunto, pero esta apreciación no es exacta, porque en principio el carácter vinculante del informe sólo lo es parcialmente, en el sentido de que únicamente obliga al órgano si es negativo, pero si el informe es positivo a la propuesta, el órgano decisor no está obligado a aprobar el acto, pues mantiene como dueño del procedimiento la facultad para desistir. Según la LPAC —art. 80.1—, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán no vinculantes. Como ha señalado el Supremo, la Ley exige que el carácter vinculante del informe se establezca mediante «disposición expresa», de manera que aunque se permite que la excepción pueda hacerse tanto por vía legal o como reglamentaria, lo que se requiere en todo caso es que sea «expresa», que no exista duda interpretativa al respecto, pues la solución distinta supondría introducir un germen de inseguridad jurídica en el reparto de competencias, sobre todo cuando se trata de un informe emitido por una Administración diferente a la que resuelve el procedimiento (STS 7-5-2010, Rec. 2133/2006).

Por otro lado, cuando el informe no sea vinculante, si bien el órgano decisor goza de discrecionalidad para su valoración (STS 12-3-2008, Rec. 4054/2005), en la práctica es de gran importancia, pues de ordinario el órgano decisor seguirá la propuesta en él contenida, e incluso la LPAC —art. 88.6— admite que la aceptación de informes sirve de motivación de la resolución (llamada motivación *in alliumde*), cuando se incorporen al texto de la misma (figura 4).

FIGURA 4

Clases de informes

EN FUNCIÓN DEL ÓRGANO QUE EMITE EL INFORME	INTERNOS	Emitidos por un órgano o unidad de la propia Administración actuante	
	EXTERNOS	Emitidos por una Administración distinta en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus respectivas competencias	
EN FUNCIÓN DEL CONTENIDO	JURÍDICOS	Dictamen de conformidad con la legalidad	
	TÉCNICOS	Valoración de viabilidad técnica o económica del proyecto, estudios de costes y beneficios, estudios de impacto ambiental, estudios de impacto sobre la igualdad de género...	
EN FUNCIÓN DE SU OBLIGATORIEDAD	FACULTATIVOS	Sólo los que se juzguen necesarios para resolver	
	PRECEPTIVOS	Ordenados en una norma	
EN FUNCIÓN DE SU VINCULACIÓN	NO VINCULANTES	El contenido del informe en ningún caso vincula al órgano	
	VINCULANTES	Informe desfavorable	Vinculante
		Informe favorable	No vinculante

3.3.2. *Petición del informe*

A efectos de la resolución del procedimiento, la LPAC —art. 79.1— dispone que se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos. De este modo, la Administración puede instar la emisión de informes no preceptivos, si bien debe justificarse la solicitud de estos informes, con objeto de que esta posibilidad no se utilice con una finalidad dilatoria, contraria al principio de celeridad. En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita —art. 79.2—, así como el plazo legal establecido al efecto —art. 72.2—.

En cuanto a los efectos de la falta de petición del informe, la omisión del informe cuando es preceptivo se considera como un vicio determinante de la anulabilidad del acto. No obstante, la LPAC no excluye expresamente la posibilidad de subsanación en estos casos de omisión de informes preceptivos —aunque no de los que sean, además, vinculantes—. Así, la jurisprudencia ha llegado a admitir la incorporación de un informe con posterioridad a la resolución, si bien habría que limitar esta subsanación a aquellos casos en los que el informe es favorable a la resolución o acuerdo adoptado.

3.3.3. *Evacuación del informe*

Los informes deben ser evacuados en el plazo establecido en la legislación sectorial correspondiente, si bien la LPAC —art. 80.2— establece un plazo supletorio de 10 días. Además, la Ley permite que el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor. En cuanto a su contenido, alguna disposición ordena que los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes: enumeración clara y sucinta de los hechos; disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina, y pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva —art. 175 ROF—.

En cuanto a los efectos de la emisión del informe, deben diferenciarse dos supuestos:

— *Si el informe se emite dentro del plazo.* Si se trata de informes vinculantes, el órgano decisor no puede apartarse válidamente del criterio mantenido por el órgano informante, con las matizaciones antes indicadas. Pero incluso si el dictamen no es vinculante, la LPAC —art. 35.1.c)— obliga al órgano decisor a motivar el acto para apartarse del mismo.

— *Si el informe es emitido fuera de plazo.* Según la LPAC —art. 80.4—, el informe emitido fuera de plazo «podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución». No obstante, en algún caso se establece el criterio justamente opuesto, en el sentido de que el informe emitido fuera de plazo pero recibido antes de dictar resolución deberá ser valorado por el órgano competente (Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación —arts. 18 y 19—). Y este es el criterio que ha seguido en algún caso el Tribunal Supremo ante informes externos vinculantes emitidos tardíamente pero antes de resolver, por entender que el carácter vinculante del informe se mantiene aunque se emita tardíamente (STS de 15-12-2005, Ref. Iustel: §247590).

3.3.4. *Efectos de la falta de remisión del informe en plazo*

De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, la LPAC —arts. 80.3 y 22.1.d)— dispone que se podrán proseguir las actuaciones salvo cuando se trate de un informe preceptivo, de la misma o distinta Administración, en cuyo caso se «podrá» suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento.

No obstante, debe señalarse que en determinados procedimientos se establecen reglas especiales. Así, algunas normas sectoriales establecen que en caso de la falta de emisión de los informes una vez transcurrido el plazo legalmente fijado, éstos se entenderán favorables —p. ej., Ley 27/1992 de Puertos del Estado arts. 15.4, 19.1, 20.2—.

3.4. LAS PRUEBAS

3.4.1. *Medios de prueba y valoración*

Las pruebas son los actos de instrucción que tienen por objeto demostrar la veracidad o exactitud de los hechos alegados, y que sirven de fundamento a la resolución final. La LPAC —art. 77.1— establece que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por «cualquier medio de prueba admisible en Derecho». Son, por tanto, admisibles los medios de prueba previstos, con carácter general, en el Código Civil —arts. 1216 a 1253— y en la Ley de Enjuiciamiento Civil —arts. 299 ss.—, tales como pruebas documentales, periciales o testimoniales. Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo, organismo público o Entidad de derecho público, se entenderá que éste tiene carácter preceptivo —art. 77.6—.

De otro lado, la precisión de la LPAC de que se trate de medios «admisibles en Derecho», parece referirse a la prohibición de obtener pruebas por medios ilícitos con violación de los derechos fundamentales —tales como el derecho a no autoinculparse o el derecho a la inviolabilidad del domicilio—, y que son nulas de pleno derecho —art. 47.1.a)—, tal como tiene declarado la jurisprudencia (STS 5-4-2006, Ref. Iustel: § 249354).

En cuanto a la valoración de las pruebas practicadas, la LPAC establece que se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, determinadas pruebas son valoradas conforme a las llamadas «reglas de la sana crítica», como el dictamen pericial aportado por los interesados —art. 348—, las declaraciones de los interesados —art. 316—, o las declaraciones de los testigos —art. 376—. En cambio, no puede desconocerse que otras pruebas presentan un especial valor, como sucede con los documentos públicos —art. 319 LEC—, entre los que se encuentran los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones —art. 317 LEC— o con las pericias procedentes de órganos y personal al servicio de la Administración (BARRERO RODRÍGUEZ). Así, la propia LPAC —art. 77.5— establece, con carácter general, que los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan

los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.

3.4.2. *Carga de la prueba*

A diferencia del proceso civil, donde como consecuencia del principio dispositivo rige el criterio de la aportación, con arreglo al cual incumbe a las partes proponer las pruebas y practicarlas —art. 282 Ley de Enjuiciamiento Civil—, en el procedimiento administrativo se da una combinación de este principio, pues desde luego los interesados pueden proponer cuantas pruebas estimen convenientes —art. 77.3 LPAC—, y del principio de oficialidad o investigación, en cuanto que el órgano responsable del procedimiento está obligado a desarrollar, aun en el caso de que no lo pidan los interesados, la actividad probatoria adecuada cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija —art. 77.2 LPAC—, como es el caso de los procedimientos sancionadores en los que rige la presunción de inocencia.

De este modo, si no hay controversia sobre los hechos, sino que la Administración únicamente discrepa de las consecuencias jurídicas que cabe extraer de los mismos —cuestión de Derecho—, no será precisa la apertura del período de prueba. Pero debe señalarse, además, que en no pocos procedimientos la Administración no está obligada a refutar los hechos alegados por el administrado —en contra de lo que parece desprenderse de la Ley—, sino que recae sobre el administrado la carga de la prueba. Así, por ejemplo, en el caso de reclamación de indemnización por responsabilidad de la Administración. De hecho, la jurisprudencia ha declarado que, a pesar de las apariencias, rige en el procedimiento administrativo la regla distributiva del *onus probandi* de acuerdo con el secular principio del *incumbit probatio qui dicit* —art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil—. Así, en relación con los procedimientos tributarios se establece que quien haga valer su derecho debe probar los hechos constitutivos del mismo —art. 105.1 LGT—

3.4.3. *Período y admisión de las pruebas*

La LPAC —art. 77.2— establece que el período de prueba no debe ser inferior a 10 días ni superior a 30. Durante este plazo deben proponerse y practicarse las pruebas que se juzguen pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días. Ahora bien, la Ley no determina en qué momento del procedimiento debe tener lugar este período de prueba, de modo que puede tener lugar en cualquier momento anterior al trámite de audiencia. Además, debe observarse que para la práctica de la prueba no es necesario, en múltiples procedimientos, la apertura de un período específico (es el caso de los procedimientos tributarios, según art. 99.6 LGT).

En cuanto a la admisión de las pruebas, la LPAC —art. 77.3— restringe la discrecionalidad del instructor en la admisión de las pruebas: sólo podrá rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, y ello mediante acto motivado —art. 35.1.f)—. En todo caso, la doctrina constitucional tiene declarado —SSTC 22/1990, 212/1990, 129/2005— que el derecho al empleo de los medios de prueba pertinentes no es un derecho absoluto a que se practiquen todas

las pruebas propuestas, de modo que no desapodera al instructor para enjuiciar la pertinencia de las mismas en función de que guarden o no relación con el objeto del procedimiento. Es preciso, además, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. No obstante, se considera constitucionalmente incorrecta la inadmisión de una prueba testifical basada en la apreciación del instructor de la dudosa credibilidad de unos testimonios que no se han producido (por tratarse de empleados o dependientes del inculpado), ya que ello implica una valoración de la prueba antes de su práctica, que supone prejuzgar sobre la hipotética fuerza persuasiva de los testimonios (STC 23/2007).

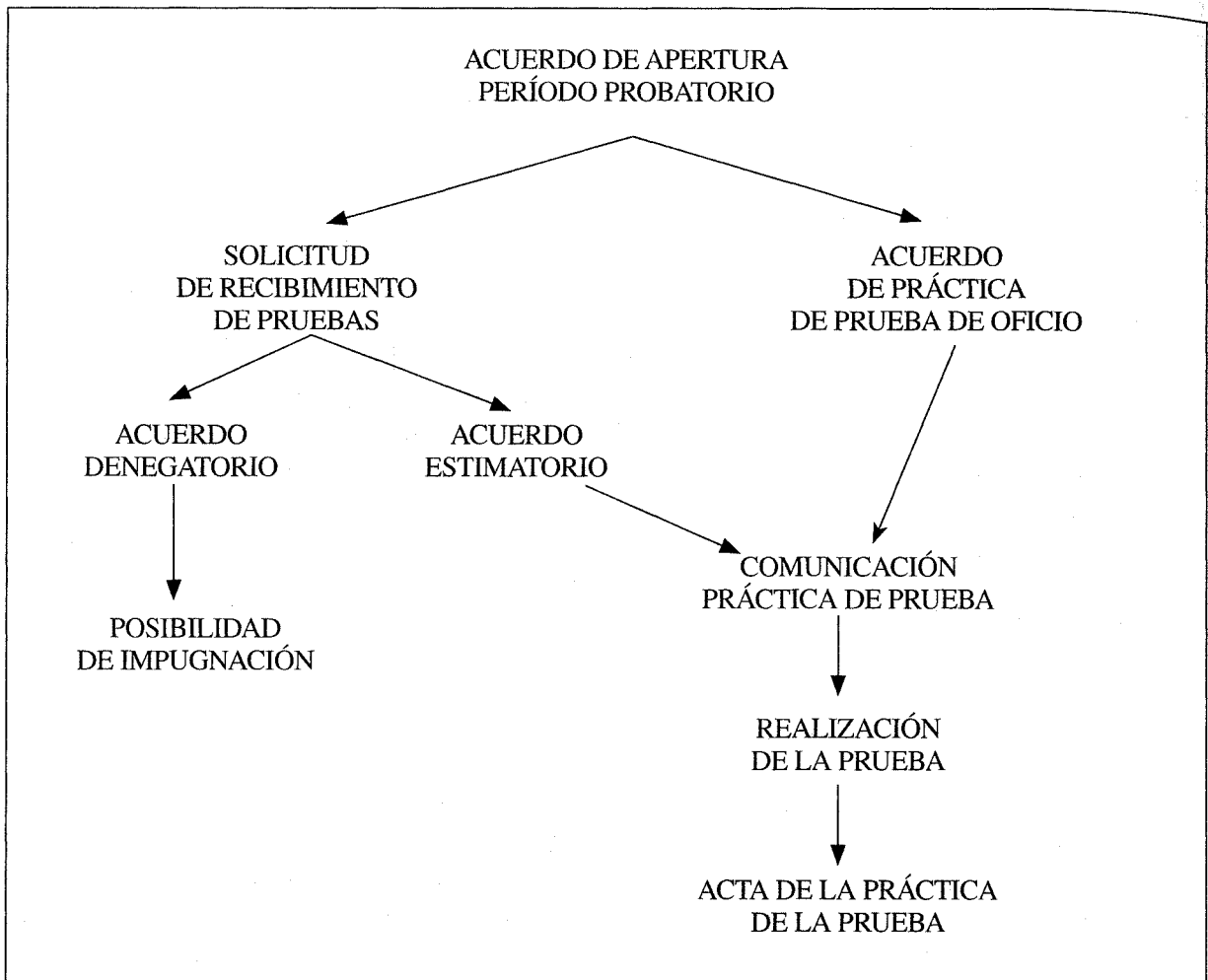
Asimismo, la inadmisión de una prueba pertinente constituye un acto de trámite susceptible de causar indefensión y, por tanto, impugnabile autónomamente —art. 112.1 LPAC—, si bien para apreciar indefensión la jurisprudencia exige que la prueba rechazada sea «decisiva en términos de defensa», en el sentido de acreditar que la resolución final podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba rechazada (SSTC 1/1996, 219/1998, 101/1999, 26/2000, 45/2000). Con todo, debe señalarse que una corriente jurisprudencial considera que el rechazo de la práctica de la prueba sólo tiene alcance de mera irregularidad no invalidante, que no produce indefensión, cuando se haya tenido posibilidad posterior de reiterar en vía judicial el planteamiento de aquella prueba (STS 6-10-2003, Rec. 772/1998; STS 31-12-2003, Rec. 914/2000).

3.4.4. *Práctica de la prueba*

El principio contradictorio del procedimiento exige la presencia de los interesados en la realización de las pruebas. Por ello la LPAC —art. 78.1— ordena a la Administración a comunicar a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. En la notificación se debe consignar el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan, —p. ej., se trata de revisar determinados documentos o libros contables—. De otro lado, debe tenerse en cuenta que el plazo máximo legal para resolver el procedimiento podrá suspenderse cuando se realicen pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, «durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente» —art. 22.1.e) LPAC—.

Por último, la Ley no resuelve quién ha de soportar los gastos ocasionados por la práctica de las pruebas solicitadas por los interesados, los cuales pueden ser cuantiosos —dictámenes periciales, pruebas de laboratorio...—, sino que se limita a autorizar —art. 78.3 LPAC— el cobro por anticipado de los gastos «que no deba soportar la Administración»: ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La cuestión es precisamente: ¿qué gastos no debe soportar la Administración? A este respecto, la doctrina entiende que cuando la realización de la prueba pueda ser practicada con los propios medios personales de la Administración y sin coste material alguno, el interesado no debería correr gasto alguno. Por el contrario, si los medios propuestos por el interesado son ajenos a la Administración, su coste ha de ser soportado por aquél.

FIGURA 5

El período probatorio

3.5. LA INFORMACIÓN PÚBLICA

3.5.1. *Noción y clases de información pública*

La «información pública», a pesar de su equívoca denominación (no confundir con la noción de «información pública» a efectos de transparencia pública), consiste en un acto de instrucción en virtud del cual se posibilita la participación, durante un plazo determinado, de cualquier ciudadano —sin más cualificación— en un procedimiento administrativo, sin necesidad de que tenga la condición estricta de «interesado» en el mismo, y ello con objeto de aportar a la Administración actuante sus propios puntos de vista sobre un proyecto de acto o disposición elaborado por la misma. De este modo, la información pública constituye no sólo un cauce funcional de participación ciudadana, sino también sirve de fuente de información para la propia Administración, cumpliendo así una función de colaboración ciudadana con la Administración —STC 119/1995—.

El trámite de información pública puede ser facultativo u obligatorio. Con carácter general, la LPAC —art. 83.1— no establece este trámite como obligatorio para todo tipo de procedimientos, como es lógico, sino que se limita a contemplar la posi-

bilidad de que el órgano competente para resolver, «cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera», «pueda» acordar la apertura de un período de información pública. De este modo, la Ley reconoce una amplísima discrecionalidad a la Administración para decidir acerca de la apertura de este trámite, convirtiéndolo en un trámite facultativo. Ciertamente, la LPAC no podía ordenar este trámite con carácter general, dada la enorme diversidad de los procedimientos administrativos, pero también pudo avanzar algo más, por ejemplo, imponiendo su carácter preceptivo en aquellos casos en los estén en juego intereses colectivos —como el medio ambiente o la salud pública—.

Con todo, determinadas normas, centradas en el ámbito local, ordenan con carácter preceptivo este trámite (procedimiento de elaboración de reglamentos y ordenanzas municipales —art. 49.b) LRBRL—, procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales —art. 17 TRLRHL—, procedimiento de elaboración del presupuesto —art. 169 TRLRHL—). Además, se aprecia una tendencia normativa a su empleo en dos ámbitos materiales destacados, como son el urbanismo (en materia de aprobación de planes e instrumentos urbanísticos —art. 11 T.R. Ley del Suelo—, ámbito en el cual el Tribunal Constitucional ha considerado este trámite una garantía de los ciudadanos ante las Administraciones —STC 164/2001—) y el medio ambiente (planes y programas sujetos a evaluación ambiental estratégica y proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental —arts. 17 y 33 Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental—; procedimientos de autorización ambiental integrada —art. 16 Ley 16/2002—).

En los casos en los que se asigna a la información pública un carácter preceptivo, la jurisprudencia viene considerando que su incumplimiento constituye la omisión de un trámite esencial y, consiguientemente, debe comportar la invalidez del acto (STS 13-6-1988, RJ 1988\5334; STS 22-06-2004, TOL 463055).

3.5.2. *Apertura del trámite de información pública e intervención en el mismo*

En cuanto al momento de apertura de la información pública, de la LPAC únicamente se desprende que debe ser antes del trámite de audiencia a los interesados. No obstante, para garantizar la efectividad del proceso participativo, debería tener lugar «cuando estén abiertas todas las posibilidades».

De otro lado, si el objeto del trámite de información pública es que pueda participar cualquier ciudadano es lógico que la apertura del mismo deba ser anunciada públicamente. En este sentido, la LPAC —art. 83.2— establece que el acuerdo de apertura deberá anunciarse en el Boletín Oficial que corresponda. El anuncio debe señalar el lugar de exhibición, debiendo estar en todo caso a disposición de las personas que lo soliciten a través de medios electrónicos en la sede electrónica correspondiente, e indicar el plazo de duración del trámite, el cual en ningún caso será inferior a veinte días. En todo caso, lo cierto es que esta publicación se trata de una publicidad meramente formal, que no garantiza una real difusión de la apertura del trámite de información pública, y de aquí que algunas normas —p. ej., en materia de urbanismo— promuevan también la inserción del anuncio en medios de comunicación social (LRBRLD. A. 9.^a). Además, la LTBG —art. 7.e)— obliga a publicar en el correspondiente portal de transparencia los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación.

Durante el plazo fijado de duración del trámite cualquier persona, física o jurídica, podrá examinar el expediente y formular alegaciones al mismo, que no tienen por qué

ceñirse a cuestiones de legalidad, sino que pueden extenderse a aspectos de oportunidad del proyecto. Como es evidente, la Administración no está obligada a asumir las alegaciones, observaciones y sugerencias que se formulen en el trámite, las cuales podrán ser contradictorias, contrarias al interés público e, incluso, disparatadas.

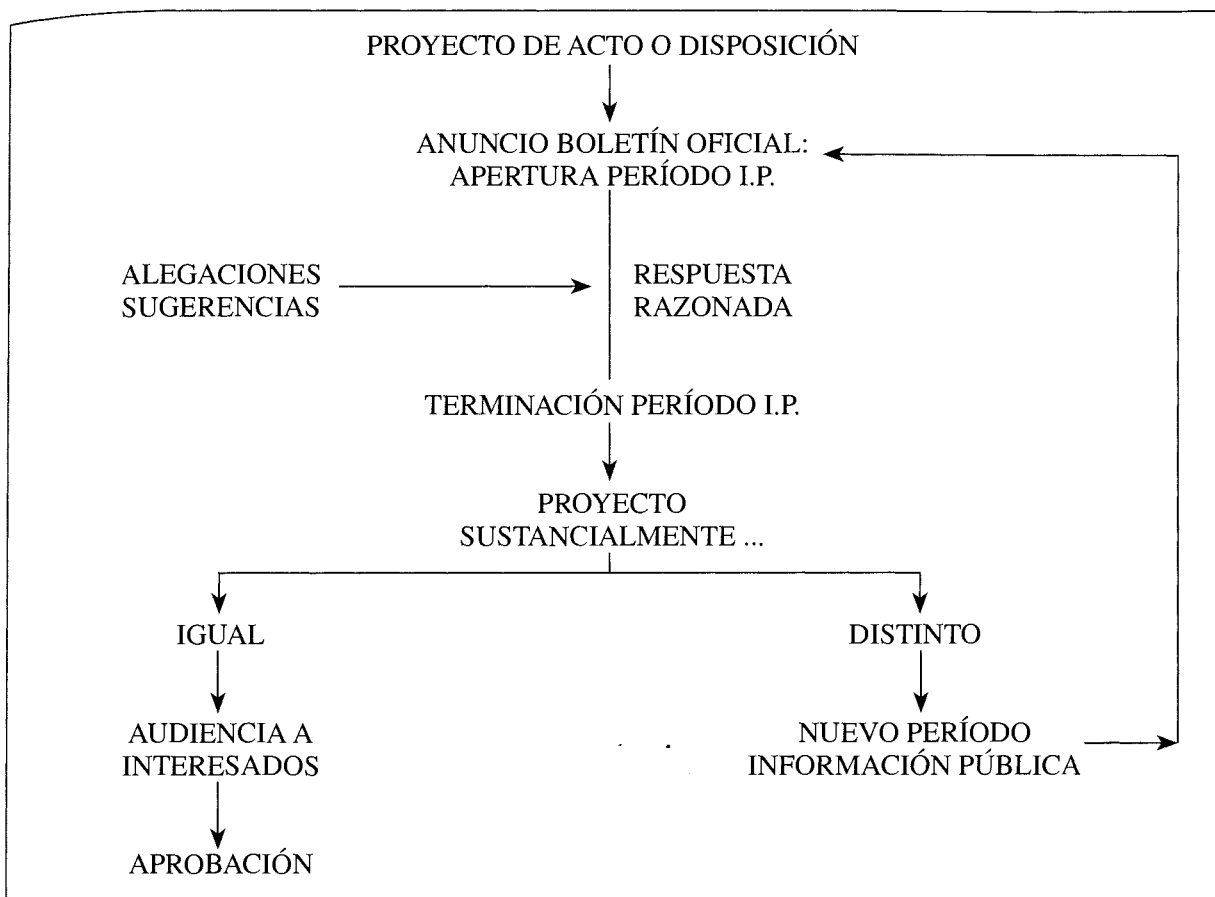
Ahora bien, la Ley —art. 83.3— dispone que quienes, además de comparecer, presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común a todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales. Más aún, alguna Ley establece que las alegaciones formuladas se integran en el expediente administrativo, deben ser valoradas expresamente y singularmente por el instructor o instructora y, si procede, por el órgano técnico competente (Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña —art. 52—). Lo cierto es que, con independencia de responder a las alegaciones formuladas, debería establecerse la obligación de elaborar un informe sobre el conjunto de las alegaciones, con la finalidad de valorar adecuadamente el proceso participativo.

De otro lado, si bien la simple comparecencia en el trámite no otorga, por sí misma, la condición de interesado —art. 83.3—, la incomparecencia en este trámite no impide a los interesados en el procedimiento interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento —art. 83.3—, puesto que no constituye una carga para ellos. Más aún, debe señalarse que no es lícito utilizar, como sin embargo hacen algunas normas sectoriales, el trámite de información pública como sustitutivo del trámite de audiencia a interesados.

3.5.3. *Reapertura del trámite de información pública*

Si, tras el trámite obligatorio de información pública, el proyecto de acto o disposición presenta modificaciones, la jurisprudencia ha declarado que no es obligatorio repetir dicho trámite, pues la finalidad del mismo es precisamente posibilitar, mediante la participación de los ciudadanos, la mejora del proyecto inicial elaborado por la Administración. No obstante, la jurisprudencia ha precisado también que si el proyecto de acto o disposición experimenta «modificaciones sustanciales», alterando de manera esencial sus líneas y criterios básicos, tanto que es en propiedad otro distinto, sí deberá reanudarse el trámite de información pública, procediéndose a la retroacción las actuaciones hasta ese momento procedimental (STS de 18 de julio de 2012, RC 985/2009). Y este criterio está recogido expresamente en algunas ordenaciones sectoriales (p. ej., art. 45.1 Ley 22/1988 de Costas, así como diversas Leyes autonómicas en materia de urbanismo).

FIGURA 6

Información pública

3.6 EL DERECHO A LA AUDIENCIA

3.6.1. *Noción*

En virtud de este trámite la unidad administrativa responsable de la instrucción del procedimiento debe notificar personalmente a todos los interesados en el mismo que el expediente queda a su disposición —«se pone de manifiesto»—. Esto significa que los interesados pueden ejercitar dos facultades: primero, pueden examinar por sí mismos —o mediante representante— el contenido del expediente; y, segundo, a la vista de ese examen, pueden alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes —art. 82.2 LPAC—. Por tanto, el derecho a la audiencia no puede reducirse a un mero «derecho a ser oído» antes de que recaiga la decisión, obviando la vertiente de vista y examen del expediente, lógica y legalmente inseparable de la anterior. Asimismo, a diferencia de las alegaciones que por propia iniciativa puede formular el interesado, la apertura del trámite de audiencia debe ser comunicada de oficio por la Administración.

El trámite de audiencia constituye una garantía tradicional del procedimiento administrativo, al que la jurisprudencia ha dedicado las más enfáticas calificaciones —trámite esencial, capital, fundamental e, incluso, «sagrado»—. En este sentido, la propia Constitución —art. 105.c)— al ordenar al legislador la regulación del procedimiento administrativo precisa que la ley deberá garantizar, «cuando proceda», la audiencia del

interesado. Por tanto, es el único trámite del procedimiento que está constitucionalizado expresamente. Al igual que en el proceso judicial, este trámite constituye una garantía vinculada a los derechos de defensa y contradicción —art. 24 CE—, si bien el Tribunal Constitucional —SSTC 68/1985, 175/1987, 42/1989— ha considerado que la falta de audiencia en un procedimiento administrativo no constituye una infracción del art. 24 CE, sino sólo contraria al art. 105.c) CE, pues las exigencias del art. 24 CE no son trasladables automáticamente a toda la actuación administrativa, criterio del que discrepa un sector de la doctrina (ESCRIBANO COLLADO), que infiere del art. 24 CE una prohibición general de toda situación de indefensión del ciudadano frente al Estado. Y así parece corroborarlo la admisión por la propia doctrina constitucional —STC 18/1981— de la aplicación de las garantías del artículo 24 CE a determinados procedimientos administrativos —como los sancionadores—, cuando lo cierto es que tal doctrina no puede tener fundamento en el art. 25 CE, que sólo postula el principio de legalidad, sino en el mismo art. 24 CE (GAMERO CASADO).

3.6.2. Régimen legal

El trámite de audiencia debe realizarse una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución —art. 82.1 LPAC—. No obstante, la audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento.

En todo caso, el momento en que debe tener lugar la audiencia es de gran importancia, pues únicamente cuando está terminada la instrucción del procedimiento el interesado puede formarse una visión completa del mismo. Así, debe destacarse el acierto de alguna norma que obliga a incorporar formalmente al expediente antes del trámite de audiencia cuantos datos y pruebas vayan a ser tenidos en cuenta en la propuesta —art. 210.2 LGT—. En cambio, si tras el trámite de audiencia se realizaran nuevas actuaciones, éstas quedarían sustraídas al interesado, con la consiguiente indefensión.

El plazo para acceder al expediente y formular alegaciones y presentar justificaciones será el que determine el instructor, si bien no puede ser inferior a 10 días ni superior a 15 —art. 82.2 LPAC—. Hay que entender que, durante este plazo, el interesado puede examinar el expediente cuantas veces lo juzgue conveniente, pero si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite —art. 82.3—, pues carecería de sentido en tal caso agotar el plazo. En todo caso, debe entenderse que esta renuncia a la finalización del plazo únicamente puede formularse una vez que éste ha comenzado, y no con carácter previo, pues no puede renunciarse anticipadamente a un derecho público. Además, se ha reconocido el derecho a la asistencia letrada a la hora de practicar el trámite de audiencia (STC 74/2004).

Por último, de la propia Constitución —art. 105.c)— se infiere la posibilidad de omitir este trámite —«cuando proceda»—. A este respecto, la LPAC —art. 82. 4— permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (así, p. ej., art. 24 Ley 38/2003 General de Subvenciones), dado que en tales casos es evidente que el cumplimiento del trámite de au-

diencia carece de función alguna, de modo que no existe incompatibilidad entre los derechos de contradicción y defensa deben y los principios de celeridad y economía procedimental (SSTC 68/1985 y 181/1990; STS 7-10-2008, Rec. 6828/2005). En cambio, es cuestionable alguna jurisprudencia que con el argumento de la especialidad del procedimiento, excluye la aplicación del derecho de audiencia (SSTS 11 de febrero y 24 de octubre de 2002, relativas al expediente de regulación de empleo).

3.6.3. *Efectos de la omisión del trámite de audiencia*

La jurisprudencia tiene declarado, de un modo constante, el carácter esencial de este trámite, de modo que su omisión determina la invalidez del procedimiento. Ahora bien, frecuentemente cuando entra en el fondo de cada asunto, se flexibiliza dicha exigencia. De entrada, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que no le afecta la causa de nulidad de pleno derecho prevista art. 47.1.e) LPAC. Asimismo, fuera del ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional (SSTS de 26 de abril y de 17 de mayo de 2012, RR CC 5366/2009 y 6558/2009).

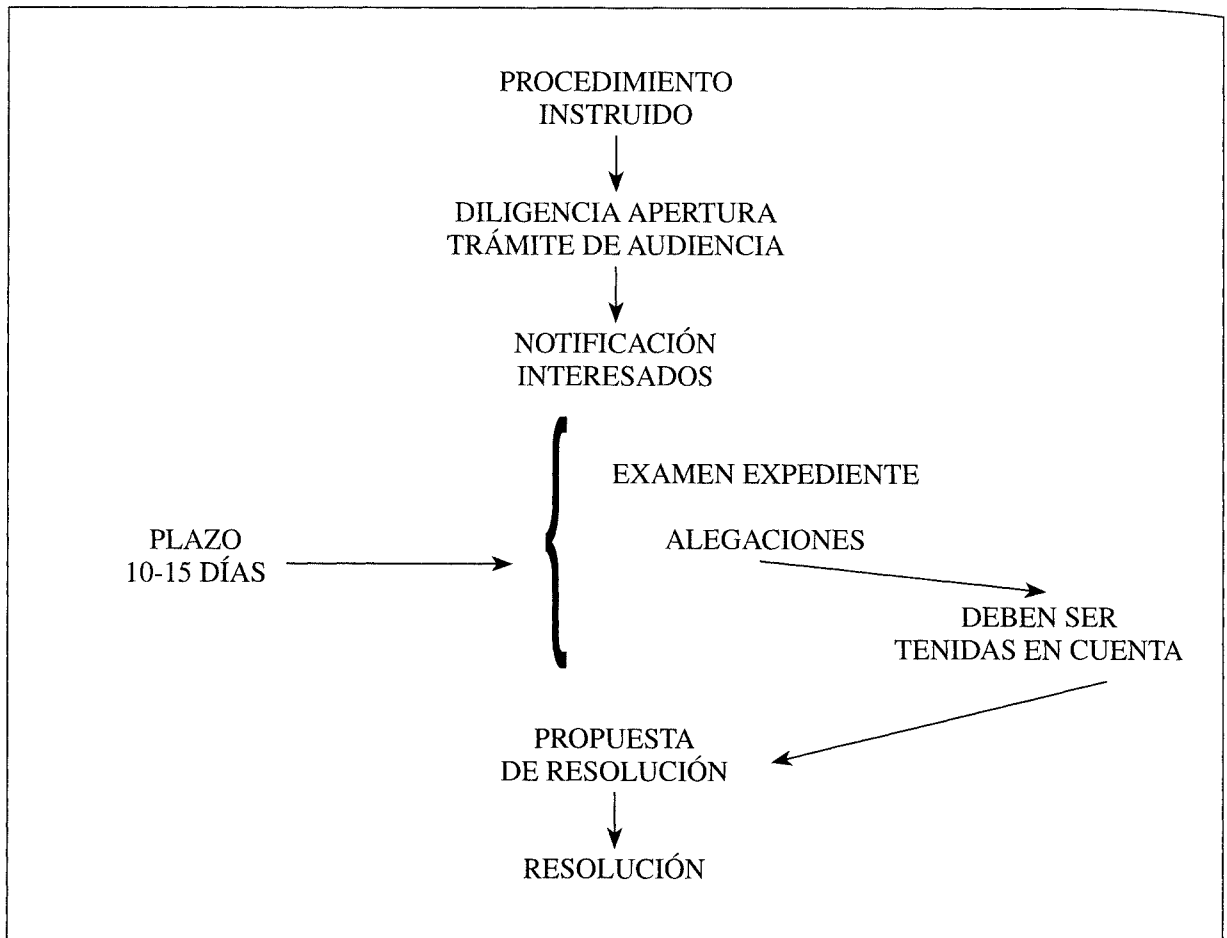
En definitiva, se considera que a la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos administrativos no sancionadores, no le es aplicable ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 47 LPAC (STS de 11 de julio de 2003), pues constituye un simple vicio de forma, y consiguientemente son de aplicación las reglas de invalidez de los mismos establecidas en el art. 48.2 LPAC, de tal modo que se considera que el incumplimiento de este trámite no es causa suficiente para anular el acto cuando no haya generado efectivamente una situación de indefensión (STS 28-6-2002; STS de 24-11-2003, Rec. 7259/1999). La jurisprudencia considera que, si no se ha producido indefensión, en lugar de la anulación del acto por motivos formales que conduciría con toda probabilidad a una nueva resolución idéntica a la anterior, es procedente, en aras del principio de economía procesal, entrar a juzgar el fondo de la cuestión suscitada.

Más aún, la jurisprudencia ha llegado a entender que la indefensión queda salvada mediante la interposición de recursos administrativos e, incluso, si el interesado ha tenido la oportunidad de defenderse en vía jurisdiccional (STS 16-3-2005, Rec. 2796/2001). Criterio éste seriamente cuestionable pues desplaza sobre el ciudadano los efectos de la conducta irregular de la Administración obligándolo a recurrir por vicios de forma, a la vez que devalúa el procedimiento administrativo y niega relevancia jurídica a los derechos de defensa de los ciudadanos en la vía administrativa (ESCRIBANO COLLADO).

Debe señalarse, no obstante, otra jurisprudencia más matizada que afirma que la indefensión debe ser examinada caso por caso, contemplando las peculiaridades de cada supuesto: así se dirá que cuando en la decisión administrativa están esencialmente implicadas *cuestiones de hecho* que puedan ser objeto de controversia por los interesados en el expediente frente a la constatación que de las mismas haya hecho oficialmente la Administración, la falta de audiencia al administrado priva a éste de la posibilidad de introducir en el expediente los elementos fácticos que la Administra-

ción debía tener en cuenta para producir el acto definitivo; pero si la oposición del interesado se apoya única y exclusivamente en *consideraciones de derecho*, la omisión de la audiencia no causaría indefensión, pues tales consideraciones jurídicas pueden plenamente exponerse en la vía de recurso, tanto administrativa como jurisdiccional.

FIGURA 7

Trámite de audiencia

3.7. LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

De modo novedoso, la LPAC —art. 88.7— dispone que cuando la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano (coincidencia prohibida en los procedimientos sancionadores), será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver una propuesta de resolución. Como se ha indicado, la propuesta de resolución tiene lugar, en general, inmediatamente después del trámite de audiencia —art. 82.1 LPAC—. No obstante, debe observarse que en algunos procedimientos la propuesta de resolución debe formularse antes del trámite de audiencia (p. ej., art. 210 LGT en relación con los procedimientos sancionadores en materia tributaria), y, en otros casos (p. ej., Ley 38/2003 General de Subvenciones), se diferencia entre una propuesta de resolución provisional (que tiene lugar antes del

trámite de audiencia) y una propuesta de resolución definitiva (que tiene lugar tras el trámite de audiencia o en caso de que pueda prescindirse del mismo). En todo caso, cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la correcta evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución —art. 77.7 LPAC—.

De otro lado, similar función a la propuesta de resolución tradicional desempeñan los acuerdos o convenios previos a la resolución que pongan término al procedimiento sin carácter vinculante para ésta —art. 86.1 LPAC—.

4. LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

4.1. LAS CLASES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Desde un punto de vista formal, pueden diferenciarse tres modalidades de terminación del procedimiento: mediante resolución unilateral —en sentido amplio— del órgano competente, mediante acuerdo bilateral con los interesados —la llamada «terminación convencional»—, y mediante la técnica de silencio administrativo, esto es que concluya el procedimiento sin resolución ni acuerdo. Ahora bien, la forma de resolución unilateral puede presentar, a su vez, dos tipos de contenidos bien distintos: por un lado, la resolución en sentido estricto, es decir aquella en la cual la Administración decide sobre el fondo del asunto —la resolución del art. 88 Ley—; y, de otro lado, otras resoluciones que, debido a determinadas circunstancias (imposibilidad material, caducidad, desistimiento y renuncia) se limitan a formalizar la terminación del procedimiento, sin decidir el fondo del asunto, declarando la circunstancia que concurra en cada caso, y con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables —art. 21.1 LPAC—.

Por esta razón, desde un punto de vista material, pueden diferenciarse dos tipos de terminación del procedimiento: por un lado, aquellas modalidades en las que la Administración emite un acto jurídico-administrativo, ya sea unilateral —la resolución en sentido estricto— o bilateral —la terminación convencional— que decide el fondo del asunto; y, de otro lado, las modalidades en las cuales el procedimiento concluye sin que la Administración haya resuelto el fondo del asunto, bien por causa imputable a los interesados —desistimiento, renuncia y caducidad—, bien por causa no imputable a los interesados —perención y silencio administrativo—, o bien por causa no imputable ni a la Administración ni a los interesados —imposibilidad sobrevenida—. En estos casos, la Administración puede dictar una resolución (en sentido amplio) cuya única finalidad es declarar la finalización del procedimiento, a efectos de seguridad jurídica. El silencio administrativo, por su especial trascendencia, será tratado en el tema siguiente dedicado a la inactividad de la Administración.

FIGURA 8

Modos de terminación del procedimiento administrativo

MEDIANTE ACTO EXPRESO DECISORIO SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO	RESOLUCIÓN UNILATERAL (88)		
	TERMINACIÓN CONVENCIONAL (86)		
SIN ACTO EXPRESO DECISORIO SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO	POR CAUSA IMPUTABLE A LOS INTERESADOS	MANIFESTADA FORMALMENTE	DESISTIMIENTO Y RENUNCIA (94) DE LOS INTERESADOS
		DE HECHO IMPIDE LA CONTINUACIÓN	CADUCIDAD (95)
	POR CAUSA NO IMPUTABLE A LOS INTERESADOS	MANIFESTADA FORMALMENTE	DESISTIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN (93)
		LA ADMINISTRACIÓN NO DICTE RESOLUCIÓN EN PLAZO	SILENCIO ADMINISTRATIVO (24-25)
			CADUCIDAD (25)
	POR CAUSA NO IMPUTABLE A NADIE	IMPOSIBILIDAD MATERIAL (84.2)	

4.2. LA RESOLUCIÓN

4.2.1. *Actuaciones complementarias*

Generalizando una posibilidad prevista para los procedimientos sancionadores, la LPAC —art. 87— establece que antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento (caso del dictamen de los consejos consultivos).

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. Tras la finalización de las actuaciones debe concederse a los interesados un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. El plazo para resolver el procedimiento quedará (obligatoriamente) suspendido desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo de inicio de las actuaciones «hasta que se produzca su terminación —art. 22.2.b) LPAC—. Aun cuando la Ley no

es precisa, habrá que entender (mediante una interpretación amplia de la noción de actuaciones complementarias) que la suspensión abarca también el plazo de alegaciones.

4.2.2. *Supuestos de inadmisión*

Mediante la inadmisión la Administración deniega una solicitud o pretensión sin entrar en el fondo del asunto por razones prevalentemente formales. La LPAC —art. 88.5— autoriza a la Administración a resolver la «inadmisión» de solicitudes «de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento» —de modo similar, arts. 106.3 y 116.e) LPAC—. La finalidad de la disposición legal consiste en evitar la práctica de trámites innecesarios en supuestos en los que claramente —de un modo manifiesto— no puede accederse a lo solicitado. Ahora bien, lo cierto es que la determinación de que el derecho no está previsto en el ordenamiento o de que la petición carece de fundamento requiere la formulación del juicio correspondiente, y que debe reflejarse en la motivación de la decisión que se adopte declarando inadmisibile la petición. En consecuencia, la resolución que declare la «inadmisión» es, en rigor, una decisión sobre el fondo y no una simple declaración de inadmisibilidad por razones formales. Asimismo, debe recordarse que si la solicitud, aun teniendo por objeto «el reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico», se formula en ejercicio del derecho constitucional de petición —art. 29 CE—, la autoridad u órgano competente está obligado a contestar motivadamente y a notificar la contestación —art. 11 Ley Orgánica 4/2001 reguladora del Derecho de Petición—.

De otro lado, aunque no lo ordene, de modo general, la LPAC, cabe la inadmisión en otros supuestos (SAINZ MORENO), en algunos casos previstos expresamente por el ordenamiento, como son los de solicitudes dirigidas a una Administración incompetente —así art. 116.a) LPAC en materia de recursos, art. 8 Ley Orgánica 4/2001 reguladora del Derecho de Petición, art. 18.1.d) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno—, o los de solicitudes o pretensiones formuladas extemporáneamente —art. 116.d) LPAC—, o en el caso de reiteración de una solicitud por el mismo particular y con los mismos fundamentos sobre una cuestión ya resuelta por anterior resolución que haya puesto fin a la vía administrativa (—art. 106.3 LPAC en materia de revisión de oficio, o art. 18.1.e) Ley 19/2013—).

4.2.3. *Requisitos materiales de la resolución*

La Administración debe dar respuesta en la resolución a todas las cuestiones planteadas en el procedimiento. A este respecto, pueden distinguirse dos tipos de cuestiones:

— *Cuestiones planteadas por los interesados.* En todo tipo de procedimientos, la resolución debe decidir —art. 88.1 LPAC— todas las cuestiones planteadas por los interesados —ya sea a través de alegaciones formuladas durante la tramitación del procedimiento o específicamente en el trámite de audiencia—. Más aún, en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución —art. 88.2 LPAC— debe ser congruente con las peticiones formuladas por aquél: *principio de congruencia* que prohíbe dar más de lo pedido —*ultra petita*—, o dar algo distinto de lo pedido. Ahora bien, ello no debe interpretarse en un sentido formalista que obligase a reproducir o hacer

alusión expresa de todas las alegaciones y documentos en la resolución; basta que del texto de la misma se desprenda inequívocamente que el órgano las ha tenido en cuenta.

— *Cuestiones conexas*. Dado que la Administración está obligada a atender las exigencias del interés público, en el procedimiento administrativo el órgano competente para resolver debe decidir, no sólo las cuestiones planteadas por los interesados, sino también otras cuestiones «conexas» o derivadas del procedimiento aun cuando no hayan sido planteadas por los interesados —art. 88.1 LPAC—. En este caso de cuestiones conexas, con objeto de salvaguardar el principio contradictorio, la Ley establece que para que el órgano competente pueda pronunciarse sobre las mismas debe antes ponerlas de manifiesto a los interesados, por un plazo no superior a 15 días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

— *La prohibición de la reformatio in peius*. En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, la LPAC —art. 88.2— establece una garantía adicional, en el sentido de que la resolución en ningún caso puede agravar la situación inicial del interesado. Con esta garantía se trata de evitar que la Administración, mediante este tipo de resoluciones, pueda inhibir a los interesados —piénsese en un recurso administrativo contra una sanción, del cual se derivase una sanción más gravosa que la recurrida—. Si la Administración considera que la tramitación del procedimiento iniciado a solicitud del interesado ha puesto de relieve la existencia de hechos que puedan comportar un empeoramiento de la posición jurídica del interesado, deberá entonces incoar de oficio un nuevo procedimiento, pero no podrá en el procedimiento iniciado por el interesado empeorar su situación de partida.

4.2.4. *Requisitos formales de la resolución*

La resolución debe contener la decisión, que será motivada en los casos establecidos por la Ley —art. 35.1—, que se estudian en el tema correspondiente a los elementos del acto administrativo. Asimismo, la Ley —art. 88.6— dispone que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma (motivación *in aliunde* o *per relationem*). Y la jurisprudencia (STS 21-12-2005, Ref. Iustel: §246996) sostiene que no es necesaria la reproducción literal del informe, como pareciera desprenderse del precepto, siempre que la resolución final lo invoque expresamente y se adjunte a la misma. Asimismo, la LPAC —art. 88.3— exige que la resolución exprese, además, los recursos que contra la misma procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieren de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno. De este modo, la Ley lleva al contenido de la resolución un requisito que se consideraba de la notificación de la resolución, y que de hecho sigue vigente como tal —art. 40.2—. Por lo demás, si la resolución se adopta por delegación, la LRJSP —art. 9.4— exige se indique expresamente esta circunstancia. E, igualmente, si existe una delegación de firma —art. 12.3 LRJSP—.

Asimismo, alguna Ley autonómica establece un precepto perfectamente generalizable, según el cual las resoluciones de la Administración se redactarán en términos claros y sencillos, utilizando un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas y jurídicas, resulte comprensible (Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Castilla y León —art. 19—). Por último, las normas reguladoras de algunos procedimientos fijan un plazo específico para la aprobación de la resolución a contar desde la fecha de formulación de la propuesta de resolución.

4.3. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL

4.3.1. *Concepto y clases*

Siguiendo la novedad introducida en su día por la Ley 30/1992, la LPAC —art. 86.1— posibilita la terminación del procedimiento administrativo mediante un acuerdo bilateral entre la Administración y los interesados. Este acuerdo puede tener la consideración de acto finalizador del procedimiento, con carácter alternativo a la resolución unilateral, o bien puede configurarse como un acto previo a la resolución que pondrá fin al procedimiento, es decir sin sustituir formalmente a ésta, pero con un carácter vinculante, de modo que el contenido de la resolución estará ya predeterminado en el acuerdo o convenio.

Asimismo, según su objeto, pueden distinguirse dos tipos de acuerdos para finalizar un procedimiento (MENÉNDEZ REXACH): los *convenios de composición*, que tienen por finalidad dirimir diferencias de criterio sobre la aplicación de la Ley en un caso concreto —caso de los convenios expropiatorios para la determinación del justiprecio a abonar por la Administración, o para la fijación de la indemnización en caso de responsabilidad patrimonial de la Administración, o las transacciones de la Hacienda Pública—; y los *convenios de intercambio*, mediante los cuales las partes asumen derechos y deberes específicos —caso de los convenios urbanísticos o en materia de subvenciones—.

4.3.2. *Ámbito de aplicación*

La LPAC no contiene una autorización genérica para que las Administraciones Públicas celebren acuerdos con los interesados con objeto de finalizar los procedimientos administrativos, sino que se limita a contemplar esta figura de un modo general. Para la aplicación de esta forma de terminación del procedimiento la propia LPAC —art. 86.1— exige que por disposición —legal o reglamentaria— se regule su alcance, efectos y régimen jurídico. Por tanto, la LPAC remite la posibilidad de suscribir estos acuerdos a la legislación específica de cada procedimiento. Así, por ejemplo, la propia LPAC —arts. 86.5, 81.2 y 90.4— prevé la terminación convencional en relación con los procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial, para la concesión de subvenciones públicas —art. 7 del RD 2225/1993—, o para el otorgamiento de autorizaciones —art. 5 RD 1778/1994—. Por el contrario, esta terminación convencional es cuestionable en determinados tipos de procedimientos de actuación reglada por parte de la Administración, caso de los procedimientos sancionadores, si bien debe señalarse que ya se ha previsto así en algún caso (Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia —art. 52—).

4.3.3. *Requisitos*

Los acuerdos deben documentarse y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no «según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados» —art. 86.2—. Por tanto, a diferencia de los Convenios de colaboración previstos en la propia LRJSP —art. 48.8—, no se impone con carácter general su publicación; y si bien es cierto que podría ser excesivo un deber genérico

de publicación, la ausencia de un criterio al respecto puede dar lugar a problemas de falta de transparencia en este tipo de relaciones bilaterales. En todo caso, requieren la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de competencia directa de dicho órgano —art. 86.3—, como ocurre con las transacciones, judiciales y extrajudiciales, sobre derechos de la Hacienda Pública —art. 39.1 Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria—, o sobre el Patrimonio de las Administraciones Públicas —art. 31 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas—.

4.3.4. *Límites*

Como es lógico, la LPAC —art. 86.1— ordena que los acuerdos que se suscriban no deben ser contrarios al ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en materia de subvenciones, se establece que, en cualquier caso, la terminación convencional deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes y peticiones —art. 7.1 RD 2225/1993—. Además, la LPAC —art. 86.1— ordena que los acuerdos no pueden tener por objeto las materias que legalmente no son susceptibles de transacción (salvo acuerdo del Consejo de Ministros, antes indicado), ni deben suponer una alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, pues la competencia es indisponible —art. 8.1 LRJSP—, ni una alteración de la responsabilidad que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos, responsabilidad que la LRJSP —art. 36— obliga a la Administración a exigir de oficio a las autoridades y personal a su servicio.

4.4. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA

4.4.1. *Nociones*

Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos —art. 94.1 LPAC—. Tanto en la renuncia como en el desistimiento existe un abandono por parte del interesado. En el *desistimiento* el abandono afecta únicamente a la acción o pretensión ejercitada en ese concreto procedimiento; es decir, el interesado en un procedimiento declara su voluntad sin condiciones (STS 30-1-2008, Rec. 3420/2004) de no seguir interviniendo en el mismo. En cambio, la *renuncia* es el acto por el cual el interesado en un procedimiento declara su voluntad, no ya de no seguir interviniendo en ese procedimiento, sino de disponer del derecho subjetivo mismo que hacía valer en el procedimiento; es decir, la renuncia es un abandono del derecho. El desistimiento afecta, por tanto, únicamente a la acción ejercitada en un procedimiento concreto, mientras que la renuncia, al ser un acto dispositivo, afecta al derecho sustantivo.

4.4.2. *Requisitos y límites*

Esta diferente naturaleza justifica una importante diferencia entre ambas figuras. En efecto, si para desistir de un procedimiento no hay, en principio, límites, la renuncia, en cambio, está sujeta a los límites generales establecidos en el Código Civil —art. 6.2—,

es decir, a que no contradiga el interés público y que no perjudique a terceros. En cuanto a los requisitos para su formulación, la LPAC —art. 94.3— permite que tanto el desistimiento como la renuncia pueden hacerse por cualquier medio que permita su constancia, siempre que incorpore las firmas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable. No obstante, debido a su trascendencia, en el caso de que el desistimiento o la renuncia se realicen a través de representante, éste debe acreditar ante la Administración la representación —art. 5.3 LPAC—. A este respecto, el Tribunal Constitucional (STC 51/2003) ha declarado que la renuncia al ejercicio de acciones, y con mayor motivo cuando se pretende con ellas la tutela de derechos fundamentales sustantivos (en el caso el derecho de huelga), ha de ser expresa o deducida de una conducta inequívoca, y fundamentarse en el beneficio o ventaja que tal renuncia reporta al titular de la acción. Por lo demás, aunque la Ley no lo diga, debe entenderse que ambas facultades pueden ejercitarse en cualquier momento del procedimiento.

4.4.3. *Efectos*

Según la LPAC —art. 94.4—, la Administración está obligada a aceptar de plano tanto el desistimiento como la renuncia. Ahora bien, ello no significa, en todo caso, que deba considerarse concluido el correspondiente procedimiento. Para precisar los efectos de la renuncia y del desistimiento sobre el procedimiento deben distinguirse las situaciones siguientes:

— *Procedimientos iniciados de oficio por la Administración.* En estos casos, el desistimiento y la renuncia de los interesados no afecta, en principio, a la continuidad del procedimiento.

— *Procedimientos iniciados a solicitud de interesado.* En estos casos la Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo en dos supuestos: *a)* habiéndose personado en el procedimiento terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia —art. 94.4—; *b)* si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento —art. 94.5—.

4.4.4. *El desistimiento de la Administración*

La Ley 30/1992 no contempló expresamente la posibilidad de que la propia Administración desista de la continuación de un procedimiento. Sin embargo, el hecho es que la jurisprudencia admitió esta posibilidad, pues si la Administración puede, a la vista de la información reservada, acordar la no iniciación de un procedimiento, tanto más podrá acordar el archivo de las actuaciones sin llegar al acto terminal de fondo, cuando llegue al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate. El propio principio de eficacia postula esta facultad, con objeto de evitar sostener actuaciones innecesarias. No obstante, la jurisprudencia consideró que la Administración está obligada a dictar un acto expreso de desistimiento (STS de 26 de abril de 2013, recurso de casación n.º 2314/2010). En tal sentido, la LPAC —art. 93— dispone que en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente —art. 35.1.g)—, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes.

4.5. LA CADUCIDAD

4.5.1. *Noción*

La paralización de un procedimiento puede determinar su terminación por «caducidad». Ahora bien, la LPAC contempla dos tipos de caducidad del procedimiento que responden a un régimen diverso: por un lado, la caducidad causada por la paralización del procedimiento imputable al interesado —art. 95—; y, por otro lado, y con carácter novedoso respecto a la Ley de Procedimiento de 1958, la caducidad causada por la paralización del procedimiento no imputable al interesado —art. 25.1.b)—, llamada también *perención* (GONZÁLEZ NAVARRO), que será estudiada en el tema siguiente dedicado a la inactividad de la Administración (figura 9).

FIGURA 9

Clases de caducidad del procedimiento administrativo

CLASES DE CADUCIDAD	POR INACTIVIDAD DEL INTERESADO (95)	POR INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN (25.1.b)
CLASES DE PROCEDIMIENTOS	Iniciados a solicitud de interesado	Iniciados de oficio por la Administración con efectos desfavorables para los interesados
PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	Imputable al interesado	No imputable al interesado
REQUISITOS FORMALES	<ul style="list-style-type: none"> • Advertencia • Plazo de tres meses • Resolución declaratoria de la caducidad 	No se requiere resolución «declaratoria» de la caducidad
EL TIEMPO DE DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CADUCADO NO SE COMPUTA A EFECTOS DE SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE ...	La acción del interesado	La acción de la Administración

4.5.2. *La caducidad por inactividad del interesado*

Según la LPAC —art. 95.1—, esta caducidad se aplica a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Podría declararse también la caducidad en el caso de procedimientos iniciados de oficio por la Administración que pudieran comportar efectos favorables para los administrados y en los cuales se hubiese personado algún interesado. Sin embargo, la LRJPAC —art. 25.2— declara en estos casos que, si el procedimiento se paraliza por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

La paralización del procedimiento debe ser imputable al interesado por falta de realización de las actividades necesarias que permitan reanudar su tramitación. Por este motivo, la Ley —art. 95.2— prohíbe que pueda acordarse la caducidad por la

simple inactividad del interesado en el cumplimiento de trámites aislados, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad puntual no tendrá, en principio, otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite —arts. 95.2 y 73.3—. Asimismo, como señala la doctrina (SAINZ MORENO), la exigencia de la actividad cuya omisión se imputa al interesado como causa de la caducidad del procedimiento debe estar cubierta por las normas que rigen cada procedimiento y no puede sobrepasar los límites que la propia LPAC establece —p. ej., en materia de presentación de documentos o comparecencias—.

De otro lado, la caducidad del procedimiento no se produce de un modo automático por la inactividad del interesado, sino que debe ser «declarada» por la Administración, mediante una «resolución» en sentido amplio —art. 21.1 LPAC—. Pero antes de declarar la caducidad del procedimiento, la Administración está obligada a advertir al interesado que si no realiza las actividades necesarias para reanudar la tramitación en el plazo de tres meses desde la advertencia, se producirá la caducidad del mismo, advertencia que debe tener lugar una vez que efectivamente se ha producido la paralización, y no anteriormente de modo preventivo —STS 4.2.2002, Ar. 1596—. Si transcurre el plazo sin que el interesado elimine con su actividad la causa de la paralización del procedimiento, la Administración debe, en principio, declarar mediante una resolución expresa la caducidad del mismo (hechos producidos y normas aplicables), la cual será notificada al interesado, y contra ella pueden interponerse los recursos pertinentes —art. 95.1—. Con todo, tal vez el plazo de tres meses resulte hoy en día excesivo (se aprecia una inercia desde la antigua Ley de Procedimiento de 1958, pasando por la Ley 30/1992).

Asimismo, la LPAC —art. 95.4— dispone que podrá no ser declarada la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente suscitar la cuestión para su definición y esclarecimiento. En realidad esta posibilidad no encaja con la hipótesis a que responde la caducidad, pues si la caducidad se debe a una inactividad del interesado que imposibilita la continuación del procedimiento, no se entiende cómo va a ser posible que éste prosiga por muy afectado que esté el interés general: en tal caso, lo que procederá es iniciar de oficio un nuevo procedimiento.

Por último, en cuanto a los efectos de la declaración de caducidad, ésta pone término al procedimiento, dando lugar al archivo de las actuaciones —art. 95.1—. Ahora bien, la caducidad únicamente afecta al procedimiento concreto sobre el que recae, de modo que no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular, si bien los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción de la acción del interesado —art. 95.3 LPAC—. Es decir, el tiempo de duración del procedimiento caducado se considera tiempo de consumo del plazo de prescripción de la acción de que se trate.

4.5.3. *La imposibilidad material*

La LPAC —art. 84.2— incluyó una causa de terminación del procedimiento próxima a la caducidad, pues tiene en común con ésta la paralización del procedimiento. Ahora bien, en este caso la paralización del procedimiento no es imputable ni al interesado ni a la Administración, sino que obedece a causas sobrevenidas —p. ej., en caso de fallecimiento del inculcado en un procedimiento sancionador—. En todo caso, la terminación del procedimiento debe ser declarada expresamente por la Administración mediante «resolución» motivada —art. 35.1.g)—. Y, según han declarado

los tribunales, no cabe alegar esta causa una vez vencido el plazo para resolver (STSJ Castilla y León 19-11-2013, Rec. 502/2012).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2006.
- CIERCO SEIRA, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.
- «Procedimiento administrativo y ejercicio de la función consultiva: sobre el concepto y régimen de los informes», *RAr.AP*, n.º 18, 2001, pp. 165 ss.
- «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», *RAr.AP*, n.º 21, 2002, pp. 233 ss.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: «Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo», *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Civitas, 1993, pp. 537 ss.
- GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GAMERO CASADO, E.: «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, n.º 85 (1995), pp. 99 ss.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.: *La caducidad del procedimiento administrativo*, Montecorvo, Madrid, 1998.
- MARINA JALVO, B.: *Medidas Provisionales en la Actividad Administrativa* Valladolid, 2007.
- REBOLLO PUIG, M.: «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 658 ss.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VV.AA.: *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, 2007.

BLOQUE TEMÁTICO 4

EL ACTO ADMINISTRATIVO

TEMA 15

EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO, CLASES Y ELEMENTOS; VALIDEZ E INVALIDEZ

1. CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La definición del acto administrativo es una tarea sobre la que recae un enorme peso, dada la trascendencia que esta cuestión adquiere en el conjunto del Derecho Administrativo. El acto administrativo es el último eslabón de la cadena de la legalidad, y a través del mismo discurre la mayor parte de la actividad administrativa. Es el producto jurídico de mayor profusión en el ámbito del Derecho Administrativo. Con ello puede intuirse la variedad de actuaciones de la Administración que se formalizan mediante actos administrativos. Y de este modo se comprenderá también la dificultad de definir con sencillez, pero con complitud, una figura jurídica de contenido y características tan ricas y variadas.

Ninguna ley recoge una definición del acto administrativo. En cuanto a las aportaciones doctrinales, la más aceptada es obra de ZANOBINI, posteriormente completada entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA, dando como resultado la siguiente definición: *acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, emanada de un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*. Pasemos a analizar sus notas conceptuales.

1.^a El acto administrativo es una declaración *de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo*. Con ello se hace referencia al contenido del acto, que puede ser muy variado. Así, puede dirigirse a otorgar una licencia —declaración de voluntad—; elaborar una propuesta de resolución que se somete a otro órgano distinto —declaración de deseo—; certificar las calificaciones de un alumno de un centro público —declaración de conocimiento—; o resolver recursos administrativos y emitir informes y dictámenes —declaración de juicio—. En particular, debe destacarse que las declaraciones de conocimiento —como son las actas y las certificaciones públicas— constituyen actos administrativos. Ello no obstante, un sector doctrinal (GIANNINI, BOQUERA OLIVER, PARADA, VILLAR PALASÍ) considera que sólo son verdaderos actos administrativos los que contienen una declaración de voluntad, excluyendo del concepto a los actos de contenido diferente.

2.^a El acto administrativo *es, esencialmente, unilateral*, sin que requiera mediación de voluntad del sujeto destinatario para alcanzar validez —art. 39.1 LPAC—. La licencia se presume válida desde el momento en que la Administración la otorga, no siendo precisa la aceptación del interesado; las multas se presumen válidas desde el momento en que se imponen; los certificados, desde que se expiden; etc. En algunos casos aislados, el acto administrativo precisa la aceptación del particular: así, el otorgamiento de una subvención. Pero en tales casos, la aceptación es una carga impuesta sobre el administrado, que le habilita a su percepción, lo que no contradice el carácter unilateral del acto por el que se otorga la subvención, ni afecta a la validez del mismo, que se produce desde el momento en que se dicta el acto de otorgamiento, y no cuando se acepta la subvención. En cualquier caso, la posibilidad de que el procedimiento administrativo culmine mediante una terminación convencional —véase Tema 14, § 4— determina el nacimiento de una nueva categoría, la del *acto consensual* (PAREJO ALFONSO), que no pierde necesariamente el carácter de acto unilateral a pesar de ser adoptado de acuerdo con el interesado.

3.^a El acto administrativo *se encuentra regulado por el Derecho Administrativo*. En este sentido, debe notarse que *el acto administrativo puede encontrarse regulado por cualquier norma jurídico-administrativa*, y no sólo por la Ley 39/2015. Por ejemplo, por la Ley de Expropiación Forzosa, o por la Ley de Contratos del Sector Público —este último supuesto lo veremos con detalle un poco más adelante—. No obstante, el régimen general de los actos administrativos es el que aparece en la LPAC, y especialmente, en su Título III, arts. 34 a 52.

4.^a El acto administrativo *es dictado, generalmente, por una Administración Pública*. Este rasgo conceptual se encuentra en crisis, pues como ya sabemos, existen otras instituciones públicas que dictan actos sujetos al Derecho Administrativo, como es el caso de los órganos constitucionales. Existen dos posiciones doctrinales al respecto, sin que difieran las consecuencias prácticas que derivan de cada una de ellas; son las siguientes:

a) Los actos sometidos al Derecho Administrativo que dictan sujetos distintos de la Administración Pública son verdaderamente actos administrativos (COSCULLUELA).

b) Tales actos se someten al Derecho Administrativo, y son juzgados por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no constituyen realmente actos administrativos, sino actos de otra naturaleza, cuyo régimen se ha asimilado al de los actos administrativos por razones de economía legislativa (SÁNCHEZ MORÓN, GARRIDO FALLA, SANTAMARÍA).

5.^a El acto administrativo *es fiscalizable, como regla general, ante la jurisdicción contencioso-administrativa*.

2. DELIMITACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para precisar mejor el concepto de acto administrativo, conviene recoger a continuación una serie de *actuaciones que no son actos administrativos*, a pesar de que sean llevadas a cabo por la Administración.

1.º *Los reglamentos no son actos administrativos*, pues aunque presenten ciertas características comunes, su naturaleza jurídica es diferente y se encuentran sometidos

a regímenes jurídicos distintos. No obstante, en la práctica no siempre es fácil identificar si un determinado producto jurídico es un reglamento o un acto administrativo. Por ejemplo, los actos y los reglamentos no se distinguen por su denominación, debido a que el nombre que se confiere a las actuaciones de las Administraciones Públicas, por lo general, toman en consideración el sujeto actuante, pero no el carácter de la actuación que se lleva a cabo. Así, como ya sabemos, las actuaciones del Gobierno, sean actos, reglamentos, o normas con rango de ley, incluyen el término «decreto»; las de los ministros, «orden ministerial»; etc. Por ejemplo, debe evitarse la frecuente confusión de entender que todo lo que incluye la denominación de «decreto» tiene carácter normativo, o incluso rango de Ley, porque ese término sólo indica el órgano autor de la disposición. Así:

FIGURA 1

Actuaciones del Gobierno

Actuación	Autor	Naturaleza jurídica
Real Decreto-ley	Gobierno, convalidado por Congreso de los Diputados	Norma con rango de ley
Real Decreto Legislativo	Gobierno, habilitado por Cortes Generales	Norma con rango de ley
Real Decreto	Gobierno o Presidente del Gobierno	Acto administrativo o reglamento, según criterios de normatividad y generalidad

Ello obliga a analizar los criterios que distinguen materialmente los actos de los reglamentos, que son, básicamente, dos (GARCÍA DE ENTERRÍA):

A) *Criterio de la normatividad*: Los reglamentos *son normas jurídicas*, en tanto que los actos son aplicación de normas. El reglamento innova en el ordenamiento jurídico, crea normas nuevas; en cambio el acto se limita a poner en marcha lo dispuesto por dichas normas. El reglamento tiene vocación de permanencia en el tiempo, no se agota con su ejercicio; en cambio el acto tiene efectos consuntivos, es decir, una vez aplicado ya no es de utilidad posterior.

B) *Criterio de la generalidad*: El reglamento se dirige a una pluralidad indeterminada de sujetos, en tanto que el acto administrativo tiene como destinatario a una persona singular y concreta. Los reglamentos establecen disposiciones impersonales y abstractas, en tanto que los actos disponen actuaciones concretas e inmediatas, que afectan a sujetos singularizados. Esta característica es sólo una regla general, de la que existen excepciones. Ello se debe a la posibilidad de que se dicten los llamados *actos administrativos generales*, es decir, un tipo de acto que se dirige a una pluralidad indeterminada de sujetos. El ejemplo más clásico de este tipo de acto son las convocatorias públicas. Algunas de ellas se dirigen a un grupo específico de sujetos indeterminados —como las convocatorias de exámenes de la Facultad, que sólo afectan a los matriculados—, y otras tienen como destinatarios a una serie de sujetos que resulta imposible precisar *a priori* —así, convocatorias de oposiciones, o de subvenciones, en las que nunca se sabe quién podrá o no concurrir—. De aquí resulta que la distinción principal entre el acto y el reglamento no descansa sobre la generalidad de

este último, sino que se apoya en el carácter normativo: si la actuación general tiene vocación de permanencia en el tiempo, se tratará de un reglamento, y si se agota con su ejercicio —como es el caso de las convocatorias— será un acto administrativo. No obstante, el criterio de la generalidad, sin ser infalible, es de gran utilidad para detectar los reglamentos en la mayoría de los casos.

Buen ejemplo de la dificultad que entraña deslindar a veces entre actos administrativos y reglamentos es la doctrina jurisprudencial sobre las relaciones de puestos de trabajo (un instrumento de ordenación del empleo público, véase Tema 10, § 3.1.1): tradicionalmente se calificaban como reglamentos (SSTS 13-2-2001, rec. 840/2000; 20-02-2001, rec. 1040/2000), en tanto que se califican como meros actos administrativos por la jurisprudencia más reciente (STS 5-2-2014, rec. 2986/2012; 5/9/2014, rec. 4449/2012, y otras muchas).

2.º Los *actos políticos del Gobierno*, cuyo contenido y naturaleza ya conocemos —Tema 1—, no constituyen actos administrativos en sentido propio, aunque emanen del Gobierno y se articule sobre ellos un control contencioso-administrativo limitado —art. 26.3 LG—.

3.º Las denominadas *operaciones materiales, o de ejecución*. Se trata de actividades de la Administración con las que se dispensan prestaciones de carácter material, o se ejecuta materialmente lo dispuesto en un acto administrativo. Como ejemplos de actividades prestacionales pueden citarse una operación quirúrgica efectuada en un centro sanitario público, o el transporte de un viajero en un autobús municipal; como ejemplos de actos de ejecución se sitúan el cobro de una deuda líquida por embargo administrativo, la demolición de un edificio ilegal, o la retirada de un vehículo de la vía pública. Naturalmente, en todos estos casos nos encontramos ante actividades de la Administración, pero se trata de actividades materiales, distintas de la actividad *formalizada* que calificamos como acto administrativo. Las actividades materiales y de ejecución se encuentran reguladas por el Derecho Administrativo, pero no constituyen una declaración *formal* de voluntad, de conocimiento, de deseo o de juicio, sino la *ejecución* de tales declaraciones —que han sido previamente consignadas en actos propiamente dichos—, o bien la simple realización de acciones materiales por parte de la Administración. El acto administrativo es una declaración, no una ejecución. La distinción es de importancia, pues a pesar de que en ambos casos nos encontremos ante un régimen jurídico-administrativo, el establecido para las actividades materiales y de ejecución es distinto del aplicable a los actos administrativos; así tendremos ocasión de comprobarlo más adelante, y especialmente, con el estudio del Tema 18 —*Ejecución de los actos administrativos*—.

4.º Los *contratos administrativos no son actos administrativos*, pues no gozan de la nota de la unilateralidad. Para su existencia, el contrato administrativo precisa de dos voluntades, la de la Administración y la del particular, sin las cuales no puede perfeccionarse el contrato. Ello no obstante, las actuaciones unilaterales de la Administración dirigidas a la firma del contrato, a las que tradicionalmente calificamos como *actos separables*, sí tienen carácter de acto administrativo y por consiguiente son susceptibles de control contencioso-administrativo. Por ejemplo, la convocatoria de un concurso para la ejecución de una obra pública es un acto separable incluido en el procedimiento de contratación de dicha obra pública, y caso de que incurra en ilegalidades (por ejemplo, la aprobó un órgano incompetente) puede ser objeto de recurso.

5.º Los *convenios entre Administraciones Públicas tampoco son actos administrativos*, por la misma razón que no lo son los contratos: los convenios no son activi-

dades unilaterales, sino que requieren la confluencia de dos voluntades —en este caso, la voluntad de dos instituciones públicas.

6.º *Las actuaciones realizadas por la Administración Pública con sujeción al Derecho privado no son actos administrativos.* La Administración realiza actuaciones con sujeción a otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil —por ejemplo, en el alquiler de un edificio de su propiedad—, el Derecho laboral —cuando gestiona a empleados públicos vinculados por contratos laborales— o el mercantil —gestión de acciones de empresas mercantiles en mano pública, o de títulos valores—. Debe notarse, no obstante, que en todos los actos de Derecho privado emanados de la Administración existen una serie de requisitos establecidos por el Derecho Administrativo, como por ejemplo, el de la competencia. La vulneración de uno de tales requisitos constituye un vicio de Derecho Administrativo, no de Derecho Privado y, por consiguiente, la vía procesal adecuada es la contencioso-administrativa. Por ejemplo, en el despido de un empleado laboral, cuyas causas se encuentran reguladas por el Derecho del Trabajo, la determinación del órgano competente para acordarlo es en cambio materia propia del Derecho Administrativo: así, si el acto de despido debió acordarse por un Secretario de Estado, y en su lugar lo adoptó un Director General, tal infracción lo es de las normas jurídico-administrativas, y deberá dilucidarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa; en cambio, si el acto fue dictado por el órgano competente, y el trabajador pretende recurrir la causa de despido por considerarlo improcedente, nos encontraremos ante la aplicación de las normas laborales, y el acto será residenciable ante la jurisdicción social.

7.º *Las actuaciones realizadas por los particulares en sus relaciones con la Administración no son actos administrativos, aunque den lugar al establecimiento de relaciones o a consecuencias jurídico-administrativas.* Por ejemplo, la presentación de una declaración del IRPF, o la presentación de un examen, no son actos administrativos, si bien generan derechos y obligaciones de carácter jurídico-público. Importa notar que tampoco lo son dos técnicas alumbradas en nuestro Derecho para permitir el inicio de actividades privadas: las *declaraciones responsables* y las *comunicaciones previas*, reguladas en el art. 69 LPAC, y que serán estudiadas en el Tema 23, § 3.3.3. Estas actuaciones no son actos administrativos, sino escritos presentados por los ciudadanos, pero tienen efectos jurídico-administrativos: en unos casos forman parte de un procedimiento administrativo y en otros pueden dar lugar al ejercicio de potestades administrativas; por ejemplo, la comunicación del inicio de una actividad permite que la Administración despliegue una actividad de inspección para verificar el cumplimiento de sus requisitos de ejercicio, y también puede suponer la sanción de quienes incurran en infracción al ejercer la actividad.

FIGURA 2

Régimen jurídico de la actividad de las Administraciones Públicas

TIPO DE ACTUACIÓN	RÉGIMEN JURÍDICO AL QUE SE SOMETE	JURISDICCIÓN COMPETENTE	ALCANCE	
Actos y contratos de derecho civil, mercantil, laboral	Derecho civil, mercantil, laboral	Contencioso-administrativa	Actos jurídicos separables	
		Civil, mercantil o laboral	Efectos, ejecución y extinción	
Actos políticos	Derecho constitucional	Contencioso-administrativa	Competencia limitada	
Actuaciones jurídico-administrativas: todas se someten al Derecho Administrativo	Disposiciones generales (reglamentos)		Competencia plena	
	Actuaciones singulares formalizadas	Contratos administrativos		Contencioso-administrativa
		Actos administrativos		
Actuaciones singulares no formalizadas	Actividades materiales de prestación o ejecución	Contencioso-administrativa; en casos de vía de hecho —Tema 18—, también la civil	Competencia plena	

3. CLASIFICACIONES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Existen distintos criterios para clasificar los actos administrativos, siendo heterogénea la importancia que reviste cada uno de ellos. Las clasificaciones más relevantes son las siguientes:

3.1. EN FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN QUE LOS DICTA

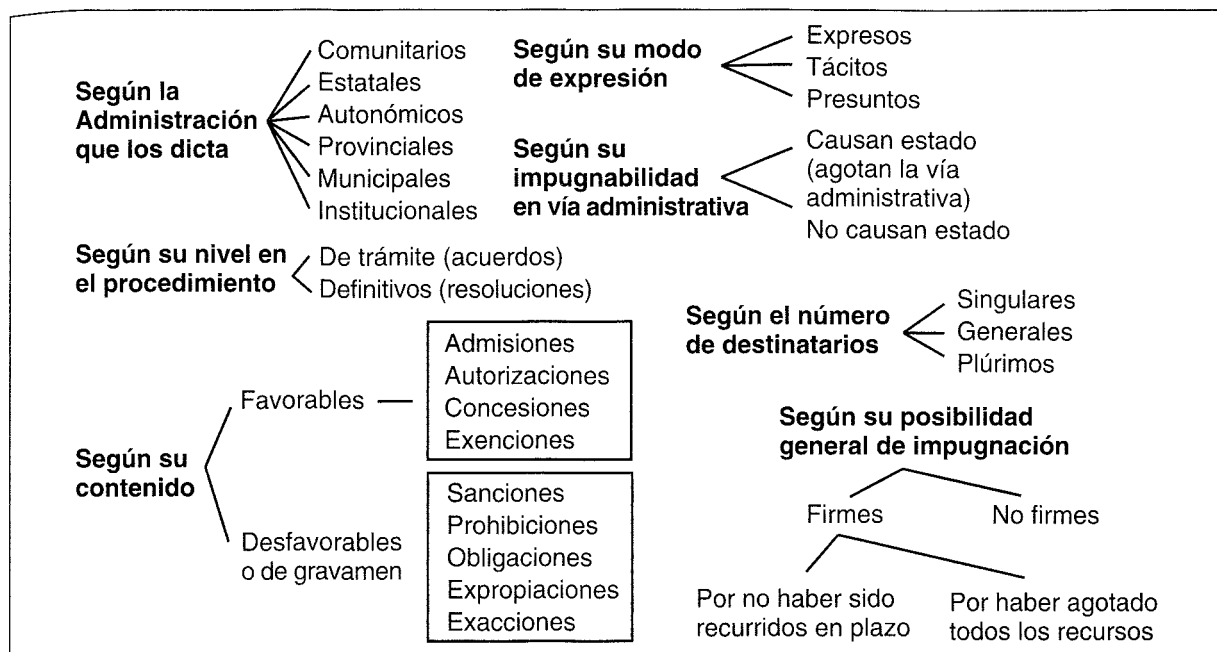
Conforme a este criterio los actos pueden ser comunitarios, estatales, autonómicos, provinciales, municipales, o de una Administración especializada. El objeto de esta clasificación es reseñar el hecho de que el acto se enclavará en un régimen jurídico distinto, según cuál sea la Administración que lo dicte (véase Tema 1, figura 2).

3.2. EN FUNCIÓN DE SU CONTENIDO: ACTOS FAVORABLES Y DESFAVORABLES

Esta clasificación es sumamente importante, pues conlleva la fragmentación de los actos administrativos en grupos homogéneos, sometidos a regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de este criterio, distinguimos entre *actos favorables* y *actos desfavorables o de gravamen*:

FIGURA 3

Clasificación de los actos administrativos



A) *Actos favorables*, o actos que amplían las facultades de los administrados. Entre ellos podemos destacar:

1. Los actos de admisión: los que comportan la incorporación de un sujeto al uso de un servicio público, como la matriculación en un centro de educación.
2. Los actos de autorización, como la obtención de una licencia municipal de apertura de un negocio.
3. Los actos de concesión y otorgamiento: no existe un derecho previo, pero la Administración lo crea. Por ejemplo, no se tiene derecho a usar el dominio público de manera que se impida el disfrute de los demás, pero la Administración puede otorgar una concesión de dominio público, y permitir el uso privativo del bien, en cuyo caso está creando el derecho y no autorizando el ejercicio de un derecho preexistente. En el mismo tipo se sitúa el otorgamiento de subvenciones.
4. Actos de exención o dispensa: liberan al particular de una obligación normalmente exigible. Por ejemplo, la exención de un impuesto.

B) *Actos desfavorables o de gravamen*, o actos que restringen las facultades de los administrados. Entre ellos se encuentran:

1. Los actos sancionadores, como las multas.
2. Los actos de prohibición —limitaciones de no hacer—, como la orden de cierre de un local.
3. Las obligaciones de hacer: por ejemplo, la plantación forzosa de un tipo de cultivo, o la orden de derribo de un edificio en ruina.
4. Expropiaciones y figuras afines.
5. Exacciones fiscales.

La distinción entre actos favorables y desfavorables da lugar a una serie de consecuencias, que son estudiadas en diversos lugares de este manual. Por ejemplo —en términos generales y salvo excepciones—, los actos desfavorables han de encontrarse siempre motivados en tanto que los actos favorables pueden carecer de motivación. Asimismo, la Administración puede revocar los actos desfavorables, en principio, con cierta libertad, mientras que los actos favorables han de someterse a un riguroso procedimiento para poder ser eliminados, al existir un principio general de irrevocabilidad de los actos favorables que constituye un principio estructural esencial o básico del acto administrativo (ALMEIDA).

3.3. EN FUNCIÓN DE SU MODO DE EXPRESIÓN: EXPRESOS, TÁCITOS Y PRESUNTOS

Distinguimos así entre actos expresos, tácitos y presuntos. Un acto *expreso* es aquel en que la Administración efectúa una declaración explícita, dirigida a los particulares. El hecho de que un acto sea expreso no comporta necesariamente que sea escrito, pues como hemos de ver más adelante, puede recogerse en otro soporte distinto —oral o verbal, acústico, etc.—.

De otro lado, un acto *tácito* —o implícito— es aquella actuación de la Administración que conlleva implícitamente una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio, que no ha sido exteriorizada de forma expresa. Por ejemplo, en un solar que había sido expropiado para la realización de un parque público comienza a construirse un edificio municipal de oficinas, actuación de la que el particular a quien le fue expropiado el terreno puede deducir que el municipio ha desistido de su propósito de construir el parque, lo que le permite iniciar un procedimiento para recuperar lo expropiado —derecho de reversión—.

Por último un acto *presunto* es una situación de inactividad de la Administración a la que por ministerio de la ley se le aparejan determinadas consecuencias jurídicas, esto es, se presume que existe un acto frente a la inactividad de la Administración. El estudio de este tipo de actos tuvo lugar en el Tema 13.

3.4. EN FUNCIÓN DE LA POSICIÓN QUE OCUPA EL ACTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: DEFINITIVOS Y DE TRÁMITE

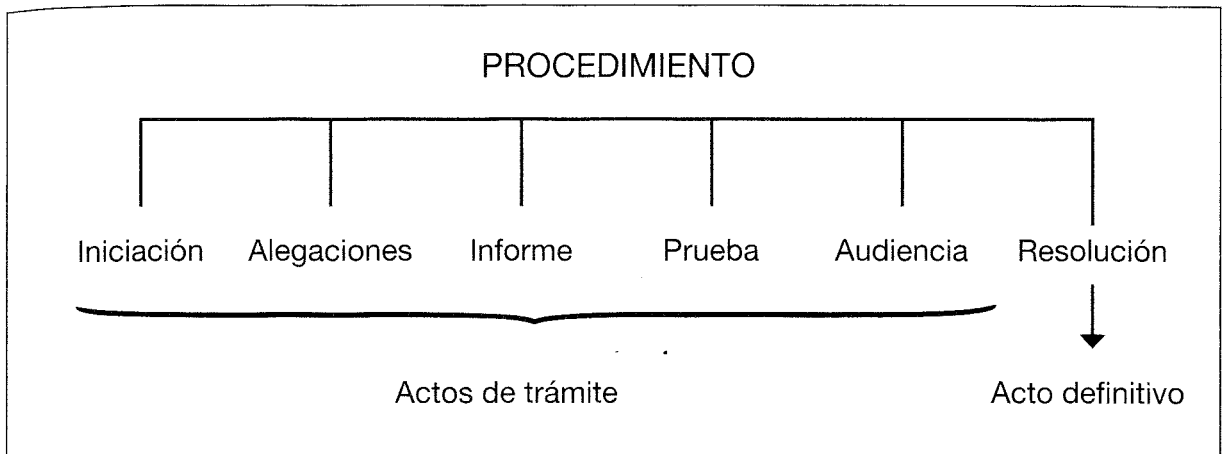
Esta clasificación reviste gran interés. Como sabemos, el procedimiento administrativo es una sucesión de trámites que desembocan en una resolución final: a lo largo de un procedimiento se acumulan una serie de actos que no son la respuesta que la Administración ofrece al problema en examen, sino eslabones sucesivos que darán como resultado una solución. Por ejemplo, antes de imponer una sanción la Administración ha de conceder al particular el trámite de audiencia, y lo hace mediante un acto administrativo, que se notifica al particular, indicándole que dispone de un plazo para alegar lo que estime oportuno a su derecho. Ese acto administrativo es distinto del acto final del procedimiento, mediante el que se le impone la sanción al particular.

En su virtud, podemos distinguir entre actos de trámite y actos definitivos. Los *actos de trámite* son los que se producen a lo largo de un procedimiento administrativo antes de la resolución del procedimiento. Son actos de trámite los informes, las propuestas, las pruebas, etc. Estos actos no tienen vida jurídica propia, y se entienden dependientes del acto por el que se resuelve el procedimiento. Así, la jurisprudencia caracteriza a los actos de trámite como «carentes de sustantividad en materia de-

cisoria trascendental, por ser simples eslabones del procedimiento en el que se integran y complementan por no decidir ni directa o indirectamente el fondo del asunto» (STS 11-2-2002, Ar. 1.670). En los Temas sucesivos se indicarán las consecuencias y especialidades que derivan de este hecho.

Los actos *definitivos o resolutorios* son los que ponen fin al procedimiento administrativo. Recogen la respuesta que la Administración adopta frente al problema que se plantea, y representan la razón de que se haya tramitado todo el procedimiento anterior. Son actos definitivos las licencias, las órdenes, las multas, las subvenciones, etc.

FIGURA 4

Actos de trámite y definitivos

Formalmente, los actos de trámite suelen ser llamados *acuerdos*, y los actos definitivos, *resoluciones*. Así: «acuerdo» por el que se decide la acumulación de procedimientos, «acuerdo» por el que se decide la tramitación de urgencia de un procedimiento, «acuerdo» por el que se decide la apertura de un período de pruebas, «acuerdo» por el que se decide suspender la eficacia de un acto, etc.; y «resolución» por la que se resuelve un recurso, «resolución» por la que se deniega una licencia, «resolución» por la que se otorga una concesión o una beca, etc. Ello no obstante, la denominación no es unívoca; por ejemplo, también suelen denominarse «acuerdos» los actos definitivos que dictan los órganos colegiados.

3.5. EN FUNCIÓN DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DE SU IMPUGNACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA: QUE AGOTAN O NO AGOTAN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Esta clasificación es, asimismo, de gran importancia. Como regla general, los actos administrativos definitivos son susceptibles de un recurso en vía administrativa, esto es, un recurso que ha de presentarse ante la propia Administración, que es quien lo resuelve; caso de no interponerse tal recurso administrativo, no será posible impugnar el acto en vía judicial. Sin embargo, hay excepciones a esta regla. En tales casos, decimos que *el acto causa estado*, o que *agota la vía administrativa*.

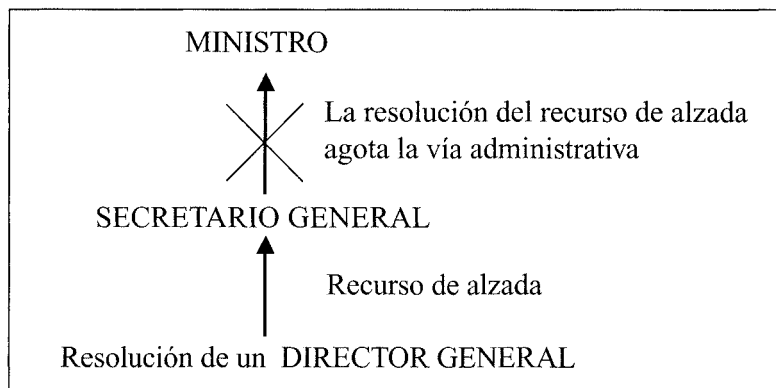
Se trata de un criterio puramente formal: decimos que un acto agota la vía administrativa cuando el ordenamiento jurídico permite que se recurra en vía judicial sin

necesidad de presentar preceptivamente un recurso en vía administrativa. El art. 114 LPAC establece los casos en que los actos agotan la vía administrativa *en todas las Administraciones Públicas*; son los siguientes:

a) *Las resoluciones que resuelvan un recurso de alzada*; ello significa que, una vez interpuesto un recurso de alzada contra un acto, la resolución del recurso pone fin a la vía administrativa, sin que pueda recurrirse nuevamente el acto en vía administrativa aunque el órgano que lo resuelva tenga superior jerárquico.

FIGURA 5

Agotamiento de la vía administrativa por el recurso de alzada



b) *Las resoluciones de procedimientos que sustituyan el recurso de alzada* de acuerdo con el art. 112.2 LPAC —véase Tema 18, § 4—.

c) *Los actos dictados por órganos que carezcan de superior jerárquico*, salvo que la ley establezca lo contrario. Aquí hemos de recordar la plantilla orgánica propia de cada Administración Pública: los órganos situados en la cúspide carecen de superior jerárquico y, por consiguiente, agotan la vía administrativa. Por tanto, habrá que estar a la jerarquía determinada en las correspondientes disposiciones de carácter orgánico. Asimismo, aunque por Ley formal puede preverse que los actos de un órgano que carezca de superior jerárquico no ponen fin a la vía administrativa, esta posibilidad sólo se utiliza en relación con los organismos públicos dependientes o vinculados a una Administración general (tal como se verá seguidamente).

FIGURA 6

Agotamiento de vía administrativa según jerarquía del órgano resolutorio

Órgano...	Regla general	Excepción
Que NO tiene superior jerárquico	Los actos SÍ agotan la vía administrativa	Cuando por Ley se establezca lo contrario
Que SÍ tiene superior jerárquico	Los actos NO agotan la vía administrativa	Cuando por norma (Ley o Reglamento) se establezca lo contrario

d) *Las resoluciones, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.* Debemos entender que con este supuesto se alude al art. 86 LPAC —véase Tema 14, § 4.3—, aunque la Ley no lo haga expresamente.

e) *La resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial* —Tema 21, § 3—, cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive.

f) *La resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora* a los que se refiere el art. 90.4 LPAC —Tema 26, § 5—.

g) *Las demás resoluciones de los órganos administrativos*, incluso cuando tengan superior jerárquico, *cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.* Así, las resoluciones de los procedimientos de concesión de subvenciones, salvo que expresamente se disponga otra cosa —art. 63 RD 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones—; los actos que dicte la Administración ejerciendo prerrogativas en la ejecución de contratos administrativos —art. 195.4 de la Ley de Contratos del Sector Público—; etc.

Con la Ley 30/1992 también agotaban la vía administrativa las resoluciones de los procedimientos de revisión de actos —reguladas ahora en los arts. 106 y 107 LPAC; véase Tema 17, § 2 y 3, así como las resoluciones del recurso administrativo extraordinario de revisión —arts. 126 ss. LPAC, Tema 18, § 5—. Al no establecer ese mismo régimen con carácter general la LPAC, las resoluciones con que finalicen tales procedimientos agotarán o no la vía administrativa según concurra alguno de los restantes supuestos generales de la Ley: por ejemplo, si el órgano que dicta el acto agota la vía administrativa, algo que ocurrirá normalmente con los procedimientos de revisión de oficio (que suelen estar encomendados a los máximos órganos de cada Administración), pero no con el recurso extraordinario de revisión, que se atribuye al mismo órgano administrativo que dictó el acto impugnado —art. 125.1 LPAC—.

En desarrollo de estas previsiones el ordenamiento ha precisado qué concretos órganos de cada Administración Pública agotan la vía administrativa.

Así, el art. 114.2 LPAC —no básico— establece los órganos que agotan la vía administrativa en la Administración General del Estado:

— Los actos administrativos de los órganos y miembros del Gobierno; esto es, el Presidente del Gobierno, el Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno.

— Los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de sus respectivas competencias.

— El resto de órganos con rango de Director General o superior, en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal.

— En los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración general del Estado, los máximos órganos unipersonales o colegiados de cada organismo, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, salvo que por Ley se disponga otra cosa.

En relación con las Administraciones autonómicas, las correspondientes Leyes de Administración de cada Comunidad Autónoma determinan, con mayor o menor precisión, qué órganos agotan la vía administrativa. En todo caso, debe recordarse que, además de las reglas generales que se reflejan en la figura 6, pueden establecerse reglas particulares. Así, en algunas Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Baleares...) se prevé que los actos de los Consejeros agotan la vía administrativa, pero por Ley puede disponerse lo contrario, y siempre es posible que, por normas legales

y reglamentarias, se establezca que las resoluciones de otros órganos (no incluidos en la tabla) agoten la vía administrativa.

FIGURA 7

Órganos que agotan la vía administrativa

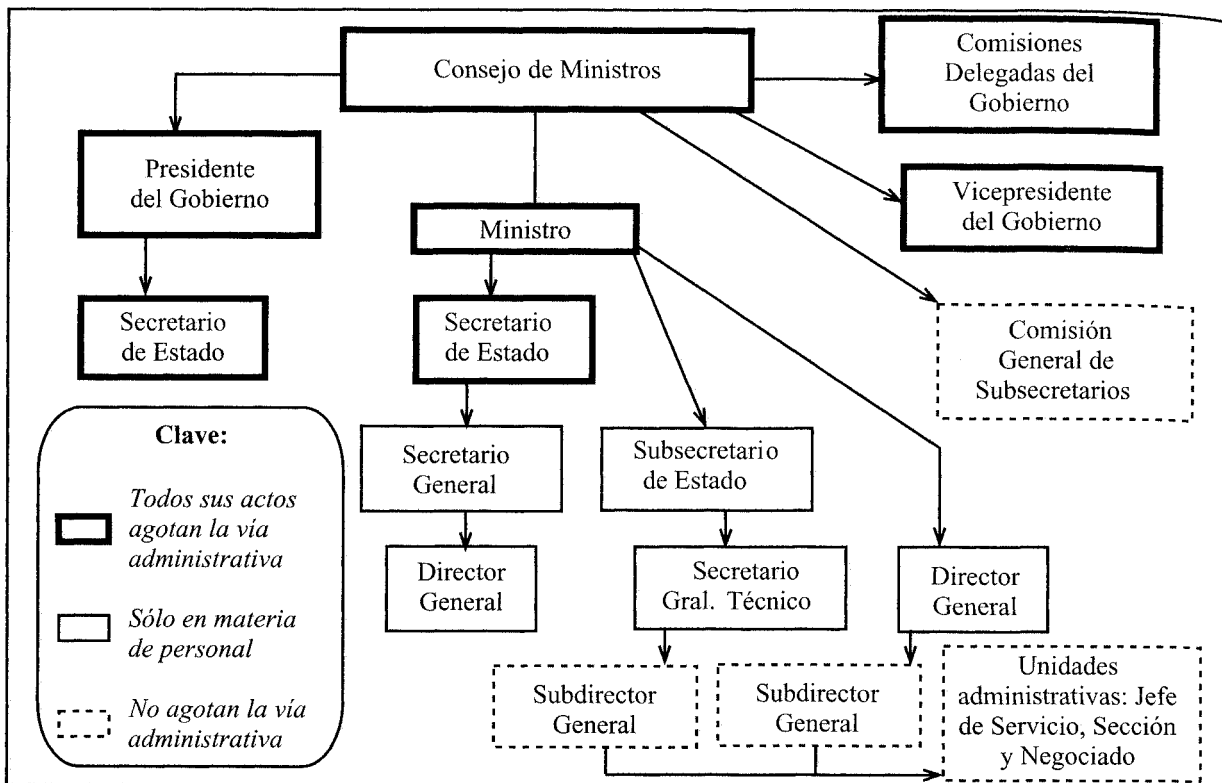


FIGURA 8

Actos que ponen fin a la vía administrativa en las Comunidades Autónomas

Comunidad Autónoma	Presidente	Consejo Gobierno	Comisiones Delegadas	Consejeros	Órganos inferiores
Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí, en materia de personal
Aragón, Baleares, C. Madrid, R. Murcia	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Asturias	-	Sí	Sí	-	No
Cantabria, Navarra	Sí	Sí	-	No	No
Castilla-La Mancha	-	Sí	Sí	Sí	No

2.º *Por haber sido agotados todos los mecanismos de reacción actuables contra el acto.* En efecto, cuando los particulares han recurrido sucesivamente el acto administrativo, hasta agotar todas las instancias —administrativas y judiciales—, el acto no resulta ya susceptible de impugnación alguna y, por consiguiente, ha adquirido firmeza. En este caso, y dado que la firmeza ha sido alcanzada a través del último pronunciamiento judicial que resulta posible, se dice que el acto goza del efecto de la *cosa juzgada*.

Es importante no confundir los calificativos ya estudiados de 1) actos definitivos, 2) actos que causan estado —o agotan la vía administrativa—, y 3) actos firmes, pues a pesar de su aparente proximidad, estas nociones hacen referencia a realidades bien distintas, siendo todas ellas de gran relevancia jurídica. Al objeto de clarificar esta cuestión es de interés la siguiente figura 10.

FIGURA 10

Características de los actos según diferentes clasificaciones

TIPO DE ACTO	NIVEL EN EL PROCEDIMIENTO	IMPUGNABILIDAD	
		En vía administrativa	En vía judicial
Actos de trámite	De iniciación	No impugnables, salvo en casos excepcionales (ver Tema 18) El vicio en que incurran se alegará al impugnar el acto definitivo (resolutorio) del procedimiento	
	De ordenación		
	De instrucción		
Actos definitivos (que agotan la vía administrativa)	De terminación (resoluciones)	Susceptibles de recurso de alzada (ver Tema 18)	Sólo si antes se recurre en vía administrativa
		Susceptibles de recurso potestativo de reposición (ver Tema 18)	Directamente recurribles en vía judicial
Actos firmes	De trámite o definitivos	Actos no impugnables, ni en vía administrativa ni judicial: — por haber transcurrido los plazos de recurso — por haberse agotado todos los procedentes	

3.7. EN FUNCIÓN DEL GRADO DE VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL MOMENTO DE DICTARLOS

Como es sabido, la Administración ejerce potestades administrativas, que pueden distinguirse en potestades regladas y potestades discrecionales. En las primeras, todos los aspectos de la actuación administrativa están pormenorizados por el ordenamiento jurídico, y la Administración se ciñe a aplicarlos, dando como resultado una sola solución válida en cada caso —por ejemplo, al otorgar una licencia de apertura de un establecimiento la Administración verifica si el ciudadano reúne o no los requisitos para desempeñar la actividad: en caso afirmativo habrá de conceder la licencia, y en caso negativo denegarla—. Por el contrario, en las potestades discrecionales la Administración dispone de un cierto margen de apreciación que el ordenamiento le confiere deliberadamente para que pueda acomodar su actuación a las circunstancias

del caso concreto, y en virtud del cual son posibles diversas soluciones, todas ellas igualmente válidas: por ejemplo, al adjudicar una obra pública la Administración puede valorar con un margen de libertad las diferentes propuestas presentadas, que ofertan condiciones diferentes —calidades, presupuestos, plazos de ejecución, diseño...— para elegir la que, en conjunto, considere más adecuada. Cuando la Administración ejerce potestades discrecionales dicta actos discrecionales. Este tipo de actos presenta, asimismo, particularidades de régimen jurídico: por ejemplo, los actos discrecionales han de encontrarse siempre motivados —art. 35 LPAC—, el alcance de su control judicial es más limitado que el de los actos reglados, etc. La cuestión fue tratada con detalle en el Tema 2, § 3.3.

3.8. EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE DESTINATARIOS: ACTOS SINGULARES, GENERALES Y PLÚRIMOS

Conforme a este criterio distinguimos entre actos singulares, actos generales y actos plúrimos. Los *actos singulares* tienen un único destinatario: así, resolución por la que se sanciona al Sr. A. Los *actos generales*, como sabemos, se dirigen a una pluralidad indeterminada de sujetos, como las convocatorias de subvenciones o de oposiciones. Los *actos plúrimos* se dirigen a una pluralidad de destinatarios, pero perfectamente individualizados e identificados en el propio acto: por ejemplo, las actas finales de una asignatura contienen las calificaciones de todos los estudiantes del curso; la lista de admitidos y excluidos en una oposición o en una concesión de subvenciones contiene tantos destinatarios individualizados como admitidos y excluidos figuran en la relación.

El art. 36.3 LPAC dispone: «Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.» Por tanto, los actos plúrimos contienen tantas decisiones como destinatarios, y son independientes entre sí, pero agrupadas formalmente en una sola resolución administrativa; todos los destinatarios del acto pueden recurrir la resolución individualmente.

4. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los elementos de los actos administrativos son aquellos componentes que deben reunir para alcanzar validez, y por consiguiente, cuya carencia determina la imperfección o invalidez del acto. Los actos administrativos ostentan cuatro elementos básicos: 1) El sujeto, o elemento subjetivo; 2) El objeto, o elemento objetivo; 3) El fin, o elemento teleológico o causal; 4) Las formas, o elemento formal.

4.1. ELEMENTO SUBJETIVO

Para que un acto administrativo resulte válido ha de ser dictado por el órgano competente para ello y, precisamente, por el sujeto titular del órgano en cuestión. El órgano que debe dictar el acto se encuentra establecido en las normas atributivas de

las competencias administrativas —como sabemos, los reglamentos organizativos se dirigen principalmente a realizar este cometido—. Se requiere una norma atributiva concreta, y sólo podrá alterarse el ejercicio de la competencia por los mecanismos ya conocidos: delegación, avocación, sustitución, etc.

De otro lado, el sujeto físico titular del órgano debe estar *investido*, esto es, debe encontrarse en el válido ejercicio de las tareas que corresponden al órgano administrativo a cuyo frente se encuentra. La investidura requiere un nombramiento legal, la toma de posesión del puesto o cargo, y el desempeño de la competencia en situación de servicio activo. Cuando por alguna razón se incumple uno de estos requisitos surge un conflicto entre el principio de legalidad, que ha sido infringido, debiendo conducir a la anulación del acto; y el principio de seguridad jurídica, que invita a mantener el acto debido a su apariencia de legalidad. Para VILLAR PALASÍ la prevalencia de uno u otro principio sólo puede enjuiciarse en cada caso concreto, según prime la gravedad de la ilegalidad o el grado de apariencia de legalidad.

Debemos notar, por otra parte, que la *voluntad* —interna— es un componente esencial de los actos jurídico-privados: los sujetos sólo se obligan a aquello a lo que consciente y voluntariamente desean obligarse. Por el contrario, en el Derecho Administrativo la voluntad interna es sencillamente irrelevante (GARCÍA DE ENTERRÍA), es decir, lo que opina internamente el titular del órgano administrativo no afecta en modo alguno a la perfección del acto: basta que sea dictado con los requisitos subjetivos referidos para que sea plenamente válido y eficaz. Así, cuando un cargo firma un acto administrativo sin haberlo leído, ese acto no adolece de ningún vicio de la voluntad y es perfectamente válido.

4.2. ELEMENTO OBJETIVO

Este elemento hace referencia al contenido del acto. Es, en definitiva, la declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio en que consiste el acto administrativo.

El contenido del acto administrativo puede ser esencial o eventual —este último, también llamado accidental o accesorio—. El *contenido esencial* es el que ha de darse siempre, y sin su concurrencia no existirá acto administrativo en sentido propio; es, una vez más, la declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio en sí misma considerada. Por el contrario, el *contenido accidental* es aquél sin el cual el acto podría seguir existiendo perfectamente, pues se trata en realidad de cláusulas aledañas al contenido principal del acto, que de ser eliminadas no le restarían sentido. En el marco del contenido accidental, a su vez, puede distinguirse entre condición, término y modo, términos acuñados por la teoría general del Derecho de los que se sirve el Derecho Administrativo en su acepción común.

Así, en un acto por el que se concede una licencia provisional de apertura de un bar-cafetería, por un plazo de dos años, imponiendo al particular que instale un mecanismo de extinción de incendios, y en horario de cinco de la tarde a dos de la madrugada, el contenido principal del acto es el otorgamiento de la licencia, y el resto es contenido accidental; dentro de éste, la condición es la instalación del mecanismo contra incendios, el término es el plazo de dos años por el que se otorga la licencia, y el modo es el horario de apertura y cierre del local.

Conforme al art. 34.2, el contenido de los actos administrativos, ya sea principal, ya accesorio, «se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determi-

nado y adecuado a los fines de aquéllos»; de donde se desprende que ha de reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe ser *lícito*, ajustándose al ordenamiento jurídico.
- b) Ha de ser *adecuado*, lo que significa que debe corresponderse con el fin para el que se dicta —véase epígrafe siguiente—.
- c) El contenido ha de ser *determinado* o, cuando menos, *determinable*: debe ser posible conocer lo que verdaderamente se pretende con el acto; por ejemplo, el acto que conceda una subvención debe determinar su cuantía, o al menos indicar cómo será calculada la misma.
- d) El contenido del acto ha de ser *posible*, es decir, que su realización debe ser viable, factible; por ejemplo, la orden de repatriación a su país de un inmigrante ilegal que ya no se encuentra en España es un acto de contenido imposible.

Además, para que un acto administrativo resulte válido se exige que concurra su *presupuesto de hecho*. Éste no es propiamente un elemento objetivo del acto, sino más bien un requisito previo que condiciona su validez: si no se produce el presupuesto de hecho, no puede dictarse el acto. Por ejemplo, para que pueda imponerse una sanción es preciso que el particular haya realizado una conducta tipificada por la ley como infracción: cada vez que alguien realiza esa conducta tipificada se produce el presupuesto de hecho para sancionar. El *presupuesto de hecho es un acontecimiento al que la norma le apareja una consecuencia jurídica: la posibilidad de dictar el acto* administrativo. Es, por tanto, el precedente fáctico que permite la adopción del acto. En la medida que el presupuesto de hecho condiciona la actuación administrativa, es susceptible de control jurídico, erigiéndose como ya sabemos en un elemento reglado de los actos administrativos. La falta del presupuesto de hecho es determinante de un vicio de invalidez que permite la anulación del acto.

4.3. ELEMENTO TELEOLÓGICO O CAUSAL

Este elemento es analizado por algunos autores (GARRIDO FALLA, LÓPEZ PELLICER) entre los elementos objetivos del acto. Con el elemento teleológico hacemos referencia a la finalidad de la actuación administrativa, al *para qué* del acto: la Administración actúa para satisfacer un interés público, y el fin o interés público al que se dirige el acto constituye su elemento teleológico o causal.

Un sector doctrinal (GARCÍA DE ENTERRÍA, COSCULLUELA MONTANER) distingue entre el fin y la causa del acto administrativo. El *fin* sería la finalidad prevista en la norma para el acto administrativo, y la *causa*, la concreta razón o finalidad por la que se dicta un acto determinado. Para que el acto administrativo resulte válido, el fin y la causa deben coincidir, esto es, el acto debe dirigirse precisamente a la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico: en caso contrario, el acto se apartaría del fin contemplado por el ordenamiento, lo cual, como ya sabemos, constituye un vicio denominado desviación de poder —véase Tema 2, § 4—.

En el contexto del elemento teleológico debe señalarse, además, que los actos administrativos han de ser adecuados a los fines que persigan —art. 34.2 LPAC—. Es decir, que un acto ha de demostrar aptitud para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico previó. Es lo que se denomina *principio de congruencia* o *adecuación del acto administrativo*. La adecuación del acto también invoca al *principio de propor-*

cionalidad, que constituye un principio general del Derecho (LÓPEZ GONZÁLEZ, SARMIENTO); en su virtud, si fuera posible dictar diferentes actos administrativos para alcanzar un mismo fin, se elegirá de entre todos el que resulte menos restrictivo de los derechos individuales: por ejemplo, si un edificio ha sido construido con un número de plantas superior al permitido, el principio de proporcionalidad impone que se obligue a su propietario a demoler tan sólo las plantas que provocan el exceso de edificación y no todo el inmueble. El artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales de 1955 ha sido durante mucho tiempo el único exponente normativo del principio de proporcionalidad. Posteriormente, el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, introducido por la Ley 25/2009 para trasponer la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, afrontó por primera vez una regulación general de este principio. Actualmente, el régimen general del principio de proporcionalidad se halla en el art. 4.1 LRJSP. En su virtud, las Administraciones Públicas que establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. De otro lado, el art. 30.2 del Estatuto de Cataluña y el art. 31 del Estatuto de Andalucía consagran el derecho de los ciudadanos a que «la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 66/1995, 207/1996 y concordantes) aplica este principio en relación con la restricción de derechos fundamentales, sometiéndola a un «juicio» o «test de proporcionalidad» que debe superar tres condiciones, cuyo origen radica en el Derecho alemán:

— *Juicio de idoneidad*: analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto.

— *Juicio de necesidad*: si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia.

— *Juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En su aplicación jurisprudencial conviene destacar la STS 18/2/92, Rec. 959/1990, que afirma: «El principio de proporcionalidad opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en que, aun existiendo en principio un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado».

En suma, el contenido del principio de proporcionalidad se conforma a través de orígenes muy diversos: el Derecho comunitario, la doctrina relativa a los derechos fundamentales, y nuestra propia tradición jurídica (CARLÓN), y viene cobrando un protagonismo cada vez mayor en el control de la actividad administrativa.

Por otra parte, no puede ignorarse la creciente importancia que viene adquiriendo el *principio de precaución* en orden a condicionar la intensidad de las medidas de intervención administrativa, en clara conexión con el elemento teleológico de los actos y el principio de proporcionalidad. Este principio juega cuando se produce una incertidumbre científica ante riesgos derivados de la técnica (ESTEVE, CIERCO), y se

articula principalmente mediante un mecanismo de evaluación y gestión de riesgos que pondera los daños a que se expone la ciudadanía en el caso de que existan indicios de peligro que no se encuentren plenamente probados. Por ejemplo, no resulta lícito prohibir la instalación de antenas de telefonía si no existen pruebas científicas de que supongan perjuicios para la salud. Las alertas alimentarias, las crisis sanitarias o las medidas de protección ambiental son ámbitos de amplia implantación de este principio. La aplicación del principio de precaución resulta altamente polémica, por la propia complejidad de los intereses comprometidos, y puede dar lugar a responsabilidad administrativa en caso de error: sirva de ejemplo la errónea imputación a pepinos españoles del origen de la bacteria *E.coli* en Alemania (que venía generando un elevado número de fallecimientos y una situación de alarma pública), lo que supuso graves pérdidas económicas al sector hortofrutícola.

4.4. ELEMENTO FORMAL: LAS FORMALIDADES Y LA FORMA EN SENTIDO ESTRICTO

El elemento formal hace referencia a los requisitos formales que se imponen para la elaboración y producción de un acto administrativo. En el Derecho Administrativo, el cumplimiento de las formas por parte de la Administración es especialmente exigido —principio de las formas tasadas—, a diferencia de lo que sucede con el Derecho privado, en el que impera el principio de libertad de forma.

El cauce formal mediante el que se produce el acto administrativo es el procedimiento administrativo. Este procedimiento se compone de lo que técnicamente calificamos como *formalidades*, expresión con la que se define la manera como se elabora e integra la voluntad administrativa, es decir, el mecanismo decisorio que ha de seguir la Administración, los sucesivos trámites que conducen hasta el acto definitivo resolutorio. El desarrollo del procedimiento se encuentra presidido por el principio *ad solemnitatem*, plasmado en el art. 34.1 LPAC, que afirma que el acto administrativo se producirá «ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido». Como comprobaremos más tarde, en el § 5 de este Tema, la infracción del procedimiento comporta un vicio, cuyo alcance —mera anulabilidad, o nulidad plena— depende de la gravedad de la infracción en que se haya incurrido.

Junto al concepto de formalidades, existe el de *forma en sentido estricto*, que es la manera como se presenta o exterioriza la voluntad administrativa, esto es, el modo de hacerla pública. La forma es el modo en que la Administración da a conocer los actos administrativos, el soporte en el que se contienen. Existen las siguientes formas de expresión del acto administrativo:

1. *Escrita*. Es la forma de expresión natural del acto administrativo, y la que el art. 36.1 LPAC declara como medio general de producción, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. Las autorizaciones, sanciones, etc., son recogidas por escrito. Por asimilación, se incluye en este grupo toda clase de soporte que incluya la lengua escrita, como es el caso del télex, el fax, los ficheros informáticos, el correo electrónico, etc. El obstante, el propio art. 36.1 establece que los actos se producirán por medios electrónicos, lo que supone una preferencia por el soporte electrónico frente a cualquier otro medio escrito. Con ello se pretende que el acto administrativo se dicte directamente en soporte electrónico, aplicándole una firma electrónica, y si fuera preciso manejarlo de forma impresa se proceda después a la impresión; de esta manera, el sistema informático administrati-

vo de gestión documental tendrá ya incorporado el acto en soporte electrónico desde el mismo momento de su generación, lo que facilita que otros trámites posteriores —notificaciones, archivos— puedan hacerse también por medios electrónicos. Sobre los documentos administrativos y sus requisitos, véase el Tema 11, § 5.1; en particular, debe recordarse ahora que el art. 26.2 LPAC establece los requisitos de validez de los documentos electrónicos administrativos, que son plenamente aplicables a los actos dictados en soporte electrónico.

2. *Oral o verbal.* Son los actos que se expresan de palabra, como la orden de disolución de una manifestación ilegal, o de cierre de un local que ha excedido el horario de apertura. El principal problema que presentan estos actos es el de su constancia. En tal sentido, el art. 55.2 LRJPAC dispone que cuando se precise la constancia escrita de un acto oral, éste se recogerá en una comunicación elaborada por la Administración.

3. *Mímica y acústica.* Son actos que se expresan mediante gestos y sonidos, como los que efectúan los agentes de tráfico para organizar la circulación.

4. *Automática.* Los actos se expresan mediante soportes que actúan maquinalmente, como los semáforos y demás señales de tráfico.

4.5. ELEMENTO FORMAL: LA MOTIVACIÓN

4.5.1. *Concepto*

El requisito de forma más importante es la *motivación*. Según la definición de GONZÁLEZ PÉREZ, «la motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto». Como señala el propio autor, debe distinguirse entre los motivos del acto administrativo, y su motivación. El acto administrativo se habrá dictado por un motivo o razón determinado, pero la motivación no son tales motivos o razones en sí mismos, sino *la necesidad de que en el propio acto se recojan formalmente las razones que lo fundamentan*. El ordenamiento jurídico impone que ciertos actos administrativos sean motivados; si tales razones no se incorporan al acto, aunque existan realmente, el acto adolecería de un vicio: la falta de motivación, esto es, el no haber consignado en el acto mismo los motivos por los que se dictó. En otras palabras: aunque el acto tenga sus motivos para dictarse, si tales motivos no se expresan en el propio acto, éste carece de motivación, y es inválido.

La motivación suele consistir en la declaración de que se cumple el presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación del acto administrativo, incluyendo la cita del precepto que recoge el objeto del acto. Por ejemplo, en el acto por el que se deniega una licencia, la motivación sería la expresión de la circunstancia que da lugar a la denegación, esto es, del requisito que se incumple por el solicitante: así, se deniega la instalación de una industria contaminante *porque se carece del preceptivo instrumento de prevención y control ambiental previsto en los arts. 16 y 17.2 de la Ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía*. En el caso de un acto sancionador, la motivación sería la descripción de la conducta infractora en que incurrió el sujeto, y la cita del precepto en el que a tal infracción se le apareja la imposición de la sanción que contiene el acto: así, se impone una sanción leve de multa de 200 euros, *por consumo de alcohol en la vía pública perturbando gravemente la tranquilidad ciudadana, conforme a los arts. 37.17 y 39.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana*.

4.5.2. Finalidad

Según Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *la motivación cumple una triple finalidad:*

1.º) La de operar como *mecanismo de control del acto administrativo*, pues al consignar en la motivación el fundamento del acto, su destinatario puede oponerse al mismo destruyendo su motivación, esto es, demostrando la ilegalidad o iniquidad de las razones que la Administración declara como sustentadoras del acto. Por ejemplo, frente a una sanción impuesta a una entidad bancaria por incumplimiento del coeficiente de caja de acuerdo con la Ley de Disciplina de las Entidades de Crédito, puede interponerse un recurso cuyo fundamento sea la demostración de que la entidad no incumplió el coeficiente exigible, por lo que habría de revocarse la sanción. En relación con esta finalidad de la motivación, el Tribunal Constitucional considera que los actos administrativos carentes de motivación —cuando ésta resulte preceptiva— generan indefensión: así, SSTC 36/1982 y 31/1986. Esta finalidad de la motivación entraña gran importancia en materia de discrecionalidad administrativa (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, IGARTÚA).

2.º) La de *precisar con mayor certeza y exactitud el contenido de la voluntad administrativa*, lo que constituye un importante elemento interpretativo del acto. En este sentido, la motivación sirve asimismo al objeto de disuadir al destinatario de impugnaciones inútiles: cuando la motivación sea irrefutable, no se interpondrán recursos infructuosos, que sin embargo acontecerían de no aparecer en el acto motivación alguna.

3.º) La de servir como *elemento justificativo de la actividad administrativa ante la opinión pública en general*, finalidad considerada esencial por FERNANDO PABLO.

4.5.3. Actos que deben motivarse

No todos los actos administrativos han de ser motivados. El art. 35 LPAC establece los *actos que necesariamente deberán motivarse:*

a) Los que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; esto es, en sentido genérico, todos los actos desfavorables, incluidos los sancionadores. El Tribunal Constitucional insiste especialmente en la necesidad de motivar los actos restrictivos de los derechos fundamentales de la persona —como los que limitan el ejercicio de la libertades sindicales, o deniegan el derecho de reunión—, pues en tales casos «la motivación no es solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto restrictivo de derechos» —SSTC 26/1981; 8/1992; y 52/1995—.

b) Los actos que resuelvan los procedimientos de revisión en vía administrativa y los que declaren su inadmisión, cualquiera que sea su especie; esto es, actos por los que se resuelvan recursos, revisiones de oficio de disposiciones o actos administrativos, procedimientos de arbitraje, etc. —véanse Temas 17 y 18—.

c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. Por ejemplo, si la Administración homologó un título académico extranjero deberá motivar la denegación de otros títulos iguales. Y si en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se aparta del dictamen del Consejo de Estado, también tendrá que motivarlo.

d) Los acuerdos de suspensión de actos —la suspensión de los actos en vía administrativa será estudiada en el Tema siguiente—.

e) Los actos por los que en un procedimiento administrativo se acuerde la aplicación de la tramitación de urgencia, la ampliación de plazos o la realización de actuaciones complementarias.

f) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados. El supuesto se recuerda también por el art. 77.3 LPAC, análogo al antiguo art. 80.3 de la Ley 30/1992, aunque no se incluía en el art. 54 de esta última, análogo al art. 35 LPAC en examen.

g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio. Este supuesto no se contemplaba expresamente por la Ley 30/1992.

h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial. Este supuesto no se contemplaba expresamente por la Ley 30/1992; la exigencia de motivación de la propuesta de resolución de procedimientos sancionadores es completamente novedosa, en tanto que la necesidad de motivar las resoluciones se infería directa o indirectamente de los reglamentos que regulaban el procedimiento sancionador y la exigencia de responsabilidad patrimonial.

i) Los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales —véase Tema 2—. En estos casos, la motivación permite verificar que la discrecionalidad no se haya convertido en arbitrariedad (STS 18/12/2014, Rec. 21/2013).

j) Los actos que deban ser motivados en virtud de disposición expresa. Por ejemplo, el art. 56 del Reglamento de Expropiación Forzosa exige la motivación del acuerdo por el que se declare la necesidad de urgente ocupación de una finca expropiada.

k) Los actos en cuya virtud se ponga fin a procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se motivarán conforme a lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, aunque en todo caso deben quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte —art. 35.2 LPAC—; se trata, por ejemplo, de los procedimientos de adjudicación de contratos o la selección de personal. En estos casos prevalecen las reglas específicas de motivación que eventualmente contengan las convocatorias. Así, en estos procedimientos es frecuente que se establezca la valoración de las diferentes ofertas, propuestas o candidatos por parte de una comisión, y que dicha comisión deba aprobar previamente a la evaluación los concretos criterios y puntuaciones que concederá por cada mérito o componente de un baremo; en tal caso, en el expediente administrativo debe constar el acuerdo mediante el que se aprueba el baremo, así como la valoración que recibe cada oferta, propuesta o candidato en aplicación del mismo.

4.5.4. Alcance de la motivación y de su incumplimiento

En la motivación se debe recoger una *sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho* —art. 35.1 LPAC—. En tal sentido, la práctica administrativa diferencia dentro del acto los *hechos* —por ejemplo, la descripción de la conducta infractora— y la *valoración jurídica* —fundamento de Derecho, es decir, el precepto legal que respalda la adopción del acto, según hemos expuesto anteriormente—. No se exige una exposición detallada de las razones por las que se dicta el acto: la motivación *puede ser breve y concisa, siempre que sea suficientemente expresiva*, aunque resulte

genérica —STC 36/1982; y SSTS 30-1-97, RJ 314; 30-11-96, RJ 6.807; y 26/1/96, RJ 648—. En definitiva, la motivación debe ser capaz de expresar la operación de subsunción que constituye la técnica característica en toda aplicación del Derecho: describir unos hechos que encajan en un presupuesto de hecho previsto en una norma jurídica, y aplicar las consecuencias previstas en dicha proposición normativa cuando tal presupuesto de hecho acontece.

En algunos ámbitos se han implantado exigencias más rigurosas de motivación, como sucede en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa (véase Tema 2), o en los procedimientos selectivos y de naturaleza competitiva: en éstos, la motivación debe incluir una acotación de los elementos que van a ser objeto de valoración, así como la fijación de los criterios de calificación y la aplicación individualizada de tales criterios a cada participante, como ya hemos dicho; en otro caso no quedaría claro el razonamiento seguido para la selección y la resolución sería anulable por motivación insuficiente (STC 215/1991; STS 944/2014, de 24 de septiembre).

De otro lado, el art. 89.5 LRJPAC dispone que «la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma», por lo que cuando tales documentos hayan sido expedidos, no resultará preciso motivar el acto en su propio texto, bastando con remitir al correspondiente informe o dictamen a efectos de motivación. Esta práctica, conocida como motivación *in aliunde* o por remisión, se encuentra respaldada por la jurisprudencia constitucional —SSTC 36/1982 y 85/1995—, así como por la del Tribunal Supremo —SSTS 3/12/96, RJ 8930; 18/11/96, RJ 8655—.

La falta de motivación supone la invalidez del acto administrativo, puesto que impide al ciudadano ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, es decir, que se produce indefensión (SSTS 2/4/80, RJ 2294; 11/7/03, Rec. 7383/1999, y otras muchas concordantes). Tal y como estudiaremos más adelante —Tema 16—, como regla general el alcance de este vicio es de mera anulabilidad, pero llega a ser de nulidad radical o de pleno derecho en determinados casos (p. ej., en los procedimientos sancionadores). La consecuencia natural de la anulación es la retroacción de actuaciones (es decir, que se «rebobine» el procedimiento al punto en el que se cometió el vicio) para que la Administración motive de nuevo, suficientemente (p. ej., STS 29/9/2014, Rec. 4.045/2011).

5. VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

5.1. LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Según el art. 39.1 LPAC, «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». El precepto establece una presunción de que cuando se dicta el acto administrativo han sido satisfechos todos los requisitos intrínsecos del acto, y de que éste contiene por tanto todos sus elementos —subjetivo, objetivo, teleológico y formal—, presumiéndose válido.

Sucede, sin embargo, que el acto puede ser jurídicamente incorrecto, y haberse dictado con infracción del ordenamiento jurídico, desconociendo alguno de los requisitos que se incluyen entre los cuatro elementos del acto. Aun así, la presunción de validez comporta el deber de actuar conforme a lo acordado por el acto, en tanto el mismo no sea anulado (REBOLLO PUIG). En cualquier caso, la presunción de validez que establece el art. 57.1 es *iuris tantum*, es decir, que puede destruirse mediante

aportación de prueba a contrario. En otras palabras, el *acto administrativo se presume válido hasta que se anule*, hasta que sea formalmente eliminado del escenario jurídico mediante alguno de los mecanismos que el Derecho establece (medios de impugnación por parte de los interesados, y medios de anulación de oficio por parte de la Administración).

Según la gravedad del vicio cometido, o lo que es lo mismo, en función del alcance del requisito que se infringe, distinguimos entre las siguientes categorías:

— *Invalidez*: supone la incursión del acto en un vicio de tal calado que le impide la consideración de válido, circunstancia que provoca la eliminación del acto una vez constatada la infracción que es determinante de la invalidez, esto es, en el momento en que se destruya formalmente la presunción de validez de la que se beneficia el acto.

— *Irregularidad*: la irregularidad es un vicio de muy escaso de relieve, y de tan poca entidad que no conduce a la eliminación del acto administrativo. Volveremos sobre ello en el apartado 6 de este Tema.

En otro orden de consideraciones, la invalidez de un acto puede ser *originaria, o sobrevenida* (CANO CAMPOS). Es originaria cuando el propio acto administrativo incurre en un motivo de invalidez. Es sobrevenida cuando el acto resulta contrario a Derecho por causas o circunstancias que aparecen en un momento posterior a su formación, deviniendo inválido a partir de dicho momento; por ejemplo, cuando se dicta una norma con efectos retroactivos que supone la invalidez de actos ya dictados, o cuando se dicta un acto en aplicación de una norma posteriormente declarada nula.

5.2. LOS GRADOS DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Dentro de la invalidez existen diversos niveles, configurados según la gravedad de la infracción del ordenamiento jurídico en que haya incurrido el acto. La invalidez más intensa o grave es la llamada *nulidad radical, absoluta o de pleno Derecho*; y la más leve la *nulidad relativa*, denominada más frecuentemente *anulabilidad*. En nuestro Derecho, *la regla general es que cuando un acto incurre en algún vicio es anulable*. Los supuestos de nulidad, por una parte, y de irregularidad no invalidante, por otra, se establecen como excepciones a esa regla, y aparecen por tanto expresamente previstos en el ordenamiento jurídico.

FIGURA 11

Grados de invalidez de los actos administrativos

INVALIDEZ		IRREGULARIDAD NO INVALIDANTE
Nulidad	Anulabilidad	
Supuestos tasados: art. 47 LPAC	Es la regla general cuando el acto incurre en cualquier vicio: art. 48 LPAC	Supuestos tasados: — Vicios formales que no produzcan — Actuaciones extemporáneas en las que el tiempo no sea determinante: art. 48.3 LPAC — Errores materiales o de hecho: art. 109.2 LPAC
Vicio imprescriptible	Vicio prescriptible	Vicio irrelevante
La declaración de nulidad tiene efectos <i>ex tunc</i> (retroactivos), conlleva la eliminación de todos los efectos derivados del acto	La anulación no tiene efectos retroactivos, sino <i>ex nunc</i> (desde que se declara)	El particular puede solicitar su corrección, sin que ello afecte a la validez del acto
Vicio de orden público, apreciable de oficio por el juez aunque las partes no lo señalen	Ha de alegarse por las partes ante el juez	
Vicio insubsanable	Vicio subsanable con arreglo a procedimientos específicos	Subsanable en cualquier momento

La nulidad y la anulabilidad son dos categorías que se distinguen por las siguientes notas:

1.º *La nulidad es un vicio de carácter imprescriptible*, en tanto que la anulabilidad prescribe por el transcurso de un determinado plazo del tiempo. Esto significa que la nulidad de pleno Derecho puede ser alegada siempre, y el particular que se encuentre perjudicado por un acto nulo podrá ejercer acciones contra él en cualquier momento (SSTS 23-4-2001, RJ 4.673; 20-12-1989, RJ 9.162). Debe aclararse, no obstante, que los *recursos* —administrativos y judiciales— se encuentran *siempre* sujetos a un plazo de interposición, aunque el vicio que se alegue sea de nulidad radical. La nota de la imprescriptibilidad se predica por la existencia de un concreto mecanismo de revisión de actos que puede ser iniciado de oficio por la Administración e instado por los particulares, conocido como *acción de nulidad* —art. 109 LPAC—. Es este mecanismo de revisión de actos administrativos el que no se encuentra limitado por plazos de interposición —véase Tema 17—.

2.º *La declaración de nulidad de un acto tiene efectos retroactivos —ex tunc—*, en tanto que la anulación provoca efectos *ex nunc*, es decir, desde el momento en que se produce tal declaración (STS 5-12-2002, RJ 2703). La declaración de nulidad comporta una eliminación radical del acto, llevada hasta el extremo de considerar que ni siquiera llegó a existir. Deben suprimirse, por consiguiente, todas las consecuencias asociadas al acto, lo que supone la invalidez de actos administrativos posteriores fundados en el anulado. Por ejemplo, si se declara nula una licencia urbanística, devendrán correlativamente nulas las modificaciones de dicha licencia que haya

acordado la Administración con posterioridad. En cambio, cuando un acto anulable se anula, esa anulación no afecta a otros posteriores aunque guarden relación con el primero; es ilustrativo el caso enjuiciado en la STSJ And. 3-7-2015, Rec. 324/2015: una Universidad anuló varios años después un traslado de expediente al no reunir el estudiante los requisitos para concederlo, y correlativamente anuló todas las notas y asignaturas que el estudiante había aprobado; el Tribunal considera que el traslado de expediente era un acto meramente anulable, y que su anulación varios años después no conlleva la anulación de otros actos posteriores, como son los resultados académicos de las asignaturas que el estudiante había superado durante todo ese tiempo.

3.º *La nulidad es un vicio «de orden público»*, es decir, que puede ser apreciado de oficio por el tribunal que conozca de un recurso contra el acto (STS 24/4/85, RJ 2.233); en cambio, los vicios de mera anulabilidad han de ser alegados por las partes en el proceso.

4.º Debido a su alcance, *la nulidad es un vicio insubsanable*, que no puede enmendarse mediante una actuación administrativa posterior (SSTS 11/3/82, RJ.1251; 30/6/2014, Rec. 363/2012; 21/3/2014, Rec. 1.988/2012), ni en virtud del consentimiento del afectado. En cambio, los actos anulables pueden ser convalidados, subsanándose sus vicios cuando acontezcan determinadas circunstancias, y también de acuerdo con un procedimiento que estudiaremos más tarde.

5.3. SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO

La nulidad radical o de pleno derecho es la máxima sanción que puede recibir un acto administrativo, y por ello los vicios que el ordenamiento contempla como supuestos de nulidad radical consisten en infracciones de especial gravedad y carácter evidente, que atenta contra los principios fundamentales del sistema, encontrándose reservada a la ley la determinación de tales supuestos (GARCÍA LUENGO).

Los casos en que los actos administrativos son nulos de pleno derecho, como excepción a la regla general de la anulabilidad, aparecen contemplados en el art. 47.1 LPAC. Son los siguientes:

1.º *Actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*. Se trata, única y exclusivamente, de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE: al tratarse de *derechos fundamentales*, su lesión se ve correspondida con la máxima sanción. En la Ley 30/1992 este supuesto exigía que se afectase concretamente al contenido esencial del derecho, pero posteriormente se suprimió esa acotación siguiendo el consejo de la doctrina (TRAYTER, JORDANO, LAVILLA). Entre los supuestos de nulidad a que hace referencia este apartado se pueden contar los actos administrativos que comporten un trato desigual o discriminatorio (incluso el derecho de acceder en igualdad al empleo público, STSJ Rioja 3-2-2005, JUR 298199/2006), los que impidan indebidamente el ejercicio del derecho de reunión (STSJ Navarra 27-6-2006, JUR 236127), los que impongan servicios mínimos abusivos en caso de huelga o lesionen el derecho de libertad sindical, los que vulneren la intimidad de los ciudadanos (p. ej., vulnerando la normativa sobre protección de datos personales, SAN 24-3-2004, RJCA 409), los que impongan una sanción no tipificada en la Ley (STSJ Madrid 6-6-2005, RJCA 438/2006), etc.

2.º *Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*. Este supuesto exige la mediación de dos requisitos:

— que la incompetencia sea *manifiesta*. A decir del Tribunal Supremo, esto exige que la incompetencia resulte clara y nítida, sin que exija esfuerzo dialéctico, interpretativo o intelectual alguno, pues de otro modo el acto sería simplemente anulable —STS 23-11-2001, RJ 996/2002—. La valoración de esta circunstancia ha de hacerse necesariamente en relación con el caso concreto. Por ejemplo, el ejercicio por el Estado de una competencia que corresponde a una Comunidad Autónoma —STS 24-11-2000, RJ 8.900—; o también, la adopción de un acuerdo por el Alcalde cuando corresponde al Pleno —STS 30-3-1994, RJ 1.904—;

— que la incompetencia sea *por razón de la materia o del territorio*. Queda excluida, por consiguiente, la incompetencia jerárquica. Así, es nulo de pleno Derecho un acto dictado por un Ayuntamiento que resulta de aplicación fuera del territorio municipal —STS 6-2-2002, rec. 231/1996—, como una regulación de la prestación del servicio de taxi hasta un aeropuerto que se encontraba emplazado en otra localidad —incompetencia territorial—. En cuanto a la incompetencia material, es nulo un acto que dicta una Administración, como la del Estado, cuando es competencia de otra, por ejemplo, la Comunidad Autónoma —STS 23-9-1999, RJ 6.517—. También es nulo un acto de imposición de una sanción por parte de una autoridad que carece de la potestad sancionadora —incompetencia material—. Pero es meramente anulable un acto que debió ser dictado por el Ministro en lugar de por un Secretario de Estado del mismo Departamento —incompetencia jerárquica—.

3.º *Actos de contenido imposible*. La imposibilidad a que se refiere el precepto puede ser de diferentes tipos (STS 21-6-1994, RJ 5.088):

— En primer lugar, puede hablarse de un *contenido imposible propiamente dicho*, supuesto en el que cabe tanto una imposibilidad *subjetiva*, como el otorgamiento de una subvención a quien ya ha muerto; *material*, como la orden de demolición de un edificio que ya se derribó; y *jurídica*, como la orden de baja de un vehículo a quien ya lo vendió (y efectuó la transferencia).

— Por otra parte, también se produce imposibilidad cuando el acto administrativo tiene un *contenido contradictorio o carente de lógica* (SANTAMARÍA), lo que sucede cuando su contenido es absurdo, contiene contradicciones en su motivación o entre ésta y la decisión, o cuando contiene decisiones contradictorias. Por ejemplo, la STSJ Murcia 73/2003, de 14 de febrero, rec. 1.436/2001, declara nulo de pleno derecho un acto en el que se legaliza una piscina y simultáneamente se informa desfavorablemente la legalización de la misma piscina.

— Por último, también puede suceder que el acto tenga un *contenido indeterminado*, sin que resulte posible concretar los efectos del acto —STS 9-5-1985, RJ 2.909—: es un acto imposible porque nadie puede cumplir lo que no conoce. Por ejemplo, una orden de retranqueo a un ciudadano para que cese en la usurpación del dominio público sin haber procedido previamente al deslinde entre el dominio público y la propiedad privada. Debemos entender que se incluye en este supuesto el incumplimiento del art. 26.2.a) LPAC, en cuya virtud los documentos administrativos electrónicos deben *contener información* (no el resto de requisitos del precepto), pues un acto administrativo en soporte electrónico que carezca de información es también un acto administrativo carente de contenido.

4.º *Actos constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de ésta*, expresión en la que se contienen dos supuestos distintos:

— Los actos constitutivos de delito son los que, en sí mismos, contienen elementos delictivos, como, por ejemplo, los que incurran en falsedad en documento público —art. 390 CP—, o los actos en los que el funcionario público hubiera cometido prevaricación, esto es, dictar una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia —art. 404 CP—. Así, la resolución de un Alcalde negándose a convocar al Pleno para debatir una moción de censura, a sabiendas de que debía hacerlo —STSJ Castilla y León 31-5-2001, JUR 246.049—.

— Los actos que se dictan como consecuencia de infracción son los que traen causa de un delito, sin ser delictivos en sí mismos. Por ejemplo, el caso de un funcionario que acepta un soborno, dictando un acto injusto no delictivo: la aceptación del soborno es lo que constituye el delito —de cohecho, art. 420 CP—, y el acto dictado como consecuencia del mismo es nulo de pleno Derecho. Otro ejemplo viene representado por la emisión de un informe falso, sin que el órgano resolutorio, que acepta su contenido como fundamento de la resolución, conozca la falsedad: el acto delictivo —informe— provoca que se dicte otro —resolución—, que es nulo de pleno Derecho. O también es nula de pleno derecho la expedición de un certificado de aptitud para director de autoescuela basado en un título de bachiller declarado falso —STS 15-04-2004, RJ 2.631—.

5.º *Los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento administrativo.* En este apartado se consideran incluidos los siguientes supuestos:

— *la ausencia total de trámites*, también llamada *vía de hecho*. Por ejemplo, es nula la revocación de licencia de un establecimiento fundada en el no ejercicio de la actividad durante dos años, sin haber realizado el menor trámite dirigido a probar la inactividad (STS 2-12-1998, RJ 10.266); o el otorgamiento de subvenciones sin solicitud, proyecto ni documentación alguna (STSJ Andalucía 11/3/2014, Rec. 34/2013);

— *la tramitación del acto con arreglo a un procedimiento distinto del que le corresponde*. Por ejemplo, cuando se acuerda revocar un acto declarativo de derechos: la revocación es un procedimiento muy simple, en tanto que para eliminar un acto declarativo de derechos hay que seguir procedimientos complejos —véase Tema 17—, como los recogidos en el art. 109 LPAC (STS 23-6-1994, RJ 5.260);

— *la vulneración de un trámite absolutamente esencial del procedimiento*. En efecto, por extensión, la jurisprudencia entiende que la omisión de algún trámite esencial del procedimiento administrativo es tan grave que resulta equiparable a la infracción total y absoluta del procedimiento. Es el caso del trámite de audiencia, cuya omisión provoca la nulidad radical del acto resolutorio —STS 12-2-2001, RJ 628; ATS 30/9/04, Rec. 262/2002—, salvo que no se haya ocasionado materialmente indefensión (aspecto que estudiaremos en el § 4 de este Tema).

6.º *Actos dictados prescindiendo de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.* El régimen de los órganos colegiados fue objeto de estudio en el Tema 5. Como ejemplo de regla esencial puede citarse la aprobación de un acuerdo no incluido en el orden del día (STS 19-12-1989, RJ 9.472), o con falta de *quorum* (STS 18-2-1983, RJ 907).

7.º *Actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición.* El supuesto está ideado especialmente para evitar que los particulares consoliden facultades o derechos por silencio administrativo a pesar de que no reúnen los requisitos que el ordenamiento jurídico impone para poder ostentar esas facultades o

derechos. Apodera por tanto a la Administración con unas posibilidades de revisión claramente desfavorables para los ciudadanos. En orden a preservar la seguridad jurídica, y la buena fe de los afectados, debe efectuarse una interpretación restrictiva del supuesto, que opera a través del término «esenciales»: para que el acto resulte nulo de pleno Derecho, el requisito impuesto por el ordenamiento debe ser un condicionante absoluto de la adquisición de la facultad o derecho, de tal manera que, si se careciese del requisito, no podría adquirirse en modo alguno el derecho o la facultad. Por ejemplo, la resolución por la que erróneamente se concede un permiso de conducir a quien no superó el examen teórico pero pudo celebrar el práctico; el nombramiento como funcionario público del Grupo «A» —integrado por titulados superiores— a quien no ostenta más que el grado de bachiller; el otorgamiento de una beca para estudios universitarios a quien no se encuentre matriculado; o el acto presunto por el que se concede una licencia de edificación a un particular reconociéndole una volumetría superior a la permitida. Un excelente ejemplo de aplicación práctica de este supuesto se recoge en la STSJ Galicia 528/2005, de 6 de julio, rec. 178/2005, en cuyo supuesto un funcionario público logró la estimación presunta de una declaración de compatibilidad con actividades privadas, y luego la Administración logró declarar nula dicha compatibilidad.

8.º *Los que se establezcan expresamente en una norma con rango de Ley.* Por ejemplo, la Ley de Contratos del Sector Público —arts. 31 ss.— establece supuestos específicos de nulidad radical en relación con los actos de adjudicación de los contratos administrativos, como la insolvencia económica, financiera, técnica o profesional del contratista. También, la Ley del Suelo prevé como nula de pleno Derecho aquella licencia otorgada con infracción del uso de zonas verdes. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa declara nulos los actos administrativos que se dicten en contra de resoluciones judiciales para eludir su cumplimiento. También se han considerado incluidos en este apartado (GARCÍA LUENGO) los actos que infrinjan la Constitución aunque no vulneren derechos fundamentales (STS 29-3-1991, RJ 2.668) y los actos dictados en fraude de Ley.

9.º *Los actos dictados en aplicación de un reglamento ilegal o de normas legales declaradas inconstitucionales.* Como es sabido, la ilegalidad de que adolezca una disposición administrativa general contamina a sus actos de aplicación, que aun siendo intrínsecamente válidos y habiéndose dictado en perfecta armonía con las reglamentaciones vigentes, se encuentran realmente viciados por causas externas que le vienen sobrevenidas. Este tipo de vicios son alegables por los interesados en virtud del llamado *recurso indirecto contra reglamentos*, que no es realmente un recurso contra reglamentos, sino contra actos administrativos, pero fundado en la circunstancia de que el reglamento de que el acto es aplicación es inválido —véase Tema 4, § 5.3—. Así, cuando una ordenanza municipal contempla un tipo infractor carente de cobertura legal: los actos sancionadores dictados en aplicación del reglamento adolecen de un vicio de nulidad radical, de igual manera que el propio reglamento; y en la misma línea se sitúan los actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, actos que son, asimismo, nulos de pleno derecho (STS 8-4-2003, Rec. 5.716/1998). Debe recordarse, no obstante, que no pueden anularse los actos dictados antes de la anulación del reglamento que ya hayan devenido firmes (STS 31-3-2003, Ar. 2.866).

5.4. LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SUPUESTOS GENERALES

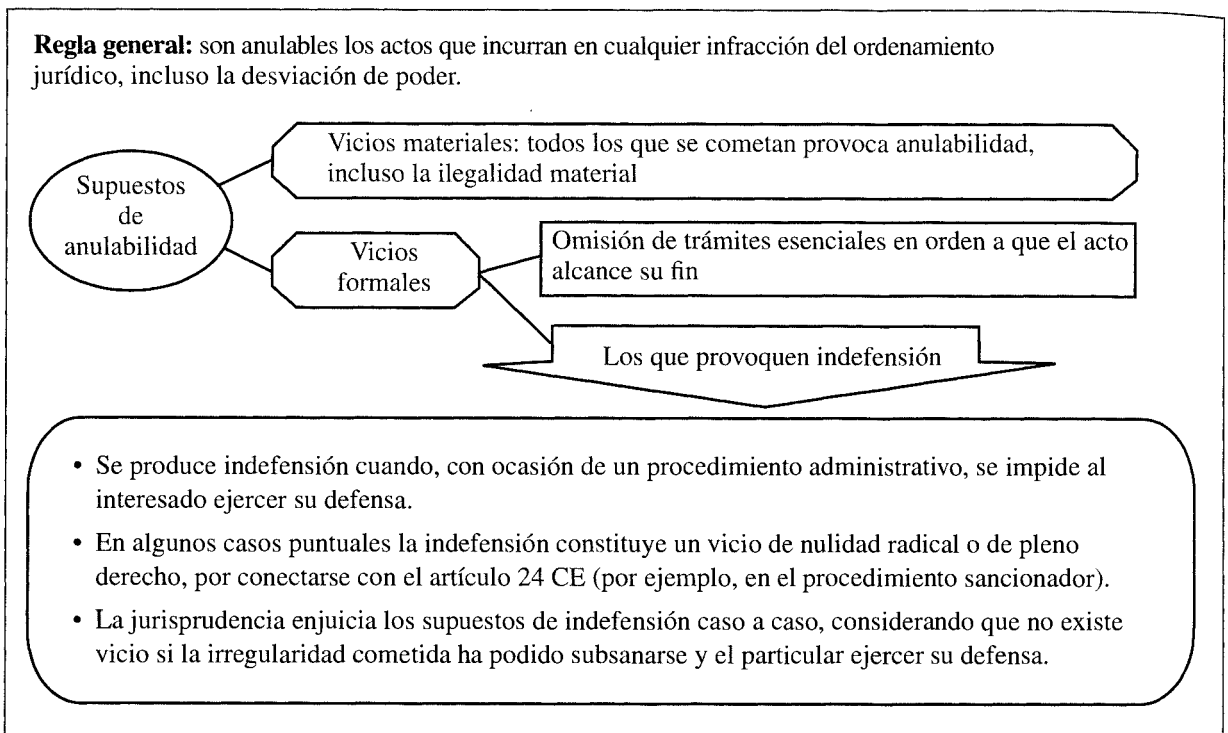
Como ya quedó dicho, nuestro Derecho ha dispuesto como regla general que cualquier infracción del ordenamiento jurídico provoca la anulabilidad del acto que la con-

tenga. Así se desprende con claridad del art. 48.1 LPAC, que dispone: «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». No obstante, en relación con el régimen de la anulabilidad resulta preciso distinguir entre vicios materiales y vicios formales.

Los vicios materiales son determinantes de anulabilidad *siempre* —salvo que estén contemplados como vicios de nulidad radical—. Entre este tipo de vicios puede citarse la desviación de poder, la adjudicación de un contrato a quien no formule verdaderamente la mejor oferta, o cualquier otra ilegalidad, como el otorgamiento indebido de una subvención, el reconocimiento de una dispensa no recogida en norma alguna, etc. Importa destacar que los actos dictados con infracción de ley no son por ello nulos de pleno derecho: la ilegalidad sólo da lugar, como regla general, a la mera anulabilidad del acto.

FIGURA 12

Anulabilidad de los actos administrativos (art. 48 LPAC)



Por el contrario, los vicios formales sólo provocan la anulabilidad del acto cuando éste carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados —art. 48 LPAC—. Los supuestos en que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin son determinados por el Tribunal Supremo en una jurisprudencia casuística que no es del caso exponer, y que suele considerar que el supuesto no es independiente y se encuentra íntimamente relacionado con la necesidad de que se provoque indefensión a los interesados, cuestión que estudiaremos en el siguiente apartado.

La LPAC introduce una importante novedad en esta materia, al establecer expresamente los requisitos formales que deben reunir los documentos administrativos electrónicos —art. 26.2—. Esos requisitos los hemos estudiado en otro lugar —Tema 11, § 5.1—; lo que corresponde ahora es resaltar las consecuencias que produce

su incumplimiento. Ya hemos dicho en el apartado precedente que cuando un documento en soporte electrónico carece de información ese vicio es determinante de nulidad radical o de pleno derecho; a nuestro juicio, el incumplimiento del resto de requisitos supone a veces un vicio formal determinante de anulabilidad y en otras ocasiones una mera irregularidad no invalidante. En efecto, algunas de estas exigencias constituyen requisitos formales indispensables para que un acto dictado en soporte electrónico alcance su fin, y por consiguiente, su incumplimiento debe determinar la anulabilidad del acto; son los siguientes:

1) Ser susceptible de individualización y tratamiento diferenciado, pues el acto administrativo debe poder individualizarse como tal, sin prestarse a confusión por asimilación con otros actos administrativos diferentes.

2) Incorporar una referencia temporal (fecha) del momento en que han sido emitidos, pues el elemento temporal es esencial en Derecho administrativo y su omisión acarrea importantes consecuencias (p. ej., a efectos del cómputo del plazo máximo para resolver y notificar, o de prescripción de una infracción).

3) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan, pues esta exigencia, además de lograr la identificación de la persona o entidad que dicta el acto, es también garantía de la integridad de su contenido, debido a la tecnología asociada a su aplicación; y, así como la integridad de un documento en soporte papel queda garantizada por el propio soporte, cuando se trata de un documento electrónico es preciso acreditar la integridad del documento utilizando alguna tecnología que lo permita, como es el caso de la firma electrónica, pues en otro caso sería fácilmente manipulable y cabría con toda facilidad alterar maliciosamente su contenido.

Por lo que se refiere al resto de los requisitos de forma de los documentos administrativos en soporte electrónico del art. 26.2 LPAC, es más dudoso que su infracción sea determinante de invalidez, pudiendo considerarse como irregularidades no invalidantes. Por ejemplo, los metadatos son útiles para garantizar la interoperabilidad y el archivo de los documentos, pero hasta cierto punto superfluos de cara a las garantías de los ciudadanos. Por otra parte, cabría aceptar que la omisión de la referencia temporal no tenga consecuencias en algunos supuestos, como sería el caso de ciertos actos favorables (así, otorgamiento de subvenciones). Lo novedoso de todo este régimen y la ausencia de precedentes obliga a especular de esta manera, aguardando los pronunciamientos jurisprudenciales que asienten la exigibilidad de los nuevos requisitos y el alcance de su omisión.

5.5. LA INDEFENSIÓN EN EL PROCEDIMIENTO Y LOS DIFERENTES GRADOS DE INVALIDEZ QUE PRODUCE ESTE VICIO

En cuanto a los vicios que provocan indefensión, son todos aquellos que impidan a los interesados ejercer la dialéctica procesal, es decir, la defensa de sus propios planteamientos durante el procedimiento administrativo: por ejemplo, la denegación indebida de una prueba, la omisión de un trámite de alegaciones o la falta de motivación de un acto restrictivo de derechos; así, la STS 2-4-1980 RJ 2.294 —y otras muchas concordantes—, sostiene que: «por indefensión entendemos la situación en que queda el titular de un derecho o interés discutido cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa, y [...] el administrado ha sido privado de la facultad de introducción en el expediente de los elementos

fácticos o jurídicos de la oposición que la Administración debía tener en cuenta antes de producir el acto definitivo».

Aunque como regla general la indefensión sólo produce anulabilidad del acto administrativo, la omisión de algunos trámites formales cualificados da lugar a nulidad radical: así sucede cuando se omite el trámite de audiencia, según pudimos comprobar anteriormente, por cuanto que la jurisprudencia asimila la falta de ese trámite a la infracción total y absoluta del procedimiento. Por otra parte, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la indefensión en el procedimiento administrativo puede vulnerar alguno de los derechos contenidos en el art. 24 CE, en cuyo caso, el vicio en que se incurre es de nulidad absoluta y no de mera anulabilidad: por ejemplo, cuando la indefensión tiene lugar en un procedimiento sancionador —SSTC 18/1981, 262/1988, 291/2000 y concordantes—. Es muy expresiva de esta distinción la STS 11-7-2003, Rec. 7.383/1999, en la que se diferencian claramente los efectos que produce la indefensión según el tipo de procedimiento en que se produzca, pudiendo dar lugar a nulidad de pleno derecho (cuando se trata del procedimiento sancionador) o a mera anulabilidad (en otro tipo de procedimientos). Como afirma la doctrina (ALONSO, GAMERO), la indefensión administrativa tiene alcance constitucional en sólo dos supuestos:

— Cuando la actuación administrativa impida o provoque la falta de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, si como consecuencia de una notificación defectuosa se impide el acceso a la jurisdicción (SSTC 262/1988, 43/1992).

— Cuando se trata del procedimiento administrativo sancionador, en el que cualquier indefensión tiene alcance constitucional (SSTC 18/1981 y concordantes).

Conforme a lo anterior, por este mismo vicio de indefensión los actos administrativos pueden encontrarse en los siguientes supuestos de invalidez:

FIGURA 13

	Grado del vicio	Régimen jurídico
Regla general	Anulabilidad	Art. 48 LPAC
Omisión de la audiencia al dictar actos desfavorables no sancionadores	Nulidad radical, por omisión de un trámite esencial del procedimiento	Arts. 105.c) CE y 47.1.e) LPAC
Procedimiento sancionador	Nulidad radical, por vulneración de las garantías constitucionales aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora	Arts. 24 CE y 47.1.a) LPAC

En cualquier caso, los tribunales sólo anulan los actos administrativos cuando *realmente* se ha producido indefensión: si, a pesar de haberse cometido un vicio, los particulares han podido ejercer materialmente su defensa, no se anula el acto administrativo (SSTS 22/11/01, Rec. 8422/1997; 24/11/2003, Rec. 7259/1999). Así, la STS 11-7-2003, Rec. 7.983/1999, sostiene que «La falta de audiencia en un procedi-

miento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa». Por ejemplo, cuando no se le permitió presentar alegaciones, pero luego interpone un recurso administrativo con ocasión del cual alega lo que estima conveniente a su derecho, subsanando así el vicio en la propia vía administrativa (SSTS 8-6-2004, RJ 3.683; 20-1-2005, RJ 4); o cuando el acto resolutorio no estaba motivado, pero sí la resolución del recurso administrativo interpuesto contra el mismo (STS 29-7-2002, RJ 7.385). Criterio éste seriamente cuestionable pues desplaza sobre el ciudadano los efectos de la conducta irregular de la Administración obligándolo a recurrir por vicios de forma, a la vez que devalúa el procedimiento administrativo y niega relevancia jurídica a los derechos de defensa de los ciudadanos en la vía administrativa (ESCRIBANO COLLADO). También entiende el Tribunal Supremo que, a pesar de producirse un vicio de indefensión, no procede anular el acto administrativo resolutorio del procedimiento si no logra probarse que el contenido de dicho acto variará en el caso de subsanarse la infracción del procedimiento (SSTS 18-3-2002, RJ 1.900; 11-11-2003, RJ 8.894).

Esta jurisprudencia permisiva con los vicios de forma, que aún resultando dominante no es completamente unívoca (véase, p. ej., la STS 5-12-00, RJ 10087), se ha visto correspondida con una reacción doctrinal que insiste en la importancia del procedimiento administrativo como garantía y en la necesidad de declarar la invalidez de los actos cuando se produzcan infracciones al derecho a la defensa, pues se considera que la Administración no puede incumplir impunemente los trámites del procedimiento (PONCE, CIERCO, GALLARDO).

6. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES

Como se dijo anteriormente la irregularidad es un vicio de muy escaso relieve, y de tan poca entidad que no conduce a la eliminación del acto administrativo —STS 11-4-2002, rec. 2.666/1996—. Ello se refleja incluso en su denominación técnica, que suele hacerse mediante la expresión «irregularidad no invalidante».

Cuando se produce un vicio, la regla general es la anulabilidad o invalidez simple del acto que lo padece. Por tanto, el ordenamiento jurídico se encarga de precisar los concretos supuestos en que los actos administrativos son irregulares. Lo que sucede es que no lo hace en un lugar definido, debiendo inducir esta categoría de una serie heterogénea de preceptos, distribuidos a todo lo largo de la LPAC. Entre ellos destacan los siguientes:

— *vicios formales*: por interpretación en sentido contrario del art. 48.2 LPAC, los vicios meramente formales que no generen indefensión ni supongan requisitos indispensables para que el acto alcance su fin constituyen meras irregularidades no invalidantes de los actos administrativos. Por ejemplo, cuando se ha de tomar una decisión por un órgano colegiado y falta uno de sus miembros, este vicio no afecta a la validez del acto si con el resto de componentes se alcanza igualmente la mayoría (STS 9-4-1996, RJ 3.227). La STS 26-9-1995, RJ 6.684 recoge la doctrina general sobre los vicios de forma, en unos términos que pueden parecer sorprendentes desde el paradigma tradicional (formalista) del Derecho Administrativo: «el ordenamiento administrativo es decididamente antiformalista y no hay Derecho menos formalista que el Derecho administrativo, y ello porque al vicio de forma o de procedimiento no

se le reconoce tan siquiera, con carácter general, virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto cuando éste sea esencial, o se produzca una situación de indefensión. El vicio de forma, pues, carece de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo (STS 26-4-1985), desnaturalizándolo (SSTS 25-2-1981 y 7-4-1981, 20-1-1978, etc.); y alterando, eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración»;

— *errores materiales o de hecho*, entre los que pueden citarse una suma incorrecta, efectuada en una liquidación que contiene todos los sumandos y de la que se desprende claramente el error; la anteposición del tratamiento «don» a una señora, o viceversa; el error de medición de una superficie —STS 5-6-2001, rec. 8.323/1995—; etc. Según el art. 109.2 LPAC, las Administraciones públicas podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancias de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos. El error material o de hecho no atenta a la existencia ni a la legalidad del acto administrativo (BOQUERA OLIVER, MEILÁN GIL). Los particulares pueden evitar que les perjudique el error en el que la Administración recae, oponiéndose al acto; pero tal error no hace incurrir al acto en un vicio de invalidez, puesto que puede ser corregido en cualquier momento. Sí sería inválida, en cambio, la ejecución del acto erróneo: por ejemplo, en el caso de la suma incorrecta, supondría una ilegalidad que se embargase una cantidad superior a la realmente exigible. En tal caso, el particular podrá requerir a la Administración para que le reintegre lo que ésta ha adquirido mediante enriquecimiento injusto, pero no podrá pretender la anulación de todo el embargo administrativo, sino sólo la devolución del exceso. Ahora bien, no hay error de hecho cuando su apreciación implica un juicio valorativo o exige una operación de calificación jurídica, o la rectificación supone una alteración fundamental del sentido del acto, o no descansa en los datos del expediente administrativo (STSJ Cataluña 14-5-2004, JUR 193.460);

— *actuaciones administrativas extemporáneas*, esto es, realizadas fuera de plazo, como, por ejemplo, los actos administrativos dictados con exceso del plazo de resolución (STS 20-7-1993, RJ 5.855; SAN 22-7-2004, JT 1.246). El art. 63.3 LRJPAC dispone que las actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo sólo implicarán la anulabilidad del acto cuando así resulte de la naturaleza del término o plazo. Por ejemplo, sería un vicio de invalidez dictar un acto expreso desestimatorio una vez vencido el plazo de resolución y notificación en un supuesto de silencio positivo. Pero no lo sería solicitar un informe facultativo contemplado por el procedimiento, una vez vencido el plazo de resolución.

Conforme a lo expuesto, los supuestos de invalidez de los actos administrativos pueden resumirse con la figura 14.

FIGURA 14

Supuestos de invalidez de los actos

ELEMENTO DEL ACTO	VICIO O IRREGULARIDAD	TIPO DE INVALIDEZ	
SUJETO Y ÓRGANO	Incompetencia Material y territorial	Nulidad	
	Incompetencia jerárquica	Anulabilidad	
	Procedimiento de formación de voluntad de órganos colegiados	Omisión de regla esencial	Nulidad
		Otros incumplimientos	Anulabilidad
CONTENIDO	Contenido imposible	Nulidad	
	Lesión derecho fundamental		
	Constitutivo infracción penal		
	Adquisición de derechos careciendo de los requisitos esenciales		
	Otros contenidos ilegales	Anulabilidad	
FIN	Desviación de poder	Anulabilidad	
PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN	Omisión total	Nulidad	
	Omisión trámite esencial (audiencia)	Nulidad	
	Omisión trámite secundario	Anulabilidad	
FORMA DE EXTERIORIZACIÓN	Omisión de la motivación	Anulabilidad	
	Requisitos esenciales de forma de documentos electrónicos	Anulabilidad	
	Restantes requisitos formales	Irregularidad no invalidante	

7. EL PRINCIPIO GENERAL DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS MANIFESTACIONES

FIGURA 15

Técnicas de conservación de los actos

Técnica	Conservación en sentido estricto		Invalidez parcial	Conversión	Convalidación
Supuesto de hecho	Trámites anteriores al acto anulado	Trámites sucesivos e independientes	Acto compuesto del que se anula una decisión	Acto que contiene los elementos de otro distinto	Subsanación de los vicios del acto
Alcance del vicio	Cualquiera (nulidad o anulabilidad)		Cualquiera	Cualquiera	Sólo anulabilidad
Requisitos	Ninguno	Nuevo acto expreso que recoja los actos que se mantienen	Ninguno	Nuevo acto expreso que convierta al anulado en otro distinto	Nuevo acto expreso de convalidación
Efectos	Mantenimiento de los actos originales	<i>Ex nunc</i> : desde que se dicta el acto de conservación	La decisión independiente sigue siendo válida, aunque la otra se anule	<i>Ex tunc</i> : la conversión tiene efectos retroactivos, desde que se dictó el acto anulado	Como regla general, <i>ex nunc</i> ; pero <i>ex tunc</i> si es favorable y no afecta a terceros

El acto administrativo se encuentra beneficiado por un principio general de conservación o *favor acti*: una de las más destacables particularidades de los actos administrativos es que el ordenamiento jurídico procura a toda costa su supervivencia, afanándose en mantenerlos incluso cuando se encuentren envueltos en supuestos de invalidez (BELADÍEZ). El principio de conservación supone la necesidad de interpretar los actos administrativos de la forma más favorable para que resulten válidos (GARCÍA LUENGO, DÍEZ SÁNCHEZ), y da lugar a una serie de instrumentos que permiten conservar los actos viciados o sus efectos, articulándose mediante una completa batería de técnicas y remedios, que pueden resumirse con la tabla adjunta.

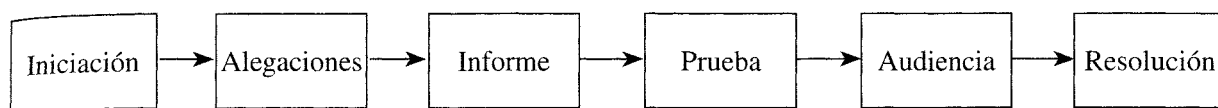
7.1. LA CONSERVACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

La conservación en sentido estricto comprende, a su vez, diversas manifestaciones, todas las cuales resultan aplicables tanto en casos de nulidad como de mera anulabilidad.

Existe, en primer lugar, una regla contenida en el art. 51 LPAC: «el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.» Ésta es una regla que se proyecta hacia atrás, siendo relativa a los trámites del procedimiento que se desarrollaron correctamente *antes* de que se cometiera la infracción que provoca la invalidez del acto: *la anulación de un acto adminis-*

trativo sólo afecta a los sucesivos en el procedimiento, pero no a los que se hubieran dictado con anterioridad al momento en que se produjo la infracción. En virtud de un razonable principio de economía procedimental, tales trámites no han de repetirse, debiendo continuar el procedimiento a partir del momento en que se produjo la infracción. Así, teniendo presente el esquema de la figura 16, si se incurre en un vicio con ocasión del trámite de prueba, se mantendrán los escritos de alegaciones presentados por los particulares, y los informes ya emitidos, continuándose el procedimiento mediante la reapertura del período probatorio; o si se practica una notificación defectuosamente, basta con hacerlo en debida forma y proseguir después el procedimiento (STS 27-10-1998, RJ 9.166/1999).

FIGURA 16

Procedimiento

Una segunda manifestación de la conservación aparece en el art. 49.1 LPAC. Según este precepto, «la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero». Esta regla se proyecta hacia delante, incidiendo sobre los actos administrativos posteriores a aquel en que se produjo la infracción, es decir, trámites separables no afectados por la anulación de las actuaciones (STS 2-1-2002, RJ 9.407). Por ejemplo, se inicia un procedimiento sancionador contra un funcionario público por negligencia en el desempeño de sus funciones, se le envía un acuerdo de instrucción del procedimiento sancionador que adolece de un vicio, y posteriormente se solicita un informe del jefe administrativo del Departamento en que el funcionario presta sus servicios; si en este caso se anula el acuerdo de instrucción, no sería preciso volver a solicitar y expedir el informe, por cuanto que se trata de un trámite independiente del anterior, que no se ve afectado en modo alguno por su anulación: en este caso, se dictaría un nuevo acuerdo de instrucción, y se seguirían las actuaciones sin solicitar de nuevo el informe.

Esta segunda manifestación del principio de conservación exige que la Administración dicte un acto expreso en el que se referencien los trámites que se conservan. Ello obedece al principio de seguridad jurídica, que reclama dejar suficientemente claro los trámites que se repetirán y los que se conservarán.

7.2. LA INVALIDEZ PARCIAL

Esta técnica de mantenimiento de los actos administrativos se recoge en el art. 41.2 LPAC, que dispone: «La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado». El precepto contiene dos manifestaciones:

— Cuando se dicta un acto compuesto, que incluye varias decisiones acumuladas e independientes, puede anularse una de ellas sin afectar a las restantes (BOQUERA). Alcanza tanto a supuestos de nulidad como de mera anulabilidad. Por ejemplo, la

Ley 49/2007 establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades de personas con discapacidad, contemplando el art. 6 que, cuando la infracción sea muy grave, se imponga, además de la multa económica correspondiente a las infracciones graves, una sanción accesoria de supresión de las subvenciones que tuviera concedidas el sancionado; si, en vía de recurso, se estima que la infracción es grave y no muy grave, sólo se anularía la sanción accesoria de supresión de subvenciones y se mantendría la multa económica correspondiente.

— Cuando se anula la cláusula accesoria de un acto administrativo, este último puede seguir siendo válido salvo que la cláusula fuera esencial para el acto mismo (VELASCO). Véase sobre este particular lo expuesto en el Tema 15, apartado 4.2.

7.3. LA CONVERSIÓN

Según el art. 50 LPAC: «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste». Se conservan los elementos válidos de un acto inválido, que prestan su apoyo a otro acto distinto, para el que son suficientes los elementos subsistentes tras la anulación. No hay conexión entre uno y otro acto —no se comunican los vicios—, sino entre los *elementos* del acto. Por ejemplo, si se anula el nombramiento de un funcionario de carrera debido a que se anuló el proceso selectivo por el que accedió a la función pública, el afectado podrá ser nombrado funcionario interino, pues cumple todos los requisitos pertinentes para ello. La conversión es una técnica de escaso ámbito material, por lo que se aplica poco y es rechazada por la jurisprudencia con cierta frecuencia (SSTS 21-5-2001, 30-9-2004 y 3-2-2004).

La conversión es una técnica admitida tanto frente a actos nulos como anulables. Para proceder a la conversión de un acto en otro se precisa de un acto administrativo expreso, mediante el que se efectúe la conversión (BELADÍEZ, GARCÍA LUENGO, y STS 21-2-1994, RJ 1.458). Este acto tendrá efectos desde que se produjo el acto anulado, pues ya entonces existían sus elementos, que son los que ahora sirven para dar cuerpo a otro acto distinto. Ello se corresponde con lo dispuesto por el art. 39.3 LPAC, que permite conceder eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de otros anulados.

7.4. LA CONVALIDACIÓN

La convalidación es un acto administrativo por el que se subsanan los vicios de otro acto administrativo anterior. Dado que la nulidad es un vicio insubsanable, sólo pueden ser objeto de convalidación los actos anulables (SSTS 30/6/2014, Rec. 363/2012; 21/3/2014, Rec. 1.988/2012). Esta técnica, contemplada por el art. 52 LPAC, consiste en el mantenimiento del acto originario, del que se corrigen sus vicios, superando la infracción en que hubiera incurrido. El propio artículo recoge algunos ejemplos: así, la incompetencia jerárquica —bastaría con dictar un acto confirmatorio por parte del superior jerárquico competente—, o la falta de alguna autorización para dictar la resolución —se podría obtener la autorización una vez dictado el acto, y con ello, subsanarlo—. En el concreto supuesto de la incompetencia jerárquica, el Tribunal Supremo considera, además, que la resolución de un recurso administrativo cuando sea dictada por el órgano competente para resolver subsana el vicio en que incurrió el inferior jerárquico incompetente (STS 28-10-1982, Ar. 5.261).

La convalidación sólo procede cuando no provoque indefensión (STS 28-1-1981, RJ 1.119). Por ejemplo, no podría subsanarse la omisión de un informe preceptivo cuyo contenido resulta esencial para respaldar la resolución que se adoptó en el procedimiento (SSTS 7-6-1992, RJ 5.385; 21-2-1994, RJ 1.458): en tal caso, sería preciso conceder nuevamente el trámite de audiencia al interesado y motivar la resolución conforme al informe (GONZÁLEZ PÉREZ).

La convalidación, como regla general, sólo surte efectos desde que se produce; aunque puede desplegar efectos retroactivos —desde que se dictó el acto anulado— si se cumplen los requisitos señalados por el artículo 39.3 LPAC, que se analiza en el próximo tema.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2006.
 BOQUERA OLIVER, J. M.: *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.
 GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1991.
 LINDE PANIAGUA, E.: *Procedimiento, acto y recursos administrativos*, Colex, Madrid, 2010.
 VV.AA.: *Manual de documentos administrativos*, Ministerio de Administraciones Públicas-Tecnos, Madrid, 2003.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- AGUADO I CUDOLÁ, V.: *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.
 ALMEIDA CERRERA, M.: «El principio de irrevocabilidad de los actos favorables», en VV.AA.: *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.
 ALONSO MAS, M. J.: *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia, 1998.
 BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, núm.135, 1994.
 BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «El acto administrativo: entre la validez y el delito», *REDA*, n.º 163, 2014.
 BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
 BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.
 CANO CAMPOS, T.: *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2004.
 CIERCO SEIRA, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, real Colegio de España, Bolonia, 2002.
 —«La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso», *RAP*, n.º 170, 2006.
 —«El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *RAP*, n.º 163, 2004.
 DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: «El principio de conservación de los actos», en VV.AA.: *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.
 DOMÉNECH PASCUAL, G.: «El principio de presunción de validez», en VV.AA.: *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.
 ESCRIBANO COLLADO, P.: «Reflexiones sobre la indefensión en el procedimiento administrativo», en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1993.
 ESCUÍN PALOP, V.: *El acto administrativo implícito*, Civitas, Madrid, 1999.
 ESTEVE PARDO, J.: *Es desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970.
 FERNANDO PABLO, M. M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.
 GALLARDO CASTILLO, M. J.: «La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 57, 2005.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», *REDA*, n.º 98, 1998.
- GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002.
- HUERGO LORA, A.: «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 145, 1998.
- JORDANO FRAGA, J.: *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.
- MESEGUER YEBRA, J.: *Los actos administrativos nulos de pleno derecho*, Bosch, Barcelona, 2001 (vol.1) y 2002 (vol.2).
- Las irregularidades no invalidantes de los actos administrativos*, Bosch, Barcelona, 2001.
- MORENO FUENTES, R.: «La nulidad de los actos administrativos por la lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», *REDA*, n.º 105, 2000.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R.: *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- REBOLLO PUIG, M.: «La presunción de validez», *REDA*, n.º 128, 2005, pp. 587 ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972,
- SANZ RUBIALES, I.: «La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia», *REDA*, núm. 90, 1996. SOCÍAS CAMACHO, J. M.: «Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección», *RAP*, n.º 157, 2002.
- VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias de los actos administrativos*, Tecnos, Madrid, 1996.

TEMA 16

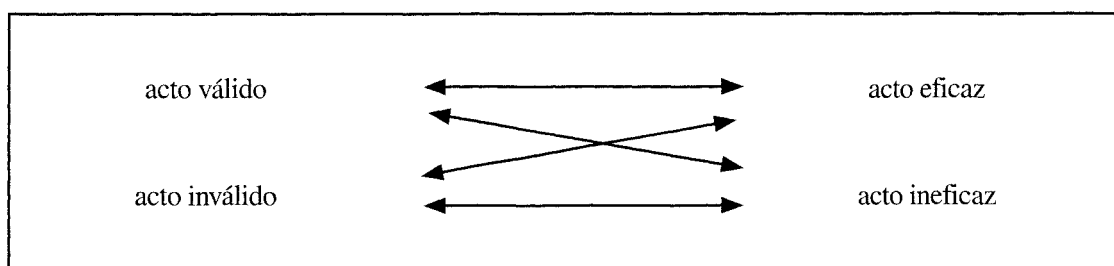
LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU EJECUCIÓN FORZOSA

1. EL PRINCIPIO GENERAL DE EJECUTIVIDAD: EFICACIA INMEDIATA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el Derecho Administrativo se deslindan claramente dos cuestiones diversas: la eficacia y la validez de los actos administrativos. La validez estudia elementos intrínsecos del acto, cuya carencia o inobservancia provoca vicios que determinan su invalidez. Por el contrario, *la eficacia analiza el momento en que los actos administrativos pueden llevarse a efecto, siendo aptos y susceptibles de aplicación*; es cuestión relativa, en consecuencia, a los requisitos extrínsecos que debe reunir el acto administrativo, ya sea válido o inválido, para que su contenido pueda llevarse a efecto. Esta distinción no es propia y exclusiva del Derecho Administrativo, pues resulta común a todas las ramas del conocimiento jurídico. Por ejemplo, cuando se realiza una compra a plazos después se pasan al cobro las correspondientes *letras* o pagos; una letra de pago aplazado es válida cuando se expide con todos los requisitos correspondientes, pero sólo es eficaz a partir de su fecha de cobro: si pretende *hacerse efectiva* la letra con anterioridad de esa fecha, no se conseguirá su cobro.

El hecho de que ambas cuestiones se encuentren desligadas en la teoría general de los actos administrativos provoca que en la práctica pueda producirse cualquier combinación de estos cuatro elementos:

FIGURA 1



— un acto válido puede ser eficaz: cumple todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos. Es la situación ideal en que debe encontrarse todo acto administrativo;

— un acto válido puede ser ineficaz: cumple todos los requisitos intrínsecos, pero no los extrínsecos, de modo que, aún siendo válido, no puede aplicarse;

— un acto inválido puede ser eficaz: si el acto no cumple todos los requisitos intrínsecos, pero sí los extrínsecos, puede ser aplicado a pesar de que resulte ilegal. Esta situación es la más paradójica: puesto que los actos administrativos se presumen válidos, despliegan efectos desde que se dictan, y para evitar esta eficacia es preciso

anular el acto (T. R. FERNÁNDEZ, SANTAMARÍA, GALLARDO). Esta situación se explica porque los actos nulos son eficaces, pero con una eficacia formal o externa, no sustantiva o interna (BOCANEGRA). Una vez declarada formalmente la invalidez del acto, deberán corregirse las consecuencias que se hubieran derivado de su aplicación;

— un acto inválido puede ser ineficaz: esto sucede cuando se incumple tanto algún requisito intrínseco como otro extrínseco, de modo que el acto resulta ilegal y, al propio tiempo, no puede llevarse a efecto.

Como ya sabemos, con arreglo al art. 38.1 LPAC, los actos administrativos se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. En consecuencia, *los actos administrativos son aptos para producir efectos —para aplicarse— desde el mismo momento en que son dictados, sin que se precise la satisfacción de ningún requisito adicional*; es lo que se conoce como principio de *autotutela declarativa* —o en primera potencia— de la Administración. De esta forma, los actos administrativos crean, modifican o extinguen unilateralmente situaciones jurídicas, sin necesidad de ningún otro requisito externo; es lo que se califica como *acto ejecutivo* (BETANCOR). No obstante, existen supuestos de eficacia demorada, en los que se impone el cumplimiento de ciertos requisitos —notificación, publicación— en orden a reconocer la eficacia del acto. Un poco más adelante nos ocuparemos de ellos.

La ejecutividad del acto administrativo se encuentra potenciada además con su *ejecutoriedad*, establecida en el art. 99 LPAC, que consiste en la potestad de que dispone la Administración para ejecutar un acto por sí misma cuando el particular no lo hace, potestad que también es conocida como *ejecución de oficio de los actos administrativos* o *autotutela ejecutiva*. Es preciso, por tanto, distinguir entre ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos (RODRÍGUEZ MORO, T. R. FERNÁNDEZ, BETANCOR). El estudio de la ejecución de oficio se efectúa más adelante, pero conviene anticipar su concepto para adquirir una visión sistemática y cabal de la validez y de la ejecutividad del acto y de sus consecuencias. La ejecutoriedad es predicable tanto de los actos con relevancia interna a la Administración, como de los que inciden en derechos de terceros. A modo de ejemplo, impuesta una multa por la Administración, aunque adolezca de vicios, se presumirá válida y será ejecutiva y ejecutoria, esto es, producirá efectos inmediatos, y si el particular se niega a su abono, la Administración podrá embargarle de oficio sus bienes para proceder al cobro de la multa. Si posteriormente se declara formalmente la invalidez del acto, el particular tendrá derecho al reintegro de lo embargado. Todo ello da una idea suficientemente plástica de la intensidad de los instrumentos con que el ordenamiento apodera a la Administración, quien no requiere autorización del sujeto afectado, como tampoco judicial, para proceder a la ejecución forzosa de los actos administrativos, algo absolutamente impensable en el Derecho privado.

FIGURA 2

Autotutela declarativa	<i>Ejecutividad</i> del acto administrativo	Aptitud del acto para crear, extinguir y modificar unilateralmente situaciones jurídicas
Autotutela ejecutiva	<i>Ejecutoriedad</i> del acto administrativo	Aptitud del acto para ser ejecutado forzosamente

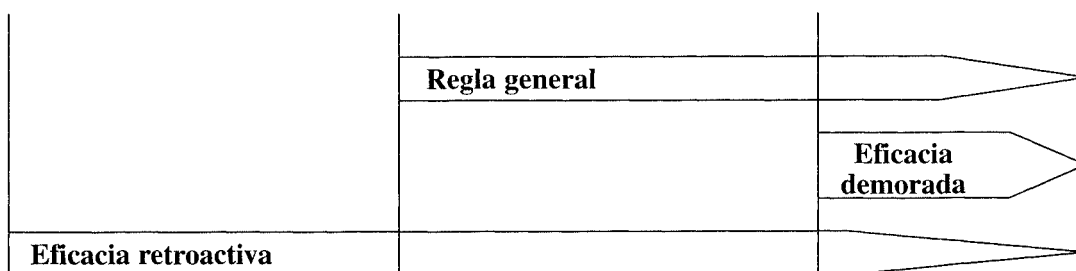
2. SUPUESTOS DE EFICACIA DEMORADA Y RETROACTIVA

La ejecutividad del acto es la regla general, pero existen excepciones en cuya virtud el acto desplegará efectos en un momento posterior al que fue dictado —supuestos de eficacia demorada— o bien en un momento anterior al que fue dictado —supuestos de eficacia retroactiva—.

FIGURA 3

Ejecutividad de los actos administrativos

EFICACIA RETROACTIVA	REGLA GENERAL	EFICACIA DEMORADA
Los actos comienzan a desplegar efectos en un momento anterior al que son dictados <ul style="list-style-type: none"> • Actos dictados en sustitución de otros anulados. • Actos que produzcan efectos favorables y no lesionen derechos de terceros. 	Los actos administrativos se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten.	El acto comienza a desplegar efectos en un momento posterior al que son dictados <ul style="list-style-type: none"> • Cuando lo exija el contenido del acto. • Cuando el acto deba ser notificado o publicado. • Cuando la eficacia quede supeditada a aprobación superior. • Actos sancionadores: cuando se agote la vía administrativa.
Momento anterior	Momento en que se dicta el acto	Momento posterior



2.1. EFICACIA DEMORADA

Los casos de *eficacia demorada* constituyen situaciones en que se altera la regla general de ejecutividad inmediata de los actos administrativos, siendo eficaz el acto en un momento posterior a aquel en que se dicta. Los supuestos de eficacia demorada se encuentran previstos en los arts. 39.2 y 98.1 LPAC. Son los siguientes:

1.º *Cuando lo exija el contenido del acto* —art. 39.2 LPAC—. Por ejemplo, la eficacia del acto de nombramiento de un funcionario público se demora hasta su toma de posesión; la del acto por el que se admite un alumno a un centro público hasta el momento en que el interesado formalice su matrícula; etc.

2.º *Cuando el acto deba ser notificado* —art. 39.2 LPAC—. Según el art. 40.1 LPAC, han de notificarse a los interesados los actos que afecten a sus derechos e intereses. Esta regulación abarca a un volumen considerable de supuestos, y alcanza, prácticamente, a la totalidad de actos no estrictamente organizativos, esto es, a cuan-

tos tienen relevancia externa a la Administración, de tal manera que en la práctica el principio general de la ejecutividad se convierte en una excepción: los actos administrativos con eficacia *ad extra* —sanciones, licencias, subvenciones, etc.— son efectivos desde que se notifican o desde que son publicados, no desde que se dictan.

3.º *Cuando el acto deba ser publicado* —art. 39.2 LPAC—. La publicación es una forma de comunicación de los actos administrativos prevista para casos en que la notificación no resulte posible o sea desaconsejable. Se estudia en el § 4 de este tema.

4.º *Cuando se produzca la suspensión de la ejecución del acto* —art. 98.1.a) LPAC—. En ocasiones la Administración decide suspender la ejecución del acto; estos supuestos y su régimen jurídico se analizan en el § 5 de este tema.

5.º *Cuando se trate de una resolución sancionadora susceptible de recurso en vía administrativa* —art. 98.1.b) LPAC—. Debido a que las sanciones administrativas suponen el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, su imposición se rodea de las mayores garantías. En este caso, se trata de que la sanción no pueda ejecutarse mientras que el ciudadano pueda presentar recursos administrativos. La Ley 30/1992 restringía esta previsión al recurso de alzada, pero la LPAC la amplía a cualquier recurso en vía administrativa: de alzada, de reposición, o los medios alternativos que eventualmente se establezcan. Por consiguiente, la Administración no podrá iniciar la ejecución de oficio de las resoluciones sancionadoras hasta que venza el plazo de presentación de los recursos administrativos que proceda interponer contra ellas; y si el interesado presenta el recurso, el acto no será ejecutivo hasta que se dicte resolución del recurso. Debe repararse cuidadosamente en el hecho de que este régimen no se aplica a todos los actos desfavorables (p. ej., reintegro de subvenciones, expropiaciones forzosas), sino tan sólo al ejercicio de la potestad sancionadora.

6.º *Cuando una disposición establezca lo contrario* —art. 98.1.c) LPAC—. El supuesto ha sido incorporado por la LPAC, pero operaba de hecho en la legislación anterior. Por ejemplo, los efectos de la aprobación de un nuevo título universitario oficial por parte del Consejo de Ministros están supeditados a su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, teniendo dicha inscripción efectos constitutivos respecto a la creación del título universitario oficial (art. 3.2 RD 1509/2008).

7.º *Cuando la eficacia del acto quede supeditada a aprobación posterior* —art. 98.1.d) LPAC—. Por ejemplo, el art. 79.1 RDLvo. 791/1996 exige autorización de la Comunidad Autónoma para la enajenación por las entidades locales de inmuebles cuyo valor supere el 25 por 100 del presupuesto.

2.2. EFICACIA RETROACTIVA

En cuanto a los *supuestos de retroactividad*, o eficacia retroactiva, permiten que los actos administrativos desplieguen efectos desde el pasado, reconociéndose su eficacia a partir de un momento anterior a aquel en que fueron dictados. La regla general es que los actos son irretroactivos —puesto que son eficaces desde que se dictan—, pero el art. 39.3 LPAC establece los siguientes supuestos de retroactividad:

1.º *Actos que se dicten en sustitución de otros que hayan sido anulados*. Para que pueda aplicarse el supuesto es preciso que concurren tres requisitos: 1) que se anule un acto administrativo, ya sea en vía administrativa o en vía judicial; 2) que los presupuestos de hecho del nuevo acto que se dicta ya existieran en el momento hacia el que se reconoce su retroactividad; y 3) que no se lesionen derechos de terceros. Un

ejemplo (aunque no el único) de este supuesto es la conversión de un acto anulado en otro acto diferente —sobre la conversión, véase el último epígrafe del Tema 15—.

2.º *Actos que produzcan efectos favorables, y no lesionen derechos de terceros.* Los actos desfavorables, en línea de principio y por mandato constitucional —art. 9.3 CE— no pueden tener eficacia retroactiva (ENTRENA CUESTA, PARADA VÁZQUEZ). Sin embargo, los actos favorables pueden ser retroactivos, cuando no se lesionen derechos de terceros. Por ejemplo, la actualización de las pensiones justificadas por el incremento del IPC sobre las previsiones del Gobierno tiene efectos retroactivos, ingresándose a los pensionistas los haberes devengados durante el año en el que se produjo el incremento. Asimismo, el acto por el que se revoca una sanción de suspensión de empleo y sueldo puede tener eficacia retroactiva, concediendo al interesado los salarios no percibidos, y computándole el período de suspensión a efectos de trienios y consolidación del nivel de empleo.

Estos supuestos de retroactividad regulados en el art. 39.3 LPAC constituyen una potestad discrecional de la Administración (BELINDO), de modo que, dándose su presupuesto de hecho, puede acordarse la retroactividad o no, ponderando los diferentes intereses en presencia.

Aparte de los supuestos generales contenidos en el art. 39.3 LPAC, pueden existir leyes específicas que reconozcan efectos retroactivos a los actos administrativos; por ejemplo, la Ley del Catastro Inmobiliario reconoce efectos retroactivos a ciertos actos de valoración catastral.

3. LA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La notificación es un instrumento para la comunicación de los actos administrativos. La STS 7-3-1997, RJ 2.023, afirma que: «la notificación consiste en una comunicación formal del acto administrativo de que se trate». En este sentido, la notificación de los actos administrativos presenta una doble naturaleza:

— Por una parte, constituye un *deber de la Administración*, que se erige en requisito de eficacia del acto administrativo en aquellos casos en que la notificación es preceptiva. Desde esta perspectiva, como ha declarado la jurisprudencia, el principio de buena fe en las relaciones administrativas impone a los administrados un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquélla les dirija (STS 28-10-2004, RJ 6.594).

— Por otra parte, la notificación es una *garantía de los administrados*, un instrumento por el que darles a conocer los actos de la Administración que afectan a sus derechos e intereses legítimos. Y debido a la relevancia para la defensa de los derechos e intereses legítimos del interesado de la información que se contiene en la notificación (motivación, pie de recurso...), puede entenderse que la notificación es una garantía instrumental al derecho fundamental a la tutela judicial —art. 24.1 CE—, erigiéndose en un instrumento capital del derecho de defensa (SSTC 55/2003, 186/2007, 176/2009).

En efecto, la finalidad de la notificación aparece claramente expresada en la STS 14-10-1992, RJ 8467: «La finalidad básica de toda notificación va enderezada a lo-

grar *que el contenido del acto llegue* realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su *integridad* sustancial y formal, en una *fecha indubitada* susceptible de efectuar sin dificultad el cómputo del plazo previsto para que el interesado pueda actuar válidamente en defensa de su derecho». Con el régimen de la notificación se pretende, pues, incrementar la seguridad jurídica.

La notificación no es propiamente un acto administrativo: en esencia, la notificación es *el mecanismo por el que se da traslado al interesado del contenido de un acto*, esto es, la vía mediante la cual la Administración pone un acto administrativo en conocimiento de los particulares. En consecuencia, el régimen jurídico de la notificación difiere del de los actos administrativos en sentido estricto: por ejemplo, una notificación mal efectuada se dice que es *defectuosa*, no *inválida*, lo cual se ve correspondido con consecuencias jurídicas diferentes.

3.2. ACTOS QUE DEBEN NOTIFICARSE

En relación con los *actos que deben notificarse*, según el art. 40.1 LPAC: «El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los *interesados cuyos derechos e intereses sean afectados* por aquéllos, en los términos previstos en los artículos siguientes». En su virtud, cuando un acto administrativo afecta a derechos e intereses legítimos, la notificación es preceptiva, y el *efecto que provoca* su cumplimiento es el de *iniciar la eficacia del acto* administrativo. En efecto, la fecha en que se produce la notificación cuando ésta resulte preceptiva es la fecha en que comienza la eficacia del acto. Ello tiene destacadas consecuencias, en particular, por lo que se refiere al cómputo de los plazos de recurso contra el acto, que opera también a partir del momento de su notificación. A título práctico, es conveniente anotar siempre la fecha de notificación de los actos en el mismo momento de su recepción, para evitar el olvido de este dato, por cuanto que tal fecha no figura en el sobre ni en el acto mismo, dado que al redactarla se desconoce el momento exacto de su entrega y tampoco suele quedar registrada en las plataformas de notificaciones electrónicas.

Han de ser objeto de notificación tanto los actos definitivos como los actos de trámite que afecten a derechos o intereses de los particulares. Cuando un acto administrativo sea de esta naturaleza, y no llegue a notificarse, será insusceptible de producir efectos, por lo que sería inválida su ejecución posterior. Por ejemplo, la inclusión de un bien inmueble en el registro de solares debe notificarse al propietario, pues afecta al valor catastral del bien, y a los impuestos que devenga su tenencia, de modo que su falta de notificación impide la exacción del impuesto —STS 30-1-1997, RJ 356—.

3.3. CONTENIDO DE LA NOTIFICACIÓN

La notificación debe contener los extremos siguientes —art. 48.2—:

— *El contenido íntegro del acto administrativo*, y no un mero extracto o resumen del mismo. Por tanto, la notificación debe precisar no sólo el acto dispositivo, sino también su motivación —art. 88.3—, así como la designación del órgano que lo dicta, la identificación de la persona que lo firma y de la fecha.

— *La indicación de si el acto agota o no la vía administrativa* —véase el tema anterior—, lo que determinará si el interesado está obligado o no interponer un recurso administrativo con carácter previo a la vía contencioso-administrativa.

— El denominado *pie de recursos*, esto es, un conjunto de informaciones relativas a la impugnabilidad del acto administrativo que se notifica; en particular: 1) el recurso —administrativo o judicial— que quepa interponer contra el acto; 2) el órgano competente para conocer del recurso; 3) el plazo de interposición del recurso.

3.4. LA NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA Y SU SUBSANACIÓN

Cuando la notificación omita uno de estos contenidos —cualquiera de ellos— *es defectuosa*, lo que significa que el acto es ineficaz y no puede desplegar sus efectos —no puede ejecutarse—. Aún siendo válido, el acto administrativo no puede aplicarse, pues se generaría indefensión. La jurisprudencia en este punto es especialmente profusa, y de gran claridad y rotundidad —SSTS 6-5-1992, RJ 4.238; 28-12-1996, RJ 9.597 y 15-11-1996, RJ 8.652, entre otras muchas—. Se considera defectuosa la notificación tanto si no se indica recurso (STS 28/2/1990, Ar.1531); como si se indica un recurso improcedente (SSTS 29/9/2014, Rec. 2.337/2013; y 3/12/2014, Rec. 3.774/2013); se cursan dos notificaciones contradictorias respecto a los recursos (STS 27/3/2002, Ar. 3609); o se señala un plazo equivocado; en relación con esto último, la STC 252/2004 señala que la indicación errónea de plazos por la Administración no puede frustrar la acción, pues se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuando la notificación contiene el texto íntegro del acto pero omite el pie de recursos, aunque no se perfeccione la notificación se entiende que la Administración ha cumplido el deber de resolver y notificar en plazo. Por el contrario, cuando la notificación no contiene el texto íntegro del acto, se entiende que no se ha perfeccionado la notificación ni se ha cumplido deber de resolver y notificar.

FIGURA 4

Notificación que NO contiene el texto íntegro de la resolución	NO se perfecciona la notificación ni la Administración cumple el deber de resolver y notificar en plazo
Notificación que SÍ contiene el texto íntegro de la resolución, pero omite la información sobre los recursos	No se perfecciona la notificación, pero la Administración SÍ cumple el deber de resolver y notificar en plazo

Una de las consecuencias que se derivan de ello es que *cuando la notificación es defectuosa no comienzan a transcurrir los plazos de interposición de los recursos*, administrativos o judiciales, que quepa interponer contra el acto —véanse las sentencias citadas—. De modo que, aunque el particular interponga su recurso con exceso del plazo fijado en la Ley, deberá entenderse interpuesto en tiempo adecuado, por cuanto que tal plazo no ha comenzado verdaderamente a transcurrir debido a que la notificación era defectuosa (véanse las sentencias citadas más arriba).

Ahora bien, para evitar el perjuicio que ello deriva sobre el interés general, cuya consecución queda paralizada como consecuencia de la ineficacia del acto, el ordenamiento jurídico ha previsto causas y mecanismos de subsanación de las notificaciones defectuosas. Son las siguientes —art. 40.3 LPAC—:

1.º *Que el destinatario del acto interponga contra el mismo el recurso que resulte procedente.* Es un supuesto clásico en nuestro Derecho, y resulta plenamente razo-

nable. Únicamente juega cuando la notificación contenga el contenido íntegro del acto, pues si falta este requisito resulta insubsanable. Si el particular interpone el recurso procedente contra el acto, debe suponerse que lo conoce en su integridad, y que siendo consciente de su contenido, decide impugnarlo, a cuyo efecto interpone el recurso procedente (STS 20-7-2000, RJ 6.984). Debe resaltarse que la interposición de un recurso improcedente no provoca la subsanación del defecto, y el acto seguiría siendo ineficaz.

2.º *Que el destinatario realice actuaciones de las que se deduzca que conoce el contenido y alcance de la resolución o acto.* El supuesto ha sido criticado doctrinalmente por su excesiva ambigüedad (BELADÍEZ, GONZÁLEZ PÉREZ), y dado que se opera sobre una materia especialmente sensible, esta causa de subsanación ha de interpretarse restrictivamente, para evitar que se genere indefensión al interesado (BERMEJO, DE DIEGO); en particular, esta causa de subsanación sólo podrá aplicarse cuando, a pesar de que la notificación no incorpore el contenido íntegro del acto, sí se encuentre incluido el pie de recursos, correctamente redactado. Por ejemplo, si se tiene plena certeza de que el interesado conoció el contenido íntegro del acto, y pudo, por ejemplo, personarse en el procedimiento pero no lo hizo, se subsana la notificación defectuosa (STS 19-4-1999, RJ 3.077). Igualmente, en el ámbito tributario, el pago voluntario de la deuda notificada subsana el defecto de la notificación (STS 30-11-1999).

3.5. MEDIOS DE NOTIFICACIÓN

La regulación de los medios de notificación ha sido sustancialmente modificada por la LPAC, que regula esta materia en los arts. 41 a 43, de complicada sistemática, dificultando su interpretación e incluso la adecuada cita de las concretas determinaciones legales, dada la farragosa redacción de estos preceptos, largos y a menudo carentes de apartados numerados.

3.5.1. *Variedad de medios*

La notificación puede efectuarse por cualquier medio con el que se satisfagan los siguientes requisitos de constancia —art. 41.1, pár. 2.º, LPAC—:

1. Su envío o puesta a disposición.
2. Su recepción por el interesado o su representante, o bien el acceso de los mismos a la plataforma de notificación.
3. Sus fechas y horas.
4. El contenido íntegro de la notificación.
5. La identidad fidedigna del órgano remitente y del destinatario.

No es posible, por consiguiente, la notificación telefónica, aunque sí cabe admitir cualquier medio telemático que deje constancia de la recepción.

Por consiguiente, para practicar las notificaciones puede utilizarse cualquier mecanismo que satisfaga estos requisitos, ya sean presenciales —en soporte papel—, o por medios electrónicos. Esto suscita dudas acerca de la validez de algunos medios de comunicación, como el fax, que no deja constancia fehaciente de la recepción ni de la integridad del acto notificado. Como regla general, no cabe admitir que se notifiquen actos administrativos por este medio (SAN 25/11/2011, Rec. 67/2011; STSJ Ext. 959/2012).

Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido algunas excepciones, considerando que las notificaciones por fax de la Administración a los ciudadanos son válidas si el interesado ha admitido este medio expresamente (STSJ Ext. 959/2012). Así, es frecuente que en algunos ámbitos sectoriales, como las relaciones de las federaciones deportivas con los clubes, se notifiquen resoluciones por fax (p. ej., sanciones disciplinarias impuestas a los jugadores). Actualmente el fax se viene sustituyendo en estos ámbitos por el envío de correos electrónicos convencionales, esto es, a direcciones suministradas por empresas comerciales (no las plataformas de notificación electrónica a las que aludiremos más tarde), que adolecen de las mismas limitaciones de constancia, pues, no permiten acreditar la integridad del acto notificado (el correo-e ha podido entregarse defectuosamente, sin el archivo adjunto), ni la identidad del receptor y el momento exacto de la entrega (pues estos sistemas no disponen de avisos de recibo automáticos, sino a discreción del receptor). Cuando el medio que no reúne las condiciones legales viene siendo aceptado por las partes, el interesado no puede después alegar indefensión por la utilización de ese medio para la notificación de un concreto acto administrativo, tal y como sostiene la jurisprudencia citada y resulta del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar la propia torpeza). Por el contrario, si no existía entre las partes el uso de emplear ese medio de notificación, cabe decir que ésta es defectuosa, por lo que debemos entender que sólo producirá efectos en los casos previstos por el art. 40.3 LPAC (véase *supra* § 3.4), aplicado aquí por analogía.

3.5.2. *Preferencia del medio electrónico y excepciones a su empleo*

A pesar de la variedad de medios anteriormente expuesta, la LPAC enfatiza la preferencia del medio electrónico, imponiendo toda una serie de actuaciones dirigidas a lograr que, en la medida de lo posible, se convierta en el cauce habitual para practicar las notificaciones administrativas, promoviendo así la progresiva reducción de las notificaciones presenciales, que exigen más tiempo y resultan más costosas. El art. 41.1 LPAC dispone que «Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos». Ello supone que, cuando quepan diversas opciones, las Administraciones utilizarán preferentemente el medio electrónico. Pero además, sea cual sea el medio preferente de notificación aplicable al caso (incluso si deben practicarse en papel), adicionalmente se pondrá a disposición del interesado una notificación en la sede electrónica de la Administración —art. 41.6 LPAC—; la ley complementa esta previsión con la necesidad de enviar al interesado un aviso de puesta a disposición de la notificación (véase más abajo, § 3.7), y aclara a partir de qué concreta notificación se entiende eficaz el acto —art. 41.7 LPAC— como veremos más tarde.

La Ley establece *excepciones a la preferencia del medio electrónico*, de tal manera que, incluso si el destinatario estuviera obligado a recibir las notificaciones por ese medio, se le podrán entregar en papel en los siguientes casos —art. 41.1 LPAC—:

a) Cuando el interesado (o su representante) se persone de manera espontánea en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.

b) Cuando resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante para asegurar la eficacia de la actuación administrativa. La Ley está pensando en actos que deban ejecutarse con carácter inmediatez (p. ej., orden de desalojo de un inmueble en ruina) y no puedan aguardar a los cauces habituales de notificación para adquirir eficacia.

Además, la Ley establece *supuestos en los que no podrán efectuarse las notificaciones por medios electrónicos* en ningún caso —art. 41.2 LPAC—:

- a) Cuando el acto a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión a formato electrónico. P. ej., la entrega de llaves al beneficiario de una vivienda protegida habrá de realizarse por medios presenciales.
- b) Las notificaciones que contengan medios de pago a favor de los obligados, tales como cheques.

3.5.3. *Elección del medio por el ciudadano y deber de recepción por medios electrónicos*

Los ciudadanos (solo las personas físicas) tienen derecho a comunicarse con la Administración por el medio que prefieran —art. 14.1 LPAC—, y correlativamente también tienen derecho a elegir el medio de notificación en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado —art. 41.3 LPAC—. Sin embargo, los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos con la Administración —art. 14.2 LPAC, véase Tema 11—, también están obligados, de suyo, a ser notificados por medios electrónicos.

Además, la Ley establece la posibilidad de que reglamentariamente, las Administraciones establezcan la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios —art. 41.1, párr. 5.º, LPAC—. Dado que el art. 14.2 LPAC establece esa misma remisión reglamentaria para imponer el medio electrónico en todas las relaciones jurídico-administrativas (véase su régimen en el Tema 11), esta previsión específica permite entender que una Administración puede optar por imponer sólo la recepción de las notificaciones, o bien todas las relaciones con el interesado (p. ej. la presentación de escritos o el acceso al expediente).

En cuanto a la forma de articular la elección, puede hacerse de diferentes maneras, que evidencian que el ciudadano puede elegir su medio preferente de notificación no sólo en los escritos de iniciación de los procedimientos, sino también por otras vías. En particular, son posibles —entre otras— las siguientes vías de comunicación del medio preferente de notificación:

- a) Indicando el medio preferente en el escrito de iniciación del procedimiento.
- b) Dándose de alta en las plataformas de notificaciones creadas por las Administraciones públicas (véase *infra*, § 3.7), articuladas mediante un catálogo de procedimientos en los que el ciudadano puede preconsignar su elección de recibir notificaciones electrónicas.
- c) Incluyendo el dato en su carpeta ciudadana (véase Tema 11, § 2.5), cuando la Administración pública haya implementado este concreto servicio de administración electrónica.
- d) Cuando acceda a una notificación en la sede electrónica, aún no estando obligado a recibirla, la Administración ofrecerá al ciudadano la posibilidad de recibir las notificaciones sucesivas por medios electrónicos —art. 42.3 LPAC—.

Por otra parte, conforme al art. 41.1, párr. 4, LPAC, «Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cual-

quier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos», lo que ha sido denominado *intermodalidad* del medio de notificación (MARTÍN DELGADO). Por tanto, cuando no sea obligatoria la recepción de notificaciones electrónicas, el ciudadano puede modificar su medio preferente de notificación tantas veces como desee. Sorprende que según la Ley deban comunicar su decisión mediante formularios normalizados, y debemos entender que, en tanto que no existan, pueden comunicar esta decisión reuniendo los requisitos de cualquier solicitud.

3.5.4. *Elección del medio por la Administración*

En los procedimientos iniciados de oficio, la Administración puede utilizar cualquier medio válido de notificación. Lo habitual hasta ahora es que curse las notificaciones por correo postal, utilizando el servicio de notificaciones administrativas que presta Correos y Telégrafos y se describe más tarde.

Ahora bien, como ya se ha dicho el medio preferente de notificación según la Ley —art. 41.1— es el electrónico, y aún en el caso de que remita la notificación en papel también debe ponerla a disposición del interesado por medios electrónicos —arts. 41.6 y 42.1—. Conforme al art. 28.1 de la Ley 11/2007, para que pudieran remitirse notificaciones electrónicas el interesado debía haber señalado dicho medio como preferente o consentido su utilización; en cambio, la LPAC no exige esa previa expresión de voluntad del ciudadano, y es más, resulta obligatorio para la Administración remitirle la notificación por medios electrónicos aún cuando no haya señalado ese medio como preferente ni haya consentido su empleo. Ahora bien, la situación en que se coloca el ciudadano en este supuesto no puede asimilarse al caso de que se encuentre obligado a recibir las notificaciones electrónicas, y concretamente al régimen del rechazo previsto en el art. 43.2, pár. 2.º, LPAC, que se estudia más tarde. Para no complicar en este momento la explicación, simplemente diremos que, en este caso, y tal y como establece expresamente ese precepto, si el interesado no llega a descargarse la notificación electrónica no se producirá consecuencia alguna (no se producirá rechazo tácito), y deberán seguirse todos los trámites previstos para las notificaciones en papel, establecidos en el art. 42.2 LPAC: dos intentos de entrega domiciliaria y, en su caso, publicación sustitutiva del acto en el *BOE*, tal y como veremos después.

Además, y según lo que ya hemos visto, el art. 42.3 LPAC establece que, cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos, lo que supone un cauce específico de comunicación de cambio del medio preferente de notificación.

3.5.5. *Fecha de eficacia de la notificación cuando se utilicen varios medios*

Dado que se puede remitir al interesado una notificación por varios medios simultáneamente, resulta preciso concretar el momento en el que comienza la eficacia del acto administrativo, por imperativo de la seguridad jurídica, toda vez que los plazos de recurso y los efectos del acto comienzan en el momento en el que se entienda practicada la notificación. En este sentido, el art. 41.7 LPAC establece que: «Cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notifica-

ción la de aquélla que se hubiera producido en primer lugar». Por tanto, aún cuando no estuviera obligado a relacionarse por medios electrónicos, si se descarga una notificación electrónica, y después la recibe en papel, la fecha en que el acto notificado deviene eficaz es en el momento de entrega de la notificación electrónica, que fue la que se produjo en primer lugar. Esto plantea problemas de seguridad jurídica al interesado, pudiendo inducirle a error en el cómputo de los plazos de recurso; debemos que entender que, si bien el acto es eficaz desde la primera notificación, los plazos de recurso se reabrirían con cada notificación posterior.

3.6. EL PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN Y SUS INCIDENCIAS

3.6.1. *Órgano responsable de la notificación*

Con arreglo al art. 40.1 LPAC, se diría que es el propio órgano que dicta el acto administrativo quien debe proceder a su notificación. Esta previsión debe interpretarse en el sentido de que dicho órgano es el responsable de iniciar los trámites para la notificación del acto, pues la práctica material de la notificación puede encomendarse a otro órgano distinto, o producirse por plataformas de notificación electrónica comunes a muchos órganos administrativos diferentes.

3.6.2. *Lugar de práctica de las notificaciones en papel*

— *Procedimientos iniciados a solicitud del interesado.* La notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud —art. 41.3 en concordancia con los arts. 66.1.b) y 115.1.c) LPAC—; cuando ello no fuere posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio. No obstante el tenor literal de la Ley, debe entenderse que la preferencia del lugar a efecto de notificaciones señalado por el interesado también es aplicable a aquellos procedimientos iniciados de oficio por la Administración, pero en los cuales la participación del interesado es mediante solicitud —como sucede típicamente en los procedimientos de concurrencia competitiva—.

— *Procedimientos iniciados de oficio.* Cuando el procedimiento se inicie de oficio, la Ley no precisa cuál deba ser el lugar de notificación, pero la jurisprudencia entiende que ese lugar debe ser su domicilio. A estos efectos, la LPAC —art. 41.4— permite que las Administraciones consulten los datos del Padrón Municipal disponibles en el Instituto Nacional de Estadística a fin de conocer el domicilio del interesado. Así, se considera defectuosa la notificación que se efectúa en un domicilio antiguo, cuando a la Administración le conste el cambio; y también, la practicada en domicilio distinto al del destinatario, por muy estrecho que sea el vínculo que le una a ese lugar —STS 10-1-1997, RJ 365—. Por otra parte, si una vez iniciado un procedimiento de oficio los interesados dirigen a la Administración un escrito en el que señalen un domicilio distinto, las notificaciones habrán de practicarse en lo sucesivo en ese nuevo domicilio, siendo defectuosas en otro caso y por tanto no alcanzando eficacia el acto notificado (STS 3-7-2013, Rec. 2.511/2013). No obstante, debe señalarse que la Ley 58/2003, General Tributaria —art. 110.2— permite a la Administración tributaria practicar la notificación de los procedimientos iniciados de oficio no sólo en el domicilio fiscal sino también «en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin». Asimismo, debe tenerse

presente que existen actuaciones previas al inicio propiamente dicho del procedimiento cuya notificación se efectúa en el lugar donde se desarrollen las actuaciones: así, como norma general, las denuncias formuladas por agentes de la autoridad se notifican en el acto al denunciado, sin perjuicio de que las notificaciones de las denuncias que no se entreguen en el acto y las demás notificaciones a que dé lugar el procedimiento, se cursen al domicilio del interesado (p. ej., Real Decreto Legislativo 6/2015, en materia de tráfico y seguridad vial —art. 90—); y reglas similares se establecen en relación con las actas de inspección. También es posible que se establezca la notificación por comparecencia, es decir, mediante desplazamiento de la persona interesada a las dependencias administrativas —p. ej., art. 49.9 de la Ley General de Subvenciones—.

Las notificaciones administrativas en papel suelen efectuarse a través del Servicio de Correos —notificación *postal*—, por tratarse de un medio poco costoso y bastante fiable, al que se le reconoce valor probatorio reforzado, pues las notificaciones practicadas por esta entidad con arreglo a sus trámites específicos tienen reconocido el efecto de constancia fehaciente (disp. adic. 1.^a de la Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, y art. 39 RD 1.829/1999). En cambio, la notificación entregada por una empresa de mensajería carece de constancia fehaciente, lo cual resulta especialmente desafortunado en el caso de intentos infructuosos de notificación, en los que no consta firma de receptor alguno, debilitando su valor probatorio. No obstante, la Administración puede utilizar a funcionarios públicos (p. ej., agentes de policía) para proceder a la entrega de notificaciones presenciales, sobre todo cuando exista urgencia en la práctica de la notificación.

La notificación postal sigue el siguiente procedimiento (RD 1.829/1999): la Administración envía la notificación a Correos y Telégrafos, y un empleado de esta entidad se persona en el domicilio del destinatario; el receptor (persona que se encuentre en el domicilio) cumplimenta un recibo o medio de constancia que recoge su firma y su identidad; una vez cumplimentado el trámite, Correos remite al órgano administrativo que expidió la notificación el correspondiente resguardo firmado o medio de constancia, que se incorpora al expediente a efectos de constancia, y del que Correos conserva copia o prueba para acreditar su veracidad. Además, Correos y Telégrafos ofrece un servicio de *burofax* tremendamente útil a estos efectos; el procedimiento consiste en que la Administración envía a Correos un fax con el contenido del acto a notificar, y Correos procede después a su entrega personal en el domicilio del destinatario conforme al procedimiento de la notificación postal, agilizándose los tiempos de práctica de la notificación.

3.6.3. *Plazo de la notificación y personas receptoras*

La LRJPAC —art. 40.2— establece que toda notificación debe ser «cursada» en el plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado. De este modo, la Ley no exige que en dicho plazo sea «practicada» de modo efectivo la notificación, sino simplemente que sea «cursada». Por ello, el plazo que importa para la práctica efectiva de la notificación es el que corresponda a cada procedimiento —el supletorio, como sabemos, es de 3 meses—, pues la resolución que ponga fin al procedimiento debe ser aprobada «y notificada» en el plazo correspondiente a cada procedimiento, activándose, en caso contrario, las técnicas del silencio y de la caducidad ya estudiadas. Esto determina que el incumplimiento del plazo de diez días para cursar

la notificación sea una mera irregularidad del procedimiento que no tiene alcance invalidante —art. 48.2 LPAC—.

En cualquier caso, a efectos de entender practicada la notificación dentro del plazo fijado para cada procedimiento, el art. 40.4 LPAC establece que bastará con un intento acreditado de notificación, aunque resulte infructuoso en los términos que se exponen más adelante. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado además que el momento en el que el intento de notificación queda culminado es la fecha en que se llevó a cabo, no cuando la Administración reciba la devolución del envío (STS 3-12-2013, Rec. 557/2011, de casación en interés de ley).

Como es lógico, la persona primeramente legitimada para recibir la notificación es el interesado o su representante. No se olvide, además, que las notificaciones pueden contener datos de carácter personal cuya comunicación a terceros pudiera comprometer la responsabilidad de la Administración; en ese sentido, la LPAC —art. 40.5— admite que la Administración adopte las medidas necesarias para preservar los datos personales en las notificaciones que tengan varios destinatarios. En cualquier caso, existen diversas hipótesis en las que la notificación puede entregarse válidamente a un tercero.

— *Notificaciones practicadas en el domicilio del destinatario persona física.* Siguiendo un criterio tradicional ya presente en la Ley de 1958, la LPAC —art. 42.2— establece que «Cuando la notificación se practique en el *domicilio* del interesado, de no hallarse éste presente en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad». De este modo, la Ley parece partir de la presunción según la cual la presencia de un tercero en el domicilio del interesado es indicativa de la existencia de una relación (personal o profesional) entre ambos suficiente para legitimar la entrega y recepción de la notificación.

Ahora bien, la aplicación de esta posibilidad de sustituir al destinatario de la notificación por un tercero plantea varias cuestiones. La primera es que la persona que se haga cargo de la notificación debe encontrarse en el domicilio del interesado, lo cual supone descartar a los vecinos y porteros de los inmuebles. Asimismo, aun cuando la Ley refiera esta posibilidad a «cualquier persona», parece obvio que ha de tratarse de una persona con capacidad mínima para hacerse cargo de la notificación; en este sentido, el requisito de que el receptor tenga más de catorce años es una acertada novedad de la LPAC respecto al régimen anterior, pero tampoco debería considerarse admisible una notificación entregada a una persona mayor de esa edad que tenga disminuidas sus capacidades mentales. Y, por último, aun cuando no se requiere que el tercero justifique su presencia en el domicilio y su relación con el interesado, sí debe quedar constancia de su identidad. *Si no figuran tales datos, la notificación será defectuosa, y el acto administrativo ineficaz.* —SSTS 9-11-1996, RJ 8661; 24-5-1996, RJ 4509—. Con todo, debe señalarse que en materia tributaria, la LGT —art. 111— extiende la legitimación para recibir la notificación, no sólo a personas que se encuentren en el domicilio, sino también a los empleados de la comunidad de vecinos o de propietarios.

— *Notificaciones practicadas en el domicilio del destinatario persona jurídica.* En estos casos la jurisprudencia ha flexibilizado la exigencia de identificación de quien recibe la notificación: «Si bien es cierto que la falta de identificación del receptor de una notificación, por no haberse expresado en ella más que una firma ilegible, incumple las condiciones establecidas, no lo es menos que, en el caso de notificaciones a personas jurídicas, no es necesario que se identifique a la persona receptora de

las notificaciones, siendo suficiente la constancia en el acuse de recibo del sello de la empresa (...), pues ha de concluirse razonadamente que la persona que disponía del sello lo hacía por encargo de la empresa y que le estaba encomendada la función de recibir las comunicaciones a ella dirigidas» (SSTS 30-10-2009, Rec. 2574/2003; 12-5-2011, rec. 4163/2009); es más, basta con que figure el sello, no siendo necesaria firma, identidad, ni número de DNI (STS 27-11-2015, Rec. 4484/2012). Más aún, en el caso de sociedades filiales de un mismo grupo de empresas, el Supremo ha llegado a reconocer la validez de la notificación recogida por un empleado de una sociedad distinta de la destinataria, con domicilio coincidente y el mismo administrador y socio común (STS 11-10-2005, RJ 8496). Además, reglamentariamente se ha establecido de manera expresa que las notificaciones postales realizadas por Correos a personas jurídicas pueden entregarse a sus empleados (art. 44 RD 1829/1999).

— *Notificaciones practicadas en un centro, instalación o local o espacio en el que se desarrolle una actividad de la que es titular o responsable el destinatario.* Dado que, por lo común, el establecimiento, instalación o espacio donde tenga lugar la visita de inspección no constituye el domicilio del titular de la actividad objeto de inspección, las leyes sectoriales al ordenar la actuación de control e inspección de la Administración competente en cada materia o sector establecen que si el titular o su representante se encontrasen ausentes, «deberá» suscribir el acta la persona que en ese momento esté al frente de dicha empresa o actividad o, en último extremo, cualquier dependiente o empleado presente durante la visita de inspección.

Fuera de estos casos, la entrega de la notificación a una persona no autorizada no producirá efectos hasta tanto la notificación sea entregada de modo efectivo al destinatario de la misma (STS 30-9-2005, RJ 8448).

3.6.4. *Incidencias en la práctica de la notificación*

— *El destinatario o su representante rechazan la notificación.* El art. 41.5 LPAC prevé: «Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento». De modo más inequívoco, la LGT —art. 11.2— establece que el rechazo de la notificación realizado por el interesado o su representante «implicará que se tenga por efectuada la misma». De este modo, hay que concluir que la Ley establece que la notificación es perfecta, y no tiene por qué ser completada con otro medio de comunicación, lo cual asimismo tiene su lógica, pues no parece razonable que el destinatario de la notificación se beneficie de una conducta contraria a un elemental deber de colaboración con la Administración, haciendo cargar a ésta con unas actuaciones ulteriores para practicar la publicación supletoria, con lo que ello supone de coste y tiempo. No obstante, en la práctica suele aplicarse a este supuesto del régimen de las notificaciones infructuosas, que pasamos a analizar. Antes de hacerlo, conviene advertir a título práctico que la postura del rechazo no conduce a nada positivo, y lejos de fortalecer la posición del administrado, puede ocasionarle graves trastornos; a la vista del régimen jurídico de esta materia resulta preferible no rechazar la notificación de los actos administrativos.

— *Nadie pudiera hacerse cargo de la notificación.* Este supuesto se regula en el art. 42.2 LPAC, que engloba dos tipos de situaciones: los casos en los que no existe nadie en el domicilio que se haga cargo de la notificación, y los casos en los que aun

existiendo un tercero, éste rechaza hacerse cargo de la notificación. Repárese que la Ley permite que el tercero que se encuentre en el domicilio del interesado «podrá» hacerse cargo de la notificación, pero no está obligado a ello, obligación que —según se ha visto antes— sí pesa sobre el sujeto destinatario, y de aquí que la Ley opte por una solución distinta. En ambos casos nos encontramos ante una *notificación infructuosa* —no defectuosa—.

En estos casos, el art. 43.2 LPAC establece: «Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes». Esta previsión obedece a la voluntad de incrementar las garantías del interesado, imponiendo una segunda notificación domiciliaria antes de acudir a la publicación sustitutoria de la notificación, en consonancia con la doctrina constitucional que supedita la notificación por edictos al agotamiento de todas las posibilidades de notificación personal (STC 36/1987). Sin embargo, así como regula con toda precisión el día en que ha de repetirse la notificación, en cuanto a la hora en que ha de producirse este segundo intento utiliza un concepto jurídico, el que sea en «hora distinta», de una gran indeterminación. A este respecto, el Tribunal Supremo ha considerado suficiente observar una diferencia de sesenta minutos respecto a la hora en que se practicó el primer intento de notificación (STS 28-10-2004, RJ 6594).

A esta regla, implantada por la Ley 30/1992, el art. 43.2 LPAC añade ahora la exigencia de que «En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación». Es decir: por una parte, la diferencia entre uno y otro intento de notificación habrá de ser de tres horas y no de una, como da a entender el primer inciso del precepto; y por otra parte, si una notificación tuvo lugar en un horario que podríamos calificar coloquialmente como de mañana (hasta las 15:00 h.), el segundo intento habrá de realizarse en horario de tarde (a partir de las 15:00 h.), lo cual incrementa las posibilidades de presencia del destinatario en el domicilio.

Cuando incluso este segundo intento de notificación es infructuoso, se procede a la *publicación sustitutoria* en el *BOE* —también llamada «por anuncio» o «por edictos»— del acto administrativo, conforme al régimen que analizaremos más tarde (§ 4 de este tema). Pero, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, debe subrayarse que la notificación por edictos es un mecanismo formal que no garantiza el efectivo conocimiento por el interesado del acto o resolución que le afecta, por lo que sólo cabe aceptar su empleo como último recurso, cuando han resultado fallido los dos intentos previos de notificación en el domicilio del interesado y cuando aquellas notificaciones se han practicado según lo preceptuado legalmente (STS 28-10-2004, RJ 6594); en el mismo sentido, la doctrina constitucional considera que la notificación edictal debe tener carácter subsidiario, cuando se hayan agotado todas las posibilidades de notificación personal (SSTC 7/2003 y 138/2003). En cualquier caso, como ha declarado el Supremo, la ausencia en el domicilio del interesado de persona alguna que se haga cargo de la notificación no puede frustrar la actividad administrativa (STS 28-10-2004, RJ 6594).

En todo caso, debe señalarse que el art. 42.3 del Reglamento de los Servicios Postales (RD 1829/1999), establece que, de no poderse practicar la notificación tras el segundo intento infructuoso, se conservará en la oficina de Correos por espacio de

hasta un mes, depositando un aviso en el buzón del destinatario para que pase a recogerla; en la práctica, el tiempo de depósito suele ser de una semana, especificándose en todo caso en el aviso que se deposita en el buzón. Por tanto, en virtud de este Reglamento, tras el doble intento infructuoso no se pasa directamente a la publicación sustitutoria, sino que la notificación se deposita en lista para que el interesado pueda ir a recogerla, y sólo en el caso de que no lo haga se procederá a la publicación de la notificación.

En conclusión, las incidencias que pueden acontecer en el procedimiento de notificación se resumen con esta figura:

FIGURA 5

INTERESADO PRESENTE	Acepta la notificación	Se perfecciona la notificación y se cumple el deber de resolver y notificar en plazo	
	Rechaza la notificación	Se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento y se cumple el deber de resolver y notificar en plazo	
INTERESADO AUSENTE	Está presente en el domicilio del interesado otra persona mayor de catorce años	Se hace cargo de la notificación	Se perfecciona la notificación y se cumple el deber de resolver y notificar en plazo
		No se hace cargo de la notificación	Publicación supletoria, aunque se cumple el deber de resolver y notificar en plazo
	No hay nadie presente en el domicilio	— debe repetirse el intento por una sola vez en hora distinta dentro de los 3 días sigs. — si el primer intento fue antes de las 15:00 h. el segundo será después, y viceversa — en todo caso debe haber una diferencia de tres horas entre los dos intentos — el deber de resolver y notificar en plazo se entiende cumplido con el primer intento	Si no se perfecciona el segundo intento se procede a la publicación supletoria en el <i>BOE</i>

3.7. ESPECIALIDADES DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

Como ya sabemos, la LPAC establece que 1) Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos; 2) Los ciudadanos que no estén obligados a recibirlas por medios electrónicos pueden elegir la notificación en papel o por medios electrónicos; 3) Aún cuando deba enviarse la notificación en papel, también se procederá a una notificación complementaria por medios electrónicos; 4) Los ciudadanos pueden estar obligados a relacionarse por medios electrónicos con la Administración; 5) Todos los sujetos incluidos en el art. 14.2 LPAC están obligados a recibir las notificaciones por medios electrónicos; y 6) Las Administraciones pueden imponer reglamentariamente a otros sujetos (personas físicas) el deber de recibir notificaciones electrónicas.

Pues bien, el contenido de este epígrafe es relativo a los sujetos que tienen el deber de recibir notificaciones electrónicas o que han elegido ese medio como preferente.

3.7.1. *Medios de notificación electrónica. Dirección electrónica habilitada única y Servicio de Notificaciones Electrónicas*

El art. 43.1 LPAC sólo admite dos medios de notificación electrónica, que pueden utilizarse alternativa o simultáneamente:

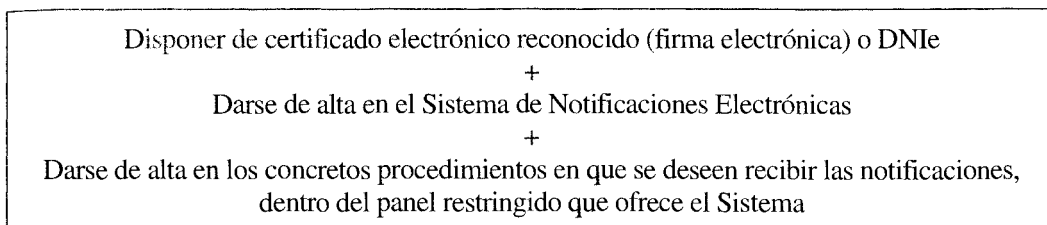
- a) Mediante *comparecencia en la sede electrónica* de la Administración. Esto permite que las Administraciones públicas diseñen plataformas de comunicación con los interesados en las que se contengan las notificaciones administrativas: así, las carpetas ciudadanas (véase Tema 11), o también plataformas específicas para ámbitos sectoriales (p. ej., para los operadores en un determinado mercado o sector regulado).
- b) A través de la *dirección electrónica habilitada única* (DEHU). La Ley no define qué es la DEHU, viéndonos forzados a interpretar que cada Administración deberá centralizar todas las notificaciones que dirija a un interesado en un solo sistema de notificaciones electrónicas.

La explicación sucesiva se circunscribe a la DEHU. Conviene comenzar indicando que no cabe considerar válidamente realizadas las notificaciones que se remitan a una dirección de correo-e convencional del interesado (las que suministran operadores comerciales), algo que, por otra parte, recuerda expresamente el art. 46.1, párr. 6.º, *in fine* LPAC. Esta salvaguardia obedece al hecho de que, como ya sabemos, los sistemas de correo-e convencional no reúnen los requisitos de constancia de la notificación que establece el art. 41.1, párr. 2.º, LPAC. Por esa razón, es preciso diseñar sistemas específicos de notificación electrónica que cumplan todas las exigencias legales, dejando constancia de la fecha de acceso, de la identidad del órgano emisor y del interesado receptor, y garantizando la integridad del acto notificado. Para lograrlo, las Administraciones públicas han desarrollado plataformas específicas de notificación que salvaguardan los requisitos legales. Su régimen jurídico se regula en las disposiciones que desarrollan la administración electrónica en cada Administración pública, que pueden tener rango de ley o meramente reglamentario, y que fueron relacionadas en el Tema 11.

El ejemplo más conocido es el Servicio de Notificaciones Electrónicas (SNE) de la Administración del Estado (<https://notificaciones.060.es>), cuya prestación ha sido confiada a la FNMT, y al que pueden adherirse el resto de Administraciones públicas. Constituye una auténtica *estafeta electrónica del Estado*, y su vocación es convertirse en un cauce masivo para la práctica de notificaciones en un futuro próximo.

Para recibir notificaciones a través del SNE es preciso darse de alta previamente en el sistema, para lo que ha de contarse con un certificado electrónico o con el DNIe. El alta supone la generación de una DEHU a favor del ciudadano, en la que recibirá todas las notificaciones de la Administración del Estado, pero sólo en aquellos procedimientos en los que expresamente se suscriba. Para recibir notificaciones telemáticas no basta pues con darse de alta en el sistema, es preciso además suscribirse a concretos procedimientos en una operación extremadamente sencilla: basta con acceder al enlace «suscripción a procedimientos», directamente accesible desde la página anteriormente citada, y sombrear las casillas de los concretos procedimientos elegidos, dentro del panel que se ofrece por el servidor. No es posible tampoco pretender ser notificado mediante la DEHU en procedimientos que no figuren en esa relación. No obstante, cuando el sujeto se encuentre obligado a recibir notificaciones electrónicas, se le puede crear de oficio la DEHU, en cuyo caso recibiría en ella las notificaciones a que se encuentre obligado sin necesidad de darse de alta en los correspondientes procedimientos.

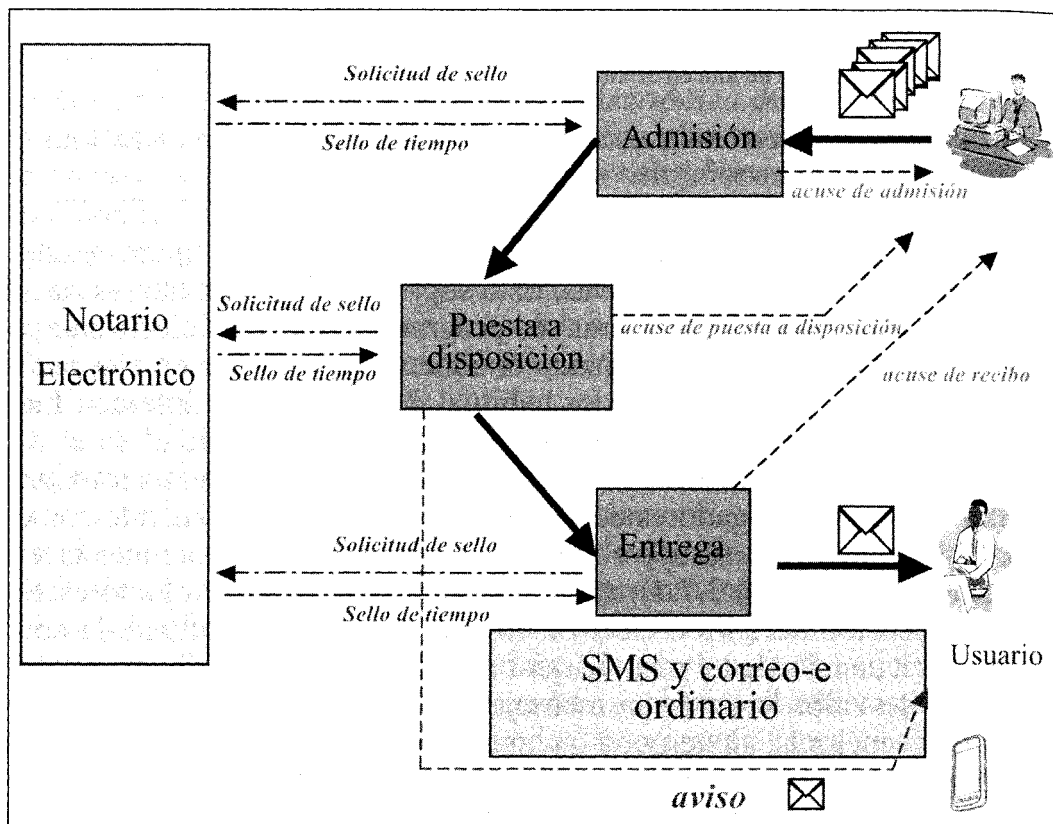
FIGURA 6

Requisitos para recepción de notificaciones en el SNE

El usuario del SNE no puede utilizar esta dirección electrónica para efectos distintos de las notificaciones administrativas. Esto supone una importante restricción para los usuarios, que no pueden configurar sus programas de correo electrónico convencional para descargarse automáticamente el contenido de esta cuenta específica con ocasión de su conexión a su proveedor habitual de servicios de Internet. La restricción comporta, igualmente, una expectativa de menor periodicidad en el acceso al buzón por parte del ciudadano, toda vez que se ve obligado a realizar *ex profeso* la operación a través de navegadores de Internet contactando nuevamente con el portal del SNE. Este problema se resuelve mediante el aviso de notificaciones electrónicas que se explica más abajo (§ 3.7.4): al darse de alta en el sistema, el interesado puede indicar una dirección de correo electrónico convencional que utilice de continuo y consulte con frecuencia, de tal manera que, cuando el usuario recibe una notificación en la DEU, el servidor le envía un mensaje de aviso de notificación a la dirección electrónica convencional, sin temor a que transcurra el plazo de depósito que habilita a proseguir el procedimiento sin haber consultado ese buzón usual de correo electrónico. Asimismo, el usuario puede activar un servicio de alerta por medio de mensajes SMS enviados a un terminal de telefonía móvil, lo que puede ser aún más útil, pero también entraña algún riesgo dada la escasa fiabilidad de este sistema. Al acceder al portal del SNE es preciso pinchar en la opción «Acceso a notificaciones telemáticas». Al hacerlo, el servidor pide en línea el certificado digital, y al confirmarlo se accede directamente al buzón del correo. La página del navegador ofrece el listado de mensajes (notificaciones) disponibles en el buzón.

Cuando se pincha sobre una notificación que todavía no ha sido leída por el usuario, el sistema permite al ciudadano rechazar la notificación. Cuando el usuario opta por leer el mensaje, automáticamente se genera un acuse de recibo con garantía de no repudio, que queda registrado electrónicamente en el sistema, y al que el ciudadano puede acceder posteriormente para recordar en qué fecha accedió al contenido de la notificación, momento en el que como es sabido adquiere eficacia el acto administrativo notificado. Habitualmente el acto notificado se ofrece en un fichero pdf, lo que permite detectar las modificaciones o manipulaciones de que sea objeto posteriormente el documento.

FIGURA 7

Funcionamiento de una plataforma de notificaciones electrónicas

Para expresar el modo en que tiene lugar una notificación telemática segura conviene atender al siguiente gráfico —correspondiente al servicio de notificaciones *Notific@*, de la Junta de Andalucía—, en el que se observa todo el proceso: se inicia en la parte superior derecha, con la entrega de la notificación por el órgano notificante al servicio de notificaciones, quien le remite un acuse de admisión, obteniéndose un sello temporal de la entidad de certificación (notario electrónico) que acredita la fecha de admisión de la notificación en el servicio. El sistema remite la notificación al buzón del destinatario, poniéndola a disposición, obteniéndose un sello temporal de la fecha en que la notificación se deposita en el buzón y se envía un acuse de puesta a disposición de la notificación al órgano notificante, a efectos de que pueda comenzar a contar el plazo de depósito. Cuando el ciudadano (parte inferior derecha del gráfico) accede al buzón y se acredita mediante su firma electrónica, se le entrega la notificación, generándose un sellado de fechas de ese momento y enviándose un acuse de recibo al órgano notificante para constancia del momento en que el acto administrativo comienza su eficacia.

El hecho de que el art. 43.1 LPAC aluda a una dirección electrónica *única*, sin definir lo que ésta sea, suscita dudas de interpretación. Cabe pensar que *cada* Administración pública unifique todos sus sistemas de notificación electrónica en una sola plataforma, pero también podría decirse que *todas* las Administraciones públicas han de notificar sus actos en una *única* dirección electrónica. Para los ciudadanos es desde luego mucho más operativo que se centralicen todas las notificaciones en un mismo sistema, evitando su peregrinaje por todas las plataformas de las diferentes Admi-

nistraciones con que se relacione y simplificando así el acceso a su contenido. En cualquier caso, la redacción del precepto es muy débil incluso para poder defender que todas las Administraciones deben utilizar un mismo sistema de notificación, toda vez que no se indica cuál, y siendo así que esta imposición afecta decisivamente a su potestad de autoorganización. Es más, las grandes Administraciones públicas tienen implantados actualmente diferentes plataformas de notificación (p. ej., en materia de tráfico la Administración del Estado ha implantado la Dirección Electrónica Vial, art. 90 RDLvo 6/2015), poniendo en entredicho que la dirección electrónica de las notificaciones sea única. En materia de registros, la LPAC —art. 16.1— también establece que será único, pero contempla unos plazos transitorios para la progresiva supresión de los que existen (Disp. Final 7.^a y Disp. Trans. 2.^a LPAC); en cambio, no establece lo propio para la implantación de la dirección electrónica única, suscitando indudables problemas de interpretación. Por lo demás, aún cuando la dirección electrónica para recibir notificaciones sea finalmente única, ello no resolvería el problema de la multiplicación de sistemas de notificación electrónica mediante comparecencia en la sede, que puede ser distinto incluso para cada órgano notificador, generando una dispersión que complica su gestión, especialmente para las grandes corporaciones que se relacionan con multitud de Administraciones diferentes.

3.7.2. Reglas para la realización del trámite

El art. 43.2 LPAC establece normas especiales en cuanto a la práctica de la notificación. Así, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido, lo cual es interpretado en el sentido de que no basta con entrar en el sistema de notificaciones, sino que es preciso además acceder a cada concreta notificación para que ésta se entienda practicada.

Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el art. 41.5 LPAC. La Ley 11/2007 excluía ese efecto de rechazo cuando, de oficio o a instancia del destinatario, se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso; pero tal excepción ha sido suprimida en la LPAC. La asimilación del mero transcurso del plazo de diez días al rechazo de la notificación supone una clara discriminación de los sujetos obligados a relacionarse por medios electrónicos respecto a quienes pueden hacerlo en soporte papel, pues en este segundo caso, tras el doble intento fallido, la notificación no se entiende rechazada, sino infructosa, procediéndose a su publicación sustitutoria en el tablón edictal único del *BOE* y surtiendo efectos a partir de esa fecha; en tanto que el rechazo tácito de las notificaciones electrónicas por el simple hecho de que el interesado no accedió a su contenido en el plazo de diez días supone que el acto administrativo deviene eficaz por el mero transcurso de dicho plazo, sin mayor trámite. La situación se agrava por la práctica extendida en muchas Administraciones de retirar la notificación del sistema en cuanto transcurre el plazo de depósito, con lo cual se impide al interesado saber que se ha producido el rechazo tácito y que el acto administrativo es ya ejecutivo, y acaba enterándose de todo ello cuando ya han transcurrido los plazos de recurso y la Administración inicia contra él los medios de ejecución forzosa del acto notificado (p. ej., embargando la cuenta corriente del interesado cuando se trata de una multa económica). A nuestro juicio, el transcurso del plazo de diez días sin acceso debería conducir a la publicación sustitutoria de la noti-

ficación en el tablón edictal del *BOE*, y adquirir eficacia a partir de ese momento, en aras de la seguridad jurídica. Pero a la vista de que ese no es el régimen vigente, las Administraciones deberán conservar la notificación en el sistema tanto tiempo como resulte posible, y desde luego, al menos mientras que esté abierto el plazo de impugnación del acto notificado; de no hacerse así, entiendo que se está generando indefensión al interesado y que sería inválida cualquier actuación ulterior en ejecución del acto.

3.7.3. *Aviso de notificaciones electrónicas*

Hemos tenido que aplazar hasta ahora el estudio de esta cuestión pues exige conocer previamente el funcionamiento de las plataformas de notificación electrónica. Como ha podido comprobarse, este medio de notificación exige del ciudadano una actitud especialmente alerta, conectándose repetidamente a los servicios de notificación implantados por las diferentes administraciones públicas para recibir las notificaciones electrónicas que se le dirijan. Eso es disfuncional y puede suponer graves efectos si transcurren más de diez días del depósito de la notificación, pues en tal caso, como ya sabemos, se entenderá rechazada y el acto será eficaz a partir de ese momento.

Para evitar esta situación, el art. 41.1, párr. 6.º, LPAC prevé que los ciudadanos comuniquen a la administración una dirección de correo electrónico convencional o también un número de teléfono móvil al que se le enviará un *aviso de notificación electrónica*, de manera que el ciudadano pueda en ese momento conectarse a la plataforma de notificaciones para recibirla con carácter fehaciente, sin necesidad de estar revisando periódicamente la plataforma para verificar si se le ha depositado alguna notificación. Cuando el aviso tiene lugar mediante el envío de un correo-e convencional, en el texto del mensaje suele incrustarse el hipervínculo (enlace) directo a fin de que el ciudadano sólo tenga que pinchar en él para conectarse con la plataforma de notificaciones electrónicas.

El aviso de depósito de la notificación electrónica se realizará en todos los casos de puesta a disposición, tanto si el medio electrónico es obligatorio, como si es el preferido por el ciudadano o incluso cuando el medio preferente elegido por éste sea el papel —art. 41.6 LPAC—.

La manera de articular la comunicación del dispositivo electrónico puede ser diferente en cada Administración. Los sistemas más implantados son los siguientes:

a) Cuando el ciudadano *inicie un procedimiento* (en soporte papel o mediante presentación en un registro electrónico), puede hacer constar la dirección de correo-e convencional o el número de teléfono móvil para que la Administración le envíe el aviso —art. 66.1.b) LPAC—.

b) Cuando el ciudadano se ha dado de *alta previa en una plataforma* de notificaciones electrónicas (p. ej., el SNE de la Administración del Estado), debe rellenar una serie de datos, entre los que figura la indicación de la dirección de correo-e convencional y el número de teléfono móvil que desea comunicar para la recepción de los avisos.

c) En las Administraciones públicas que disponen de *carpetas ciudadanas* —véase Tema 11—, entre los datos de contacto que el ciudadano puede incluir para que la Administración se comuniquen con él suele figurar también la indicación de la dirección de correo-e convencional y del número de teléfono móvil.

La Ley establece taxativamente —art. 41.1, pár. 6.º, *in fine*— que la dirección de correo-e convencional o dispositivo electrónico que designe el ciudadano sólo servirán para enviarle el aviso, sin que pueda utilizarse para el envío de la notificación propiamente dicha. Esta salvaguardia obedece al hecho de que los sistemas de correo-e convencional no reúnen los requisitos de constancia de la notificación que establece el art. 41.1, pár. 2.º, LPAC: en particular, no permiten acreditar la integridad del acto notificado (el correo-e ha podido entregarse defectuosamente, sin el archivo adjunto), ni la identidad del receptor y el momento exacto de la entrega (pues estos sistemas no disponen de avisos de recibo automáticos, sino a discreción del receptor).

Conforme al art. 46.1 LPAC, «La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida», precepto que induce a dudas de interpretación en el caso de que el medio electrónico sea obligatorio o el elegido por el interesado, pues la falta de aviso supone que no disfruta de todas las garantías que la Ley establece para conocer que se le ha enviado una notificación y que dispone de diez días para recibirla, siendo así que, transcurrido ese plazo, se entendería rechazada y el acto devendría eficaz. Teniendo en cuenta la generalización de las relaciones electrónicas obligatorias —véase Tema 11—, esto puede suponer un verdadero caos para los ciudadanos, obligados a consultar con muchísima periodicidad *todas y cada una* de las plataformas de notificación de las diferentes Administraciones públicas con las que se relacione para verificar si se ha depositado alguna notificación en ellas. En aras a la seguridad jurídica, y a evitar que se produzca indefensión (arts. 24 CE y 48.2 LPAC, en los términos analizados en el Tema 15—, se debe entender que, si el ciudadano ha comunicado a la Administración un dispositivo electrónico en el que recibir los avisos de notificación, y no se le envía dicho aviso, el depósito de una notificación en su buzón no puede producir el efecto del rechazo tácito, siendo ineficaz la notificación en tanto que no se proceda al envío del aviso y eventualmente transcurran después los diez días de depósito de la notificación. Esta interpretación se apoya en el sentido literal del precepto, que dispone que la falta de aviso no impedirá que *la notificación* sea considerada válida, pero no establece expresamente el efecto que se debe conceder al *rechazo* tácito de la misma por transcurso del plazo de diez días de depósito.

4. LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SUPUESTOS Y REGÍMENES JURÍDICOS

4.1. CLASES DE PUBLICACIÓN

La publicación de los actos administrativos, al igual que la notificación, pretende que el contenido del acto llegue a los interesados en el procedimiento, pero el ordenamiento demuestra una clara preferencia de la notificación sobre la publicación, como se desprende de los casos en que procede esta última.

Así, podemos hablar en primer término de una *publicación supletoria de la notificación*: tiene lugar —art. 44 LPAC— cuando existen dificultades que impiden notificar el acto, como cuando los interesados de un procedimiento sean desconocidos —por ejemplo, se expropia una finca que no está inscrita en el Registro de la Propiedad y por consiguiente se desconoce a su propietario—; cuando se ignore un lugar donde practicar la notificación —así, el procedimiento se inicia de oficio y la Administración ignora el domicilio del interesado—; o en los supuestos de notificación infructuosa, antes tratados. En estos casos (tras la modificación que introdujo la Ley 15/2014 en la materia), se publicará un anuncio de la notificación en el *BOE*, enten-

diéndose notificado el acto desde la fecha de publicación. La Disposición Adicional 3.^a LPAC establece que el *BOE* pondrá a disposición de las Administraciones públicas un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de estos anuncios, a fin de que puedan insertarse de manera descentralizada, garantizando la celeridad de la publicación, su correcta y fiel inserción y la identificación del órgano remitente. El resultado es la puesta en marcha del Tablón Edictal Único (http://www.boe.es/tablon_edictal_unico/), donde se publican los actos de todas las Administraciones públicas y los interesados pueden buscar eventuales publicaciones de actos que les afecten, mejorando sensiblemente la situación que se dio hasta la implantación de este régimen, pues cada Administración publicaba los actos en su propio diario oficial, haciendo inviable en la práctica que los ciudadanos llegaran a conocer su contenido. Además de esta publicación en el *BOE*, para incrementar la difusión del acto, facultativamente se podrán publicar anuncios en el boletín oficial autonómico o de la provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio conocido o del Consulado o Sección Consular correspondiente, así como en tabloneros electrónicos. La fecha de inicio de eficacia del acto ha de ser la de publicación en el *BOE*, pero, por razones de seguridad jurídica, debemos entender que el resto de publicaciones, si fueran posteriores, reabrirían los plazos de recurso.

En segundo lugar, existen supuestos en que tiene lugar una *publicación sustitutoria de la notificación* —art. 45 LPAC—, que la Ley contempla principalmente como una manera de facilitar la gestión de determinados procedimientos administrativos. Procede cuando el acto se dirija a una pluralidad indeterminada de personas —los que en el Tema 15 llamábamos actos administrativos generales—, o se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva de cualquier tipo, como las convocatorias de subvenciones, de ofertas de empleo, de contrataciones, etc. En particular, la Ley permite que en procedimientos de selección como los indicados el primero de sus actos, el de convocatoria, indique un tablón de anuncios o los medios de comunicación donde se efectuarán las publicaciones de los actos sucesivos —por ejemplo, de la relación de admitidos y excluidos, de los finalmente seleccionados, etc.—.

Existen, además, supuestos de *publicación complementaria de la notificación* —arts. 59.6.b) y 60 LRJPAC—; en estos casos tiene lugar una notificación y además una publicación del mismo acto. Procede en los siguientes supuestos:

— En procedimientos en los que existen varios interesados, cuando se notifica el acto a uno solo y se teme que ello es insuficiente para garantizar que todos conocen el contenido; por ejemplo, un piso deshabitado que figura a nombre de varios propietarios, enviándose una orden de demolición al primero de los que aparecen como tales, y temiéndose que los restantes no lleguen a conocer este acto.

— Cuando así lo establezcan las normas reguladoras de un procedimiento específico. Por ejemplo, en materia de subvenciones, se contempla la publicación de los beneficiarios, cantidades concedidas y finalidad de la subvención, a efectos de potenciar la transparencia del procedimiento (Ley 38/2003 General de Subvenciones —art. 18.1—). En el mismo sentido, la resolución de concesión de una autorización ambiental integrada no sólo debe notificarse al interesado, sino que también debe publicarse en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma* correspondiente (Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación —art. 23—).

— Cuando lo aconsejen razones de orden público. Este supuesto es relativamente frecuente en el Derecho administrativo sancionador, donde se prevé la publicación o comunicación pública de las sanciones para lograr un mayor efecto ejemplarizante: por ejemplo, en materia de protección ambiental, de disciplina deportiva, etc.

4.2. MEDIOS DE PUBLICACIÓN

Salvo las publicaciones sustitutorias, que han de tener lugar necesariamente en el *BOE*, en todos estos casos la publicación se produce —art. 45.3 LPAC— en el diario oficial que corresponda según cuál sea la Administración actuante —*Boletín Oficial del Estado*, diario oficial de la Comunidad Autónoma, o *Boletín Oficial de la Provincia*—, suprimiéndose la obligación que establecía la Ley 30/1992 de proceder a la publicación también por otros medios.

Además, mediante disposiciones legales o reglamentarias específicas puede imponerse la publicación de actos y comunicaciones en tablón de anuncios o edictos, pero la LPAC —art. 45.4— declara que esta obligación se entenderá cumplida con su publicación en el diario oficial correspondiente.

No obstante lo anterior, y aunque la Ley no lo contemple con carácter general, la Administración podrá utilizar otras formas de publicación complementarias (por tanto no sustitutorias del anuncio en el *Boletín Oficial*), a través de medios de difusión, como puede ser el anuncio en un diario de divulgación en el ámbito territorial del órgano, tal como se establece en algunas normas: por ejemplo, la Ley de Expropiación Forzosa establece la publicación de ciertos actos (relación de bienes a expropiar, acuerdo de necesidad de ocupación...) en uno de los diarios de mayor difusión de la Provincia donde radiquen los bienes, para potenciar la publicidad de tales acuerdos. Ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia (STS 8-7-1987) tiene establecido que la Administración no debe discriminar arbitrariamente a unas publicaciones privadas en favor de otras.

En el mismo sentido, la LPAC no regula expresamente los tablones edictales electrónicos (véase Tema 11), pero en el caso de que existan, suponen un medio idóneo para mejorar la difusión de los actos administrativos que deban publicarse.

4.3. CONTENIDO DE LA PUBLICACIÓN

Dado que desempeñan idéntica función a la notificación, en los casos de publicación sustitutiva y supletoria está claro que la publicación debe contener las mismas indicaciones que establece la Ley para las notificaciones —art. 45.2 LPAC—, y, por lo mismo, si la publicación es defectuosa producirá los mismos efectos que las notificaciones defectuosas. Ahora bien, no parece que ello sea necesario, a pesar del tenor de la Ley, para las publicaciones complementarias. La Ley permite la publicación conjunta de aquellos actos que tengan elementos comunes, indicando los aspectos individuales de cada uno; por ejemplo, publicación de los resultados de los exámenes, con la calificación de cada participante en la prueba.

Ahora bien, dado que la publicación puede ser conocida por cualquier persona y no exclusivamente los interesados, su difusión podría lesionar derechos (en particular, a la intimidad y protección de datos) e intereses legítimos. Por ello, la Ley —art. 46— establece que, cuando concurra esta circunstancia, la Administración puede publicar una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados pueden comparecer para conocer el resto de su contenido. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo Andaluz ha considerado que la publicación íntegra de notificaciones dirigidas a menores cuyos padres habían «objetado» a cursar la asignatura «Educación para la ciudadanía» conculca el derecho fundamental a la intimidad, especialmente reforzado en el caso de los menores. En el mismo sentido se ha pronunciado la Agencia de Protección de Datos de Madrid en casos de análoga naturaleza. A este respecto, hay que tener presente que una publicación indebida de informaciones que afecten a la

libertad de autodeterminación informativa de las personas puede comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En conclusión, el régimen de publicación de los actos administrativos se resume con la siguiente figura:

FIGURA 8

PUBLICACIÓN SUPLETORIA	<ul style="list-style-type: none"> — Interesados desconocidos. — Se ignore el lugar o medio de notificación. — Notificaciones presenciales infructuosas.
PUBLICACIÓN SUSTITUTORIA	<ul style="list-style-type: none"> — Actos que tienen por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas. — Actos integrantes de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.
PUBLICACIÓN COMPLEMENTARIA	<ul style="list-style-type: none"> — Cuando se notifique el acto a un interesado y se tema que los demás no lleguen a conocerlo. — Cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento. — Cuando lo aconsejen razones de interés público.

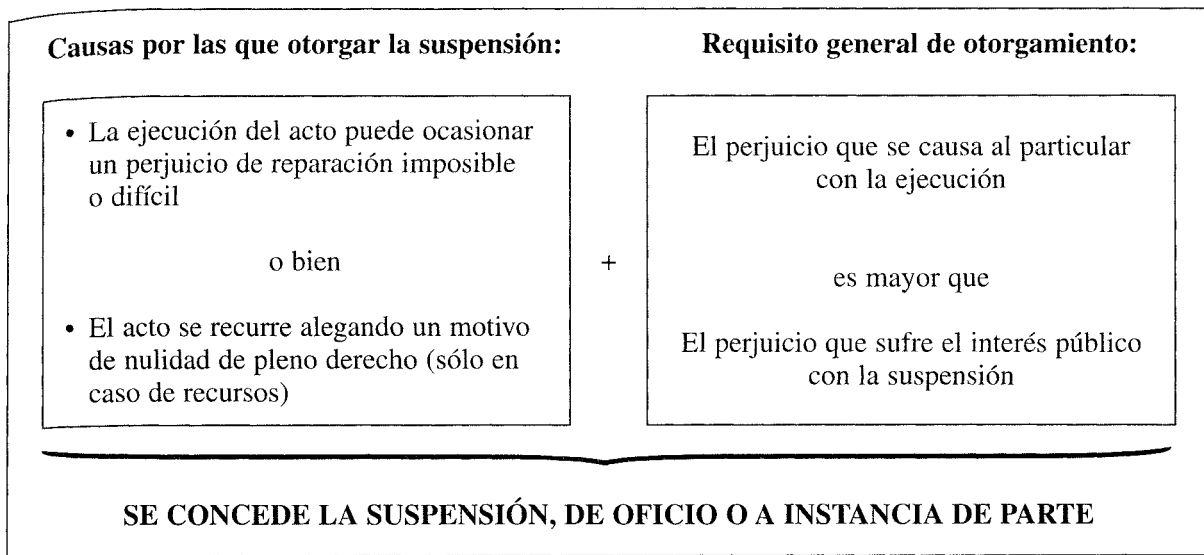
La publicación es un instrumento poco efectivo en orden a lograr que el administrado conozca realmente la existencia del acto administrativo: los ciudadanos, en general, no leen los diarios oficiales y por tanto no llegan a saber que se ha publicado un acto administrativo que les afecta. Comoquiera que la finalidad de la notificación es precisamente conseguir que el administrado tenga constancia del acto, esta materia se encuentra claramente requerida de mejoras. La publicación supletoria en el *BOE*, introducida por la Ley 15/2014, no mejora la situación desde el punto de vista de los ciudadanos, que no leen este diario oficial y seguirán sin saber que se ha publicado un acto que les afecta; en cambio, logra que el acto administrativo adquiera eficacia expeditivamente, puesto que la publicación en el *BOE* será ahora mucho más rápida, al efectuarse por medios electrónicos.

5. LA SUSPENSIÓN DE EFICACIA DE LOS ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

5.1. CONCEPTO Y CAUSAS DE SUSPENSIÓN

La suspensión de eficacia de los actos administrativos es un mecanismo en cuya virtud, por causas tasadas en la ley, se paraliza momentáneamente la eficacia del acto administrativo, a la espera de que se produzca una circunstancia que determine el levantamiento de la suspensión y, bien se elimine el acto administrativo, bien se permita nuevamente el despliegue de su eficacia. La suspensión puede acordarse en vía administrativa —por la propia Administración—, o bien en vía judicial —por un tribunal que conozca de un recurso contra el acto—. En este tema sólo estudiamos la suspensión de actos en vía administrativa.

FIGURA 9

Criterios de otorgamiento

La LPAC contempla dos supuestos distintos de suspensión en vía administrativa: cuando el acto sea objeto de algún procedimiento de revisión de oficio —Tema 17— o cuando se interpongan recursos administrativos contra el mismo —Tema 18—, pues la mera interposición de un recurso no suspende el acto impugnado salvo que una disposición establezca lo contrario —art. 117.1 LPAC—. En ambos casos, la suspensión puede concederse, tanto de oficio como a petición del interesado, siempre que la ejecución del acto pudiera ocasionar daños o perjuicios de difícil o imposible reparación —arts. 108 y 117 LPAC—. Existe posibilidad de generar este tipo de daños no sólo cuando las cosas no puedan reponerse a su estado originario si se ejecutara el contenido del acto, sino también en supuestos en que se generaría un daño inútil al interesado. Un ejemplo frecuente de suspensión es la orden de derribo de un edificio construido con infracción del ordenamiento urbanístico (por ejemplo, en suelo no urbanizable), que siempre se demora hasta el momento en que concluyan los procedimientos de revisión del acto. También es común conceder la suspensión ante la orden de clausura de un negocio que constituya el medio de subsistencia de su titular. Cuando se interponga un recurso administrativo la suspensión puede solicitarse también si la impugnación del acto se fundamenta en un motivo de nulidad de pleno derecho —art. 47.1 LPAC—. Por otra parte, el art. 117 establece una regla especial de suspensión que declara aplicable tan sólo a los recursos administrativos, pero que debe entenderse extensible a todos los casos: antes de otorgar la suspensión el instructor debe ponderar que el perjuicio que soporte el particular como consecuencia de la ejecución merezca mayor protección que el perjuicio que soporte el interés público como consecuencia de la suspensión.

A título práctico, debe saberse que no es frecuente la suspensión de los actos en vía administrativa, y que se procede a ejecutarlos sobre todo cuando contengan simplemente la imposición de una obligación de carácter económico; por ejemplo, actos de exacción de tributos, o imposiciones de multas. Este régimen resulta francamente injusto, pues abundan los actos de contenido meramente económico susceptibles de generar daños de reparación imposible o difícil, y que sitúan a los administrados en una posición muy desfavorable: por ejemplo, la exigencia de una sanción elevada a

una persona de recursos económicos escasos. Sucede, además, que en tales casos suelen generarse daños de naturaleza moral, insusceptibles de reparación posteriormente. No obstante, el particular puede conseguir generalmente la suspensión de estos actos si presta aval o caución, esto es, si garantiza el pago de la deuda que se le exige.

Además de cuanto se ha dicho, en el Derecho sectorial pueden encontrarse supuestos adicionales de suspensión, algunos de los cuales tiene carácter automático: basta con que medie el presupuesto de hecho recogido por la norma para que se produzca la suspensión de eficacia del acto. Así, el art. 16 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, dispone que la incoación de un expediente de declaración de bien de interés cultural provocará la suspensión inmediata de los efectos de las licencias urbanísticas reconocidas respecto al bien inmueble objeto del procedimiento, lo que impide a los particulares llevar a efecto el contenido de las licencias, en tanto concluya el procedimiento en cuestión.

5.2. PROCEDIMIENTO PARA INSTAR LA SUSPENSIÓN

El particular puede reclamar la suspensión de un acto administrativo mediante un escrito de solicitud —instancia—. También puede pedir la suspensión en el mismo escrito con el que formalice el recurso o el medio de revisión del acto. El procedimiento no contiene especialidad alguna en lo relativo a su tramitación. La Ley —art. 117.3— dispone que el plazo de resolución de la solicitud de suspensión será de un mes, a contar desde que la solicitud haya entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma; en este caso no es preciso informar al interesado del plazo de resolución y los efectos del silencio. Pero, sobre todo, importa destacar que si transcurre dicho plazo sin que el órgano dicte resolución expresa al respecto, la Ley ordena que la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida. De este modo, aunque la LPAC mantiene la regla general contraria a la suspensión del acto, al menos obliga a la Administración a resolver expresamente las solicitudes de suspensión, pues de lo contrario se producirá la suspensión automáticamente.

De otro lado, la Ley exige la motivación del acto que acuerde la suspensión —art. 35.1.d)—. Además, si la Administración concede la suspensión, la Ley —art. 117.4— dispone, a modo de compensación, que al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada. Asimismo, si el órgano acuerda la suspensión del acto y este afecta a una pluralidad de personas, la publicación debe ser insertada en el boletín oficial en el cual debió publicarse antes el acto que ahora se suspende —art. 117.5—.

Una importante novedad establecida por la LPAC —art. 117.4, párr. 3.º—, es que la suspensión otorgada en la vía administrativa se prolongará a la vía contencioso-administrativa hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. De esta manera se evita que un acto eventualmente lesivo pueda ser ejecutado por la Administración en el intervalo que media entre la resolución del recurso administrativo y el pronunciamiento sobre la suspensión del acto en la vía judicial. Si el interesado no interpone el recurso contencioso-administrativo, o si el órgano judicial deniega la suspensión, el acto comenzará a desplegar efectos.

Por último, con independencia del supuesto en el que se otorgue, la suspensión en vía administrativa puede culminar con uno de los siguientes resultados: 1) *Que se remueva la causa de suspensión y el acto sea nuevamente eficaz*: por ejemplo, se

desestima el recurso administrativo interpuesto contra una multa, con lo que puede procederse a su ejecución; 2) *Que se elimine el acto administrativo mediante resolución del procedimiento de revisión*: en este caso, no llegaría a ejecutarse el contenido del acto, que desaparecería del escenario jurídico sin haber llegado a aplicarse.

6. LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD

6.1. CONCEPTO

La ejecución de los actos administrativos plantea problemas completamente distintos según se trate de actos declarativos de derechos o de actos de gravamen. En el primer caso, la ejecución dependerá de la naturaleza del contenido del acto. En efecto, si el acto declarativo de derechos (expreso o presunto) es susceptible de ser ejecutado por el destinatario, generalmente, el ordenamiento confiará al interesado su ejecución material sometiendo, en su caso, aquélla a un plazo (así, por ejemplo, las licencias de obras o edificación se otorgan por un plazo determinado, vencido el cual caducan). En cambio, si el acto declarativo de derechos (expreso o presunto) precisa para su efectividad de la actuación de la Administración (por ejemplo, el reconocimiento del derecho a obtener una prestación económica), debe entenderse que el interesado ostenta un derecho legítimo a la ejecución del acto frente a la posible inactividad material de la Administración, pudiendo en su caso formular la correspondiente pretensión ante los órganos jurisdiccionales —art. 29 LJCA—.

Por el contrario, en el caso de actos de gravamen, como es lógico, no cabe confiar su ejecución a la exclusiva voluntad de los sujetos obligados. Es en estos casos cuando entra en juego la llamada ejecutoriedad de los actos administrativos.

FIGURA 10

ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS	Actos susceptibles de ejecución por el propio interesado	La ejecución se confía al interesado
	Actos que precisan para su ejecución de la actividad de la administración	Derecho a la ejecución del acto frente a la inactividad material
ACTOS DE GRAVAMEN	1.º Se apercibe al sujeto obligado a que ejecute voluntariamente el acto 2.º Si no se ejecuta en período voluntario <div style="text-align: center;">↓</div> Se procede a la EJECUCIÓN FORZOSA	

La *ejecutividad* de un acto administrativo es su aptitud para provocar efectos desde el preciso momento en que se dicta. La *ejecutoriedad*, por el contrario, es el *privilegio con que cuenta la Administración para exigir el cumplimiento de los actos*

administrativos y, en su caso, proceder por sí misma a ejecutarlos, cuando el administrado se niegue a hacerlo —*ejecución forzosa*—.

También se le denomina a este privilegio la *autotutela ejecutiva* de la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA), en la medida que le permite llevar a término unilateralmente las decisiones en que cristaliza la actuación administrativa, sin necesidad de acudir a la tutela jurisdiccional para conseguirlo. Esta característica es propia del Derecho Administrativo continental, pues en el sistema del *rule of law* —y también en nuestro Derecho privado— el sujeto que pretenda imponer y exigir a otro el cumplimiento de una obligación requiere de auxilio judicial —*ejecutoria*—. Aunque el Tribunal Constitucional califica a la ejecutoriedad como una potestad administrativa específica que debe atribuirse expresamente por el ordenamiento jurídico —STC 22/1984—, el art. 99 LPAC resuelve con generalidad esta necesidad de reconocimiento específico, al permitir a las Administraciones Públicas que procedan a la ejecución forzosa de todos los actos administrativos, de tal manera que todas las Administraciones sometidas al ámbito de aplicación de esta Ley disfrutaran del privilegio de ejecución forzosa. En cualquier caso, otras leyes específicas confirman la atribución de esta potestad a determinados tipos de Administraciones Públicas, como es el caso del art. 4 LRBRL, en relación con las Corporaciones Locales.

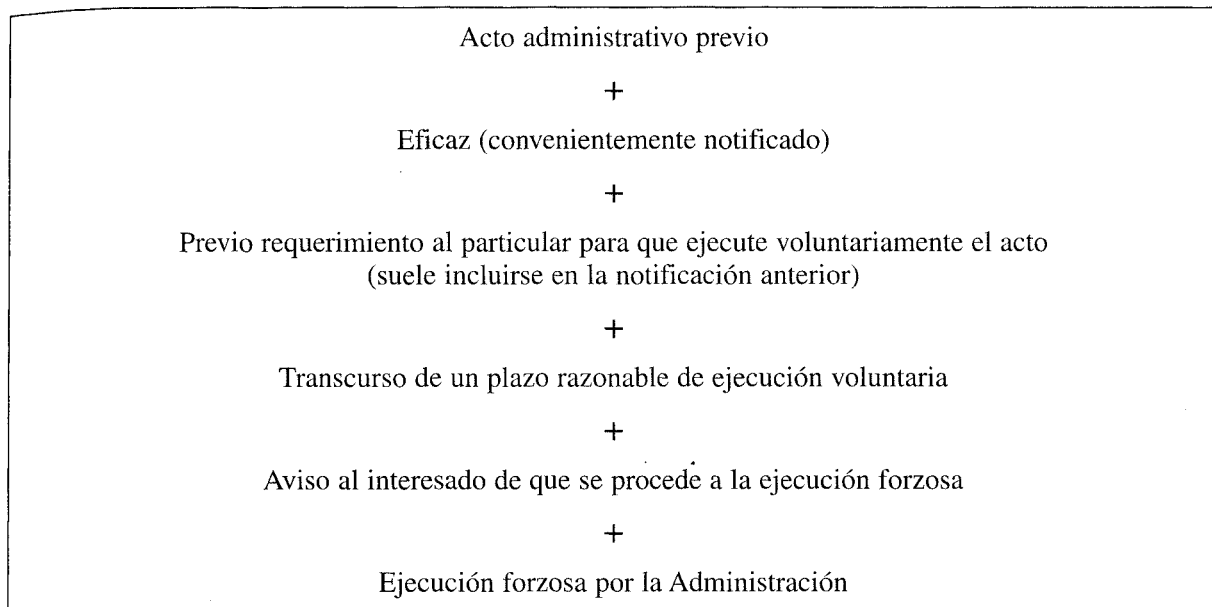
Su explicación —que no, en muchos casos, su justificación— radica en la necesidad de que la satisfacción del interés general no se vea condicionada e indebidamente demorada por carecer la Administración de medios efectivos para imponer su voluntad a los sujetos individuales que se nieguen a plegarse al cumplimiento de los actos administrativos que les afecten. Este privilegio permite que las Administraciones ejecuten los actos incluso cuando se está sustanciando un proceso judicial que revise la actuación administrativa, lo que lleva a algunos autores (PARADA VÁZQUEZ) a dudar de su constitucionalidad, por considerarla contraria al derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—, puesto que la eventual estimación del recurso contencioso-administrativo podía resultar inoperante ante la situación creada por la ejecución del acto impugnado. En todo caso, el Tribunal Constitucional declaró —STC 22/1984— que la ejecutoriedad de los actos administrativos no es, por sí misma, contraria a la Constitución. Ahora bien, este Tribunal no ha afirmado que la ejecutoriedad tenga un fundamento directo en la Constitución, es decir, la ejecutoriedad no es una facultad ligada necesariamente a la posición que la Constitución asigna a la Administración, sino simplemente es una facultad atribuida por la Ley, que encuentra apoyo en el principio de eficacia —art. 103.1 CE—, y, por tanto, es una facultad «funcional», y como tal, contingente o instrumental, que puede o no existir según los casos.

6.2. PRINCIPIOS INFORMADORES Y REQUISITOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

El más destacado principio que informa este privilegio es el de *proporcionalidad*, cuyo concepto general analizamos con ocasión del estudio del elemento teleológico del acto administrativo —Tema 15—. Su concreción al ámbito de la ejecutoriedad comporta que el medio de ejecución del acto elegido por la Administración deberá ser proporcional a los fines que persigue —art. 100 LPAC—; por ejemplo, si una prueba de alcoholemia practicada a un conductor diera resultado positivo, puede autorizarse la continuación del viaje cuando le acompañe otra persona titular de un carné que no supere el límite de alcohol en sangre y se haga cargo de la conducción, sin que en tal caso pueda ordenarse la inmovilización del vehículo. Consecuencia de este principio,

como ya sabemos, es también el de *favor libertatis*, en cuya virtud si fueran posibles varios medios de ejecución, se elegirá el menos restrictivo de derechos —art. 100.2—; por ejemplo, en un embargo de bienes dirigido contra el administrado se optará en primer término por pertenencias prescindibles, que no resulten esenciales para el desarrollo de sus actividades normales —se embargará una cuenta corriente antes que un bien inmueble, etc.—.

FIGURA 11



En cuanto a los *requisitos legales* para la acción de oficio, se encuentran los siguientes:

— La existencia de un *acto administrativo previo* —art. 97—. El acto se erige en un título habilitante de la ejecución forzosa.

— Que el acto administrativo sea *eficaz*, es decir, que haya sido correctamente notificado, no haya sido suspendido en su ejecución y no incurra en supuestos de eficacia demorada —art. 96.1—.

— *Previo requerimiento o apercibimiento* al administrado para que ejecute el acto —art. 99—. No es preciso que se envíe por la Administración un aviso específico, pues el requerimiento en cuestión suele incluirse en la notificación del propio acto administrativo. Aunque la ley no lo prevea, se entiende que el apercibimiento ha de reconocer al particular un plazo razonable para la ejecución del acto. Por ejemplo, las notificaciones tributarias indican al particular hasta qué día pueden ingresar el importe correspondiente a su deuda.

— *Que se notifique válidamente al administrado que se va a ejecutar el acto* —art. 97.2—. Aquí no se trata ya de la notificación *del acto*, sino de una notificación *adicional y posterior*, que se remite una vez vencido el plazo de ejecución voluntaria por el particular, advirtiéndole a éste de que el acto va a ser ejecutado de oficio por la Administración.

— Que el acto administrativo que pretenda ejecutarse *no haya sido sometido por una disposición expresa al auxilio o autorización judicial*. La ejecutoriedad es una

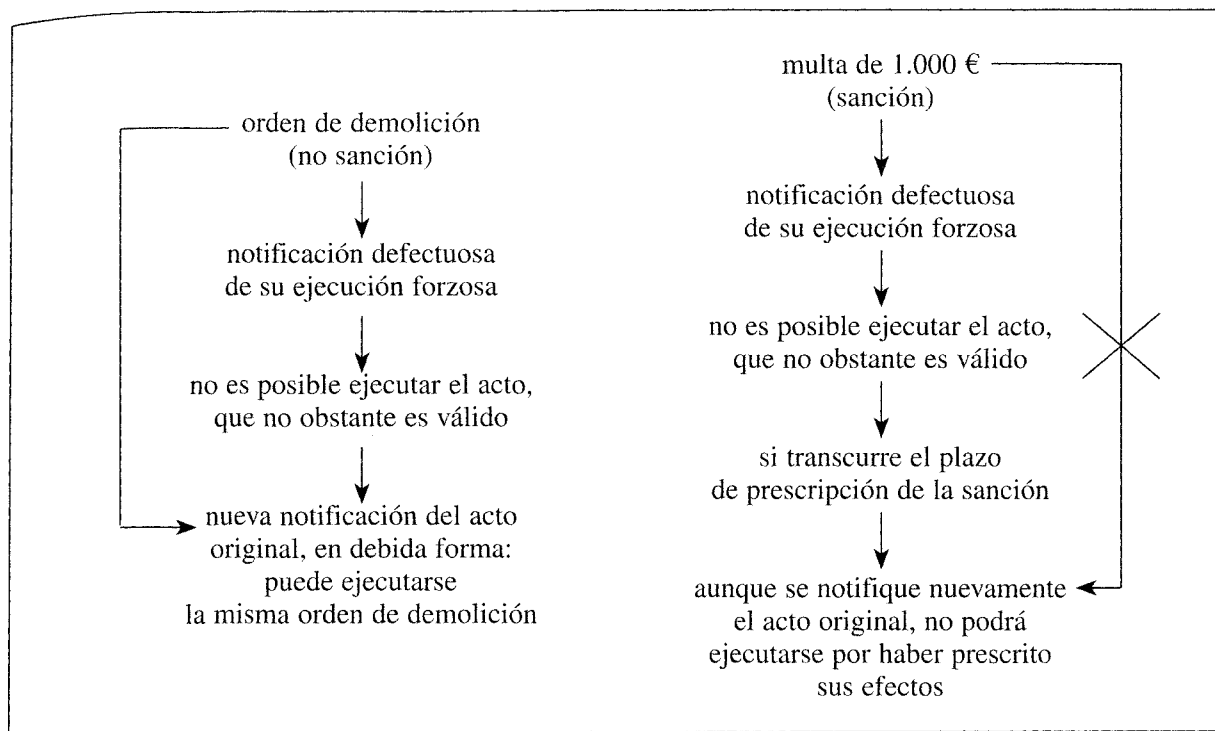
regla general a la que el art. 98.1.c) permite imponer excepciones, que pueden resultar de la Constitución o de normas sectoriales.

En relación con el último requisito, un supuesto especialmente destacable viene representado por la necesidad de que los actos administrativos cuya ejecución requiera de entrada domiciliaria obtengan autorización judicial, salvo en caso de flagrante delito —art. 18.2 CE—, exigencia que la STC 22/1984 derivó de la inviolabilidad del domicilio y que actualmente se consigna en el art. 100.3 LPAC. Es frecuente el supuesto cuando el acto a ejecutar consista en la entrega de un bien inmueble destinado a vivienda, como por ejemplo, los edificios que hayan sido expropiados, o los que hayan sido ocupados ilegalmente por terceros —así, el desalojo de viviendas que la Administración hubiera entregado provisionalmente a su personal o a determinados beneficiarios, cuando cesa el derecho a su disfrute—. En tales casos se pone en marcha un procedimiento calificado como *desahucio administrativo*. También puede ser preciso el desalojo para la demolición de un edificio privado declarado en ruina, o como consecuencia de una actuación policial dirigida al esclarecimiento de un delito. Otros actos que requieren autorización judicial son los de interrupción de servicios de la sociedad de la información (por ejemplo, clausura de sitios web) que infrinjan ciertos principios o valores (art. 122 *bis* LJCA y art. 8.4 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información).

Conforme al art. 8.5 LJCA, corresponde a los Juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo conceder autorización para la entrada a domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración Pública. Este proceso judicial no comporta un análisis de la validez del acto administrativo a ejecutar: el juez restringe su análisis a tres aspectos concretos (SALAMERO): 1) verificar que se ha individualizado al titular del derecho sobre el que recae la medida; 2) revisar que la actuación administrativa no incurra en irregularidades trascendentes, es decir, que presente apariencia de buen derecho y, en definitiva, que no incurra en vía de hecho; y 3) valorar la proporcionalidad de la medida, verificando que la entrada domiciliaria es necesaria para lograr el fin perseguido. El juicio sobre la validez del acto debe tener lugar con ocasión de otro proceso distinto, sometido a sus propios plazos de iniciación, y centrado en el análisis de esa concreta cuestión.

Por último, debe recordarse nuevamente la distinción entre la validez del acto administrativo mismo y la de su fase de ejecución. Esta fragmentación provoca que *los vicios en que pueda incurrirse durante la ejecución de un acto no afecten a éste*. Sería posible conseguir la anulación de la ejecución de un acto, por vicios cometidos durante su ejecución de oficio, pero el acto administrativo inicial seguiría siendo válido y podría ser objeto de una nueva fase de ejecución, siempre que no hubiera prescrito la actuación administrativa. En cualquier caso, los actos sancionadores sólo pueden ejecutarse durante un período de tiempo —prescripción de la sanción, véase el Tema 26—; si tal período ya ha vencido cuando se anule la ejecución del acto, no podría procederse a una nueva fase de ejecución, resultando inviable la actuación administrativa.

FIGURA 12

Validez/eficacia/ejecución del acto

6.3. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DE EJECUCIÓN

Aun cuando tradicionalmente se enuncia que no cabe interponer recursos contra los actos de ejecución, en realidad la limitación se contrae a la regla según la cual no cabe impugnar los actos del procedimiento de ejecución para combatir los supuestos vicios del acto originario que se trata de ejecutar. Por el contrario, sí son procedentes los recursos contra los actos de ejecución que se fundamenten en vicios propios de estos actos, con independencia del acto originario objeto de ejecución: por ejemplo, cuando la ejecución subsidiaria se extiende a un contenido no previsto en la obligación originaria (por ejemplo, se incluyen obras superiores a las ordenadas inicialmente), o se incluyen gastos y perjuicios improcedentes.

7. LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA: SUPUESTOS Y LÍMITES LEGALES

Si los particulares no cumplen por sí mismos lo dispuesto en el acto administrativo, será la Administración quien lo ejecute. Debido a que los actos administrativos pueden incluir un contenido muy variado, también son diferentes los medios de ejecución forzosa con que se habilita a la Administración. El art. 100 LPAC recoge cuatro medios diferentes de ejecución forzosa, encontrándose previsto cada uno de ellos para un tipo específico de obligaciones: cobro de deudas líquidas, obligaciones de hacer, etc. Tales medios son los siguientes:

7.1. APREMIO SOBRE EL PATRIMONIO

7.1.1. *Concepto y ámbito de aplicación*

Consiste en la actuación directa sobre los bienes del sujeto obligado, que acaban siendo embargados por la Administración. Es el medio de ejecución forzosa más corriente en la práctica. Sirve para ejecutar el contenido de actos administrativos, pero también cuando la Administración ha tenido que realizar ejecuciones subsidiarias —como se expone abajo, en el apartado 7.2—, o imponer multas coercitivas —en el apartado 7.3—, y el afectado no las abona, así como en los casos de obligaciones personalísimas —en el apartado 7.4— que sean convertidas en obligaciones de resarcimiento de daños y perjuicios por imposibilidad de su ejecución material.

Este medio se encuentra previsto por el art. 101 LPAC para la ejecución de actos administrativos que impongan la *entrega de cantidades líquidas*, por ejemplo, deudas tributarias, multas —sanciones económicas—, devolución de subvenciones, etc.

La LPAC —art. 101.2— recuerda que no puede imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no esté previamente establecida «con arreglo a una norma con rango legal». Ciertamente, la exigencia a los administrados de una cantidad pecuniaria requiere la necesaria cobertura legal, cuyo nivel de exigencia varía según los casos: así es más estricta en materia sancionadora —art. 25.1 CE— y en materia tributaria —art. 133.1 CE—, que en otros ámbitos (como en materia de precios públicos, art. 26 de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos). Ahora bien, esta necesaria cobertura legal hace referencia a la necesidad de que exista un acto administrativo previo, dictado con cobertura legal, por el que se impone al interesado la obligación de pago. En otras palabras: este medio de ejecución de oficio corresponde a todas las Administraciones Públicas en virtud del art. 97.1 LRJPAC, sin necesidad de habilitación legal expresa adicional.

7.1.2. *Procedimiento de ejecución*

Para proceder a este medio de ejecución se sigue un procedimiento conocido como *apremio sobre el patrimonio*, que termina con el *embargo administrativo*, susceptible de ejecutarse tanto sobre bienes materiales —propiedades muebles e inmuebles—, como sobre cantidades disponibles en cuentas corrientes del particular. La LRJPAC no regula el procedimiento a seguir, sino que se remite a las «normas reguladoras del procedimiento de apremio» —art. 101.1—.

Tradicionalmente, la ordenación del procedimiento recaudatorio se ha contenido en la legislación tributaria. En la actualidad, esta regulación principal de estas actuaciones se encuentra en la Ley 58/2003 General Tributaria (LGT), desarrollada en esta materia por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación —RGR—. El Procedimiento de Recaudación en vía de Apremio —arts. 70 ss.—, es el general para la recaudación ejecutiva de cualquier *deuda de derecho público* que el particular ostente frente a la Administración: liquidaciones tributarias de toda especie, sanciones, gastos derivados de la práctica de pruebas propuestas en un procedimiento por los interesados, etc. En virtud de su regulación general, este medio puede ser aplicado directamente por todas las Administraciones Públicas territoriales y por sus organismos autónomos, sin que se requiera otra habilitación legal expresa adicional. En cambio, la aplicación por otros entes institucionales distintos de los señalados exigirá una habilitación legal expresa.

El órgano competente para tramitar este procedimiento no tiene por qué ser el mismo que dictó el acto a ejecutar; antes bien, es frecuente que se trate de un órgano distinto, específicamente encargado de las funciones recaudatorias. También se permite la delegación de esta función a otra Administración distinta —art. 106.3 LRBRL y art. 7.1 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales—; en este sentido, es frecuente que los Ayuntamientos tengan delegada la potestad recaudatoria en la correspondiente Diputación Provincial. Los rasgos principales del procedimiento de apremio se sintetizan seguidamente.

Como requisito previo al inicio del procedimiento propiamente dicho, es preciso el inicio del llamado «período ejecutivo», lo cual tiene lugar, en el caso de deudas liquidadas por la Administración, el día siguiente al del vencimiento del plazo para el pago en período voluntario —arts. 161 y 62 LGT y 69 RGR—. El inicio de este «período ejecutivo» supone ya, automáticamente, la aplicación a la deuda de un recargo del 5 por 100 (recargo ejecutivo), si el obligado satisface la totalidad de la deuda antes de la notificación de la providencia de apremio.

El acto de iniciación del procedimiento de ejecución forzosa es la *providencia de apremio*—art. 167 LGT—. En su virtud, la Administración «despacha» la ejecución contra el patrimonio del deudor, asignándose a la providencia de apremio «la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados al pago» —art. 12 Ley 47/2003 General Presupuestaria—. Aun tratándose de un acto de trámite, puede ser impugnado en razón de una serie de motivos tasados: la prescripción de la deuda, la anulación o falta de notificación de la liquidación, el pago o aplazamiento en período voluntario y el defecto formal en el título expedido para la ejecución. Quiere con ello decirse que, en este punto, no cabe recurrir de nuevo contra el acto administrativo a ejecutar debido a los vicios de que éste pudiera adolecer, pues el recurso al acto tuvo sus plazos de interposición, y si ya han transcurrido resulta inatacable —véase Tema 18—. Ahora bien, lo que permite el Reglamento General de Recaudación es que se recurra contra los vicios en que se hubiera podido incurrir durante la fase de ejecución forzosa, como se desprende de la relación de motivos de impugnación anteriormente citados. Más aún, se suspenderá inmediatamente el procedimiento de apremio, sin necesidad de prestar garantía, cuando el interesado demuestre que se ha producido en su perjuicio error material, aritmético o de hecho en la determinación de la deuda, o bien que dicha deuda ha prescrito o ha sido ingresada, condonada, compensada o aplazada —art. 12 Ley 47/2003 General Presupuestaria—.

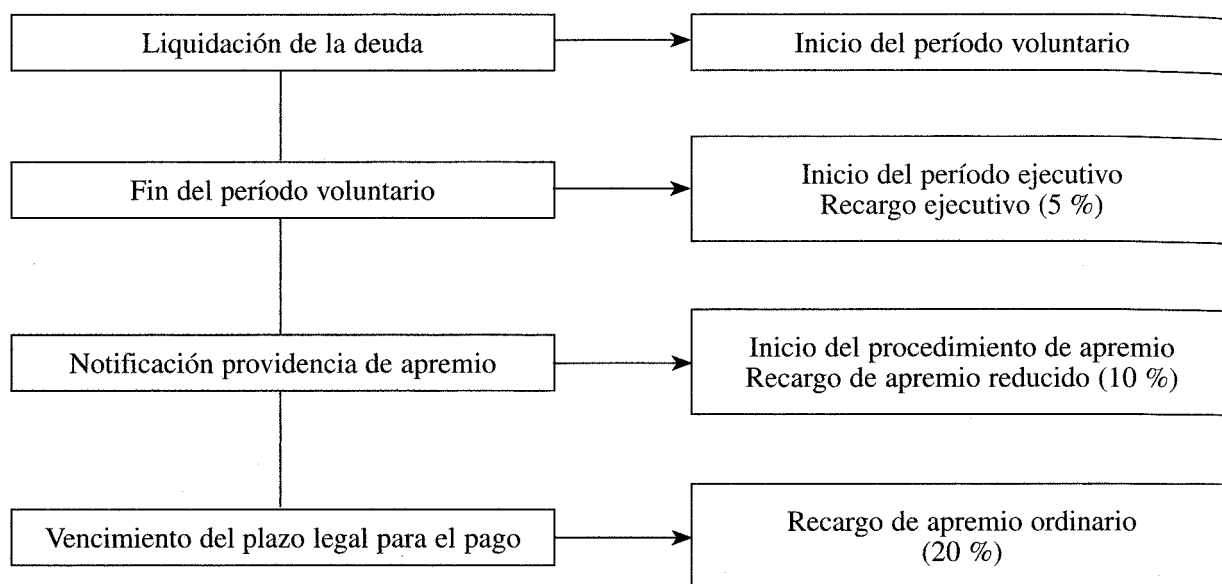
Un efecto singular de la notificación de la providencia de apremio es que de manera automática la deuda se incrementa en un porcentaje variable, como consecuencia de los recargos de apremio —arts. 28 y 62.5 LGT—: un 10 por 100 si se satisface la totalidad de la deuda y el propio recargo en el plazo indicado en la providencia (*recargo de apremio reducido*); y un 20 por 100 en caso contrario (*recargo de apremio ordinario*). Interesa notar que este recargo no constituye una multa coercitiva —véase, más adelante, apdo. 7.3—, ni tampoco una sanción —STS 20-9-1984, RJ 4.564— y por tanto que su imposición no está reservada a la ley, pudiendo exigirse automáticamente sobre cualquier deuda líquida en descubierto. La iniciación del procedimiento también supone que, a partir de ese momento, la deuda comienza a devenir el interés legal del dinero, conforme al tipo que cada año establece la Ley de Presupuestos Generales del Estado —art. 26 LGT—.

El *embargo* es una medida cautelar con la que la Administración se asegura el crédito «trabando» los bienes del obligado, por cuantía suficiente para cubrir el importe total de la deuda, incrementado con el recargo y los intereses que procedan

—art. 169 LGT—. A efectos de este embargo debe seguirse necesariamente una prelación —art. 169 LGT— con la que se pretende preservar el principio de *favor libertatis*: primero, el dinero en efectivo o disponible en cuentas abiertas en entidades financieras; después, créditos y valores; a continuación, sueldos o pensiones; seguidamente, bienes inmuebles; etc. Algunos bienes son inembargables, como el salario mínimo interprofesional —art. 27.2 ET—.

Una vez embargados los bienes, son valorados por la Administración, dándose al embargado la posibilidad de participar en esta valoración. Tras la agrupación de bienes en «lotes» homogéneos —art. 99 RGR—, se procede a su enajenación mediante subasta, concurso o adjudicación directa —art. 172 LGT y art. 100 RGR—. Una vez enajenados los bienes, el importe obtenido se aplica al pago de los débitos perseguidos y a las costas generadas por el procedimiento.

FIGURA 13

Recargos del período ejecutivo

7.2. EJECUCIÓN SUBSIDIARIA

Mediante este medio de ejecución la Administración (o un tercero por encargo de ésta) sustituye al sujeto obligado en el cumplimiento del acto, pero a costa del obligado —art. 102.2—. Como señalara la doctrina clásica (MAYER, MERKL), la principal característica de la ejecución subsidiaria, frente a otros medios más agresivos (como la multa coercitiva o la compulsión sobre las personas, que se tratan seguidamente) es que no se aparta del contenido del acto ni añade al mismo ningún elemento agravatorio, sino que es el mismo acto administrativo el que se lleva a puro y cumplido efecto, con la mera alteración subjetiva de ser sustituido el destinatario del acto por otra persona. En propiedad, la ejecución subsidiaria se limita a transformar la obligación inicial en otras dos: la de soportar la actuación de otro sujeto (la Administración o un tercero designado por ésta) y la de pagar los gastos de la operación (REBOLLO PUIG).

En cuanto a su ámbito de aplicación, la ejecución subsidiaria procede en casos en que se impongan *obligaciones de hacer que no resulten de carácter personalísi-*

mo, esto es, que no necesiten ser desarrolladas específicamente por el obligado, y pueda llevarlas a término cualquier sujeto —art. 102.1 LPAC—. Los actos típicos para la ejecución subsidiaria son las órdenes y requerimientos que imponen o declaran obligaciones concretas de hacer o soportar. Ahora bien, la jurisprudencia tiene declarado que debe tratarse de obligaciones suficientemente precisas o concretas (STS 14-4-1998, Ar. 2.798), pues de lo contrario la indeterminación o indefinición de la prestación comportaría la invalidez del acto, incluso su nulidad por contenido imposible —art. 47.1.c)—.

Aun cuando se contempla expresamente en algunas normas sectoriales (caso del art. 107.4 Ley de Costas), la ejecución subsidiaria no precisa de una norma especial habilitante, puesto que se circunscribe —como se ha señalado antes— al contenido propio del acto, de modo que la previsión general de la LPAC es suficiente.

Aun cuando ya se ha señalado antes que la obligación objeto de ejecución debe ser precisa, de ordinario requerirá una actividad técnica y jurídica de concreción de la actividad material a realizar (p. ej., encargar un proyecto técnico, decidir formas de ejecución). La Administración puede ejecutar el acto por sí misma, a través de sus medios y servicios, o bien encargar a un tercero esta tarea, sin que el sujeto obligado intervenga en la selección del ejecutor subsidiario, de modo que no debe dársele audiencia. En todo caso, como tiene declarado la jurisprudencia, la actividad material a realizar mediante ejecución subsidiaria debe contraerse de modo estricto al contenido del acto, sin variaciones ni ampliaciones, que supondrían un exceso ilegal (SSTS 14-11-1986, Ar. 402 de 1987; 28-9-1998, Ar. 6.952; 12-11-1998, Ar. 8.009).

Una vez ejecutado el acto, la Administración fijará la cantidad a abonar por el sujeto obligado, para que cubra el importe de los gastos, daños y perjuicios ocasionados por su falta de cumplimiento voluntario del acto. La jurisprudencia entiende que en este procedimiento sí debe darse audiencia al interesado.

Tales gastos se erigen, además, en deudas de derecho público, que pueden ser exigidas conforme al procedimiento de apremio sobre el patrimonio.

Con la finalidad de garantizar a la Administración la financiación de la ejecución subsidiaria, la LPAC —art. 102.4— permite a la Administración liquidar con carácter provisional dicho importe y utilizar la vía de apremio con carácter previo a la ejecución subsidiaria, y todo ello a reserva de la liquidación definitiva. En este caso, se invierten los dos pasos anteriores, es decir, la Administración cobra anticipadamente los gastos y después ejecuta subsidiariamente el acto.

Existe un ejemplo pintoresco, conocido como el *caso de los cocheros de Córdoba*. La Administración obligó a instalar un artilugio que recogía los excrementos de las caballerías que tiraban de los coches turísticos autorizados a circular por la ciudad. La acumulación de las heces provocaba un hedor que retraía a los potenciales clientes. Los cocheros se negaron a instalar los artilugios y prestaban el servicio sin ellos. La Administración se incautó de los caballos, custodiándolos en las cuadras municipales. Posteriormente, giró el correspondiente procedimiento en orden a resarcirse de los gastos de manutención que provocaron los equinos durante el tiempo que permanecieron en las cuadras municipales.

7.3. MULTA COERCITIVA

La multa coercitiva consiste en ejercer presión económica sobre el sujeto obligado, es decir, la Administración le conmina a ejecutar el acto con la advertencia de que en caso contrario deberá abonar una cantidad líquida adicional. Se trata, por tanto, de

presionar, de forzar al obligado para que realice la prestación mediante un estímulo negativo de carácter económico. Opera para la ejecución de los siguientes actos, que la LPAC —art. 103.1— regula con carácter novedoso:

a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado, como es el caso de las obligaciones personalísimas de hacer —p. ej., cuando conste que un ciudadano padece una enfermedad altamente contagiosa, se le ordene su ingreso en un centro sanitario para su aislamiento, y no se conozca su paradero—.

b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente —p. ej., una orden de desalojo que pueda provocar graves altercados públicos—.

c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona, es decir, que no sean personalísimos. La doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) critica su utilización en este supuesto, porque el principio de proporcionalidad exige la aplicación de un medio de ejecución menos gravoso para el particular, como es la ejecución subsidiaria, salvo que la norma de rango legal habilitante imponga necesariamente la multa coercitiva.

La multa coercitiva será *adicional e independiente* de la obligación original que pesaba sobre el sujeto, y que, por tanto, que se suma, no sustituye, a la obligación inicial. Las multas coercitivas pueden ser reiteradas por lapsos de tiempo, separados por plazos razonables de ejecución —art. 103 LPAC—. Cuanto más se demore el particular, mayor será la deuda contraída frente a la Administración. Como el Tribunal Constitucional ha afirmado —STC 239/1988—, la multa coercitiva a pesar de su equívoca denominación legal («multa»), no es una sanción administrativa, no es una multa-sanción, puesto que no persigue un fin represivo o retributivo, sino que se trata de una medida de constreñimiento (en contra, HUERGO), siendo por tanto independiente de las sanciones que puedan imponerse y compatible con ellas —art. 103.2 LPAC—. Al no tratarse de un supuesto de Derecho administrativo sancionador no se encuentra afectado por el riguroso régimen jurídico que resulta exigible en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sino únicamente por los principios aplicables a la ejecución forzosa de los actos administrativos. Por esta razón, la multa coercitiva no se le aplica el principio *ne bis in idem*, de modo que puede ser reiterada, es decir, pueden imponerse dos o más multas coercitivas por incumplimiento de un mismo acto, y es, además, independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas —art. 103.2 LPAC—.

Dado que —como se ha señalado— la multa coercitiva impone al destinatario del acto una obligación nueva y distinta a la ordenada en el acto, para la aplicación de este medio es precisa una cobertura legal específica. Así, el art. 103.1 LPAC impone una reserva de ley sobre los supuestos de multa coercitiva, que deberán preverse singularizadamente en leyes específicas, sin que baste la regulación genérica que lleva a cabo la Ley 39/2015. Ahora bien, dado que las multas coercitivas no son sanciones, no se aplica el principio de legalidad en materia sancionadora —art. 25.1 CE—, sino el principio genérico de legalidad administrativa —art. 103.1 CE, razón por la cual el incumplimiento del mismo no está cubierto por el recurso de amparo. Cuestión distinta es si la referencia de la LPAC a las «leyes» debe entenderse en sentido formal, o si bastaría una norma reglamentaria. La doctrina más autorizada considera la naturaleza de este medio de ejecución exige que se prevea en una Ley formal (FERNÁNDEZ, BOCANEGRA, SANTAMARÍA, PARADA).

De otro lado, la Ley debe fijar, al menos, los límites de la cuantía de la multa coercitiva, lo cual suele hacerse en proporción a la cuantía de la multa-sanción que corresponde por el mismo hecho. Así, la Ley de Aguas, RDLvo. 1/2001 —art. 119—, establece que la cuantía de cada multa no superará, en ningún caso, el 10 por 100 de la sanción máxima fijada para la infracción cometida. Por su parte, la Ley 22/1988 de Costas —art. 107.3—, y la Ley 37/2015 de Carreteras —art. 43.2— establecen que la cuantía de cada multa no superará el 20 por 100 de la multa fijada por la infracción cometida. Asimismo, es posible que se impongan varias multas coercitivas sucesivas, por períodos reiterados de tiempo, hasta que el destinatario cumpla efectivamente el acto; p. ej., el art. 111 de la Ley 38/2015, del Sector Ferroviario, establece que, quienes reciban una sanción, prosigan la conducta infractora y no atiendan el requerimiento de cese, pueden ser objeto de multas coercitivas por el 10 por 100 de la sanción, reiterables por lapsos «suficientes para cumplir lo ordenado». Por ejemplo, si se sanciona a una empresa ferroviaria con una sanción de 100.000 euros por incurrir en la infracción muy grave de no disponer de responsable de seguridad en la circulación, y no cumple la orden de designar a dicho responsable o interrumpir el servicio, la Administración puede decidir imponerle una multa coercitiva de 10.000 euros por cada mes que transcurra sin obedecer a lo ordenado: cuando se imponga la primera multa coercitiva el particular deberá 110.000 euros, al mes siguiente 120.000 euros y así sucesivamente hasta que ejecute la orden.

Como se ha visto antes, la LPAC —art. 103.1— remite a las normas sectoriales la «forma», es decir, el procedimiento a seguir. En todo caso, debe entenderse que la Administración está obligada a conceder al sujeto obligado un plazo razonable, suficiente, antes de imponer y reiterar la multa. En caso de reiteración, hay que entender que cada multa coercitiva debe ir precedida de un nuevo apercibimiento y de un nuevo plazo para su cumplimiento, si bien es admisible que en el mismo acto de imposición de la multa coercitiva antecedente se contenga expreso apercibimiento al efecto, confiriendo un plazo suficiente de cumplimiento. En todo caso, al no tratarse de una sanción no se aplican las reglas del procedimiento sancionador. Por otra parte, si no abona voluntariamente estas cantidades puede ser a su vez objeto de un procedimiento de apremio.

7.4. COMPULSIÓN SOBRE LAS PERSONAS

Consiste en la coerción no ya económica sino física del sujeto obligado. Este medio está restringido —art. 104.1 LPAC— a las obligaciones personalísimas de no hacer o soportar (p. ej., impedir la circulación o acceso a una vía pública, una inmovilización momentánea, un desahucio administrativo, una vacuna obligatoria en caso de riesgo de epidemia...). En cambio, si se trata de una obligación personalísima de hacer y no se realiza la prestación, se entiende que no es aplicable este medio de ejecución forzosa, pues se considera incompatible con el respeto debido a la dignidad de la persona. En estos casos de obligaciones personalísimas de hacer podrá aplicarse la multa coercitiva y, en última instancia, se procederá a su conversión en una obligación pecuniaria (liquidación de los daños y perjuicios), que puede ser ya ejecutada por la vía de apremio.

Debido a la incidencia directa de este medio de ejecución sobre el derecho constitucional a la libertad, precisa que esté autorizado expresamente por una Ley —art. 104.1—. Además, esta cobertura legal es más exigente que en el caso anterior, pues en principio rige una reserva de Ley Orgánica. Así, la Ley Orgánica de 3/1986,

de medidas especiales en materia de salud pública, contempla la posibilidad de imponer tratamientos sanitarios obligatorios. Pero la norma más importante en este tipo de actuaciones es la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana: habilita a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia —art. 17—; y habilita a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento —art. 18.1—, así como a realizar registros corporales externos —art. 20.1—. No obstante, también existen previsiones de compulsión sobre las personas en leyes ordinarias: la Ley de Expropiación Forzosa —art. 54— contempla el desahucio o lanzamiento de los ocupantes de las fincas expropiadas.

Debido a su carácter general, la LPAC —art. 104.1— únicamente dispone que debe procederse siempre con el respeto debido a la dignidad y a los derechos constitucionales, precepto éste perfectamente obvio, pues la Constitución no precisa que una ley recuerde sus normas —art. 10.1 CE—. Ahora bien, dada la singular incidencia de este medio, se entiende que, en principio, debe ser utilizado directamente por la Administración, y no a través de terceros —art. 85.2 LRBRL—, y, además, en principio, las personas al servicio de la Administración que realicen estos actos deben tener la condición de funcionarios públicos —art. 9.2 EBEP—. En todo caso, el exceso en el uso de la fuerza, por desproporción de la misma, dará lugar a la obligación de resarcimiento de los daños causados, a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Con arreglo a lo antedicho, los diferentes medios de ejecución forzosa de los actos administrativos se resumen así:

FIGURA 14

Medios de ejecución forzosa

MEDIO	ACTO A EJECUTAR	REQUISITOS	ESPECIFICIDADES
Apremio sobre patrimonio (art. 101)	Entrega de cantidades líquidas (cualquier deuda de Derecho público).	Regulados en el Reglamento General de Recaudación: prelación en embargo.	<ul style="list-style-type: none"> • Recargos automáticos en la cuantía de la deuda si no se abona en período voluntario. • Causas tasadas de recurso.
Ejecución subsidiaria (art. 102)	Obligaciones no dinerarias, no personalísimas.	Ninguno en especial.	Los gastos que genere serán de cuenta del particular.
Multa coercitiva (art. 103)	Cualquiera: consiste en imponer el pago de una cantidad por incumplimiento de cualquier acto.	<ul style="list-style-type: none"> • Reserva de ley. • No es una sanción, no exige tramitar un procedimiento sancionador. 	Puede reiterarse por lapsos de tiempo, hasta alcanzar cumplimiento.
Compulsión sobre las personas (art. 104)	Obligaciones de no hacer o soportar carácter personalísimo.	Reserva de ley.	Debe ser realizada por la Administración (funcionarios públicos) y no particulares o terceros.

8. LA DENOMINADA VÍA DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN

La vía de hecho se produce cuando los poderes públicos realizan una ejecución material —ocupación de una finca, demolición de un tabique o de un edificio, etc.— que carece de soporte jurídico bastante, por incurrir en alguno de los vicios siguientes (todos ellos aparecen sintetizados en las SSTS 25-10-2011, Rec. 2.307/2010; 29-10-2010, Rec. 1.052/2008; y 22-9-2003, RJ 6.433):

1.º *Inexistencia de un acto* administrativo previo. Es el caso, relativamente frecuente y citado ya en otras ocasiones, de ocupación excesiva de suelo con ocasión de la construcción de una obra pública de grandes dimensiones: aeropuertos, carreteras, etc. También, el embargo girado contra la cuenta de quien no es deudor de la cantidad a ejecutar por vía de apremio.

2.º *Nulidad radical del acto* administrativo que se ejecuta por encontrarse viciado de incompetencia material o territorial, o infracción total y absoluta de procedimiento, en los conocidos términos del art. 47.1 LPAC. Alguna jurisprudencia afirma que, si existe una mínima actividad formal de la Administración, no cabe apreciar vía de hecho, reduciendo el concepto a los supuestos de ejecución material carentes de todo soporte formal (así, STSJ C-LM 6/2001, de 27 de enero); por el contrario, la doctrina mayoritaria es que el vicio de nulidad radical por infracción total y absoluta del procedimiento supone una vía de hecho aunque se hayan realizado algunos trámites formales por la Administración: p. ej. las SSTS 18-10-2000, RJ 9108; y 25-10-2011, Rec. 2.307/2010, que afirma: «a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente, viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 de la Ley 30/1992 [equivalente al art. 39.1 LPAC]».

3.º *La ejecución del acto es más amplia* de lo que permitía el acto mismo. Por ejemplo, se procede a un embargo por 10.000 euros cuando el acto a ejecutar contemplaba sólo 1.000 euros.

En consecuencia, podemos distinguir la vía de hecho según el origen del vicio que la provoca:

FIGURA 15

Clases de vía de hecho según el origen del vicio

Momento en que se produce el vicio	Consecuencia del vicio
Anterior al acto administrativo a ejecutar	No existe el acto que se pretende ejecutar
Intrínseco del acto administrativo a ejecutar	El acto es nulo de pleno derecho por dos causas tasadas: <ul style="list-style-type: none"> • Incompetencia material o territorial • Infracción total y absoluta del procedimiento
Posterior al acto administrativo a ejecutar	La ejecución del acto es más amplia de lo que el propio acto permite

En todos estos casos la Administración pierde su situación de preeminencia frente a los sujetos privados, y en particular el de ejecutoriedad de los actos administrativos

—o autotutela en primera potencia—, por lo que la Administración no se encuentra legitimada para emprender la ejecución forzosa de tales actos en el caso de que los interesados no se avengan a su cumplimiento voluntario.

Tradicionalmente se podía impugnar la vía de hecho ante el orden jurisdiccional civil, mediante unos recursos preferentes y sumarios antiguamente llamados *interdictos* y que en la actualidad se tramitan mediante el *juicio verbal* —art. 250 LECiv.—; ahora bien, siguiendo las recomendaciones de la doctrina (LÓPEZ MENUDO) el art. 25.2 LJCA permitió la interposición de recursos contencioso-administrativos contra la vía de hecho. No obstante, la doctrina mayoritaria (LAVILLA RUBIRA, GONZÁLEZ PÉREZ) consideró que ello no impedía que los particulares ejercieran acciones en vía judicial civil. Sin embargo, la jurisprudencia civil menor (Audiencias Provinciales) ha venido rechazando las acciones desde entonces, acogiendo el argumento doctrinal de que las materias atribuidas a un orden jurisdiccional quedan automáticamente excluidas del conocimiento de los demás (LEGUINA VILLA, GÓMEZ DÍAZ, GONZÁLEZ-VARAS), de tal manera que la justicia interdictal civil ha fenecido sin derogación expresa ni pronunciamiento específico del Tribunal Supremo (LÓPEZ MENUDO); por tanto, en la actualidad, contra la vía de hecho sólo procede recurrir en la vía contencioso-administrativa.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

Además de las obras generales sobre el acto administrativo referenciadas en el Tema 15, pueden verse:

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990.
- ANDRÉS PÉREZ, M. R.: *La notificación y publicación de los actos administrativos*, Bosch, Barcelona, 2006.
- BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.
- BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- BELINDO GARÍN, B.: *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2008.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *El acto ejecutivo. Origen y evolución de una categoría central del Derecho administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: «La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos», *REDA*, n.º 152, 2011.
- BOQUERA OLIVER, J. M.ª: «Insusceptibilidad de suspensión de la eficacia del acto administrativo», *RAP*, núm. 135, 1994.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L.: *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, IVAP, Oñati, 2004.
- COBO OLVERA, T.: *La notificación de los actos administrativos y disposiciones generales*, Fundación Asesores Locales, 2011.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Notificaciones administrativas por edictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DEL SAZ CORDERO, S.: «La crisis de la autotutela en los actos administrativos y su auge en los actos privados», *RAP*, n.º 129, 1992.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. J. y CASTILLO VÁZQUEZ, I. C.: *Manual de las notificaciones administrativas*, Civitas, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F.: «Autotutela ejecutiva y control judicial en la entrada en domicilios», *RAP*, n.º 198, 2015.
- GALLARDO CASTILLO, M. J.: «Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», *RAP*, n.º 171, 2006.

- GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas. Y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GÓMEZ DÍAZ, A. B.: «Recurso contra vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática», *RAP*, núm. 151, 2000.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994.
- LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública: fundamento constitucional y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991.
- LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública. Fundamento constitucional y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991.
- LÓPEZ MENUDO, F.: *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.
- «Fin de la tutela sumaria de la posesión —interdictos— frente a la Administración Pública (El atípico final de una larga polémica)», en VV.AA.: *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- MESSEGUER YEBRA, J.: *La vía de hecho como objeto del proceso contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2002.
- Los interdictos contra las actuaciones de la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2002.
- NÚÑEZ RUIZ, M. J.: *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento ordinario*, Montecorvo, Madrid, 1994.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: *La eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1988.
- REBOLLO PUIG, M.: «La ejecución subsidiaria de los actos administrativos», *Nuevas perspectivas del Régimen Local, Estudios en homenaje al prof J.M.^a Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- RODRÍGUEZ MORO, N.: *La ejecutividad del acto administrativo*, IEAL, Madrid, 1949.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- RUIZ LÓPEZ, M. A.: *La potestad de desahucio administrativo*, INAP, Madrid, 2012.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L.: *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.
- SEVILLA MERINO, I.: *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Civitas, Madrid, 1992.
- TARDÍO PATO, J. A.: «El interdicto de obra nueva frente a las Administraciones Públicas a la luz de la LECiv 2000», *RAP*, n.º 154, 2001.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones», *JA*, n.º 16, 2002.



BLOQUE TEMÁTICO 5

**REVISIÓN DE ACTOS, RECURSOS
Y RECLAMACIONES
EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL**

TEMA 17

REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. **CUADRO GENERAL DE LA REVISIÓN DE ACTOS
POR LA ADMINISTRACIÓN**

Las Administraciones Públicas pueden revisar unilateralmente sus propios actos, tanto los de naturaleza estrictamente administrativa como los que dicta en materia civil o laboral. La revisión de los actos es una potestad administrativa conocida como autotutela declarativa en segunda potencia (GARCÍA DE ENTERRÍA), y resulta exponente de los privilegios de la Administración, quien en los casos y con los requisitos que comentaremos no deberá acudir al juez para destruir una situación jurídica preexistente, pudiendo hacerlo por sí misma. La finalidad común de todas las vías previas en que la Administración Pública puede revisar sus propios actos es la conciliadora, esto es, la de evitar litigios (CLAVERO ARÉVALO).

Existen grandes diferencias que distinguen la revisión de actos por la Administración y por los tribunales de justicia. Sus principales rasgos distintivos pueden resumirse así:

FIGURA 1

Diferencias entre recursos administrativos y judiciales

	Vía administrativa	Vía judicial
Órgano que resuelve	Administrativo	Judicial (juzgado o tribunal)
Naturaleza de la revisión	<i>Procedimiento</i> administrativo	<i>Proceso</i> judicial
Resultado de la revisión	Acto administrativo (resolución)	Sentencia
Normas de aplicación	Legislación reguladora de los procedimientos administrativos (principalmente, LRJPAC)	Legislación reguladora de los procesos judiciales (principalmente, LJCA)

Es tremendamente importante no confundir conceptualmente ambas vías, pues su naturaleza jurídica es radicalmente distinta. Así, no puede decirse que la Administración, al resolver un recurso, dicta sentencia, pues este término se encuentra reservado a la revisión en vía judicial.

El carácter de privilegio de la revisión de oficio también se plasma en el hecho de que los particulares, en muchos casos, no pueden recurrir los actos que dicta la Administración directamente ante los tribunales de justicia —ni en vía contencioso-administrativa, ni en vía civil o laboral—, sino que previamente deben iniciar uno de estos procedimientos de revisión de actos. Ahora bien, existen muy diversos tipos de procedimientos de revisión de actos, cuyos requisitos también difieren, cuestión que nos ocupa tanto en este Tema como en los dos siguientes. Para mayor claridad expositiva, podemos resumir con esta tabla la tipología de procedimientos de revisión de actos:

FIGURA 2

Tipos de procedimiento de revisión de actos

REVISIÓN EN SENTIDO ESTRICTO	Declaración de nulidad (art. 106 LPAC)	
	Declaración de lesividad (art. 107 LPAC)	
	Revocación de oficio (art. 109 LPAC)	
RECURSOS ADMINISTRATIVOS GENERALES	Recursos ordinarios	Recurso de alzada (art. 114 LPAC)
		Recurso de reposición (arts. 21 y 22 LPAC)
	Recurso extraordinario de revisión (arts. 113 y 126 LPAC)	
RECURSOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES	Reclamaciones económico-administrativas, recursos especiales en materia de adjudicación de contratos, etc.	

2. LA REVISIÓN EN SENTIDO ESTRICTO: CONCEPTO Y RÉGIMEN GENERAL

Denominamos revisión en sentido estricto a los procedimientos que permiten a la Administración eliminar por sí misma un acto administrativo que no ha sido recurrido por los interesados. La particularidad que ello supone se acrecienta por el hecho de que la Administración puede ejercer esta potestad tanto en los casos en que el acto administrativo es inválido, como en los casos en que es perfectamente válido, si bien con procedimientos y requisitos diferentes. El ejercicio de esta potestad de revisión introduce siempre una tensión entre diferentes principios jurídicos:

— El *principio de legalidad* —art. 9.3 CE—, en cuya virtud los actos inválidos que dicte la Administración deberían desaparecer del escenario jurídico: supone un argumento a favor de la potestad de revisión.

— El *principio de seguridad jurídica* —asimismo, art. 9.3 CE—, que respalda el mantenimiento de situaciones jurídicas ya consolidadas, incluso si fueran inválidas, sin que puedan modificarse salvo pronunciamiento judicial: supone un argumento en contra de la revisión en vía administrativa.

— El *principio de confianza legítima* —art. 3.1 LRJPAC—, que aplicado al ámbito que ahora nos concierne, pretende proteger a los ciudadanos que descansan en la creencia de que la Administración ha actuado legalmente y de que mantendrá las situaciones generadas por esa actuación: constituye un argumento en contra de la revisión de actos en vía administrativa.

La tensión subyacente entre todos estos principios se resuelve de manera diferente según sea la gravedad del vicio en que incurra el acto administrativo que pretende revisarse —actos válidos, nulos o anulables—, y también según que el acto sea favorable o desfavorable —declarativo o restrictivo de derechos—, dando lugar a las siguientes combinaciones de elementos:

— Si el acto es favorable y nulo de pleno derecho, la infracción del ordenamiento jurídico es tan grave que la Administración puede revisarlo unilateralmente, mediante el procedimiento que conocemos como *revisión de oficio*. Prevalece el principio de legalidad.

— Si el acto es favorable y anulable, la Administración puede iniciar un procedimiento de revisión denominado *declaración de lesividad*, que exige posteriormente una ratificación judicial. Prevalece el principio de seguridad jurídica.

— Si el acto es favorable y válido, conforme a la Ley la Administración no puede revisarlo libremente, aunque la jurisprudencia permite que lo haga por razones de oportunidad debidamente justificadas, mediante el procedimiento de *revocación de oficio*, exigiendo en este caso que se indemnice al particular por la privación de su derecho. Prevalece el principio de confianza legítima.

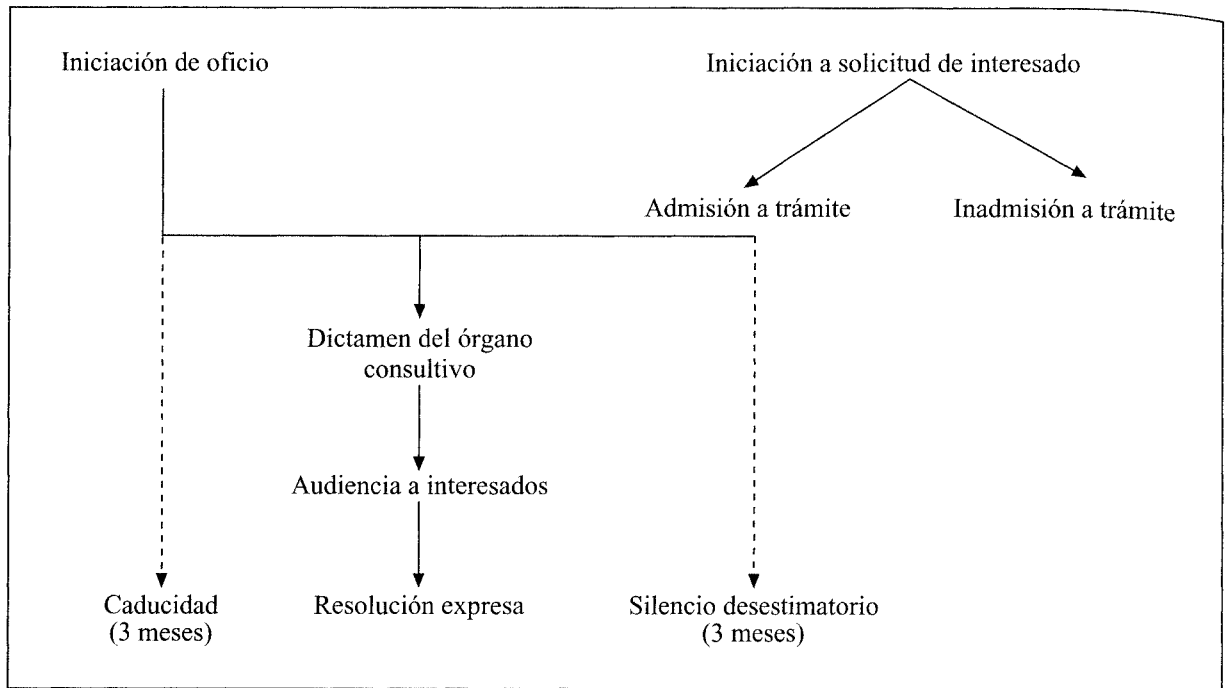
— Si el acto es desfavorable, la Administración puede revisarlo libremente en cualquier momento —salvo algunas excepciones que después se dirán— mediante el procedimiento denominado *revocación de oficio*. Todos los principios en tensión se reconcilian armónicamente.

Siendo éste el esquema teórico general, el art. 110 LPAC establece unos límites adicionales que son aplicables a todos los procedimientos de revisión de actos administrativos: «Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». Esto impide, entre otras cosas, la revisión de oficio de actos administrativos favorables ilegales cuando hubiera transcurrido un largo período de tiempo desde su producción; por ejemplo, si un estudiante fue admitido incorrectamente en una Facultad, no debe anularse su matrícula inicial y las calificaciones de todas las pruebas en que hubiera participado si ya han transcurrido varios años desde su admisión y ha superado satisfactoriamente un número significativo de asignaturas (STSJ And. 3-7-205, Rec. 324/2015); o también, en el caso de anularse el otorgamiento de una subvención administrativa, no cabe exigir la devolución de su importe si ya ha transcurrido un amplio plazo de tiempo (STS 14-7-2015, Rec. 2.223/2014).

La tramitación de estos procedimientos se produce conforme a las reglas generales del Título VI de la Ley —procedimiento general de gestión, que ya conocemos—. El art. 108 establece unas reglas específicas en relación con la *suspensión* de los actos que sean objeto de revisión —que tuvimos ocasión de estudiar en el Tema 16—, así como existen otras especialidades adicionales, relativas a cada uno de los procedimientos de revisión, que serán señaladas a lo largo de la exposición.

FIGURA 3

Procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos declarativos de derechos



3. LA REVISIÓN DE OFICIO O DECLARACIÓN DE NULIDAD

El *objeto* de este procedimiento —art. 106 LPAC— es la declaración de nulidad de actos definitivos —no los de trámite—, que hayan devenido firmes o que hayan agotado la vía administrativa —sobre los actos que agotan la vía administrativa véase el Tema 15, epígrafe 3.5—. También pueden ser declarados nulos los reglamentos o disposiciones administrativas generales —art. 106.2—, previsión aportada por la Ley 4/1999 acogiendo el sentir tradicional de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTA-MARÍA PASTOR, GONZÁLEZ PÉREZ), toda vez que no se observan razones para excluir a los reglamentos de la declaración de nulidad, en atención a los principios de legalidad y seguridad jurídica que vinculan a la Administración (ALONSO GARCÍA). El *motivo* por el que puede iniciarse este procedimiento es que el acto o la disposición de referencia adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho —art. 47.1 LPAC—.

Debido, precisamente, a la gravedad del vicio para el que se prevé este mecanismo de revisión de oficio, no existe *plazo de iniciación* del procedimiento: como sabemos, un rasgo consustancial a la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos es el de su imprescriptibilidad, esto es, la inexistencia de plazos de impugnación. Esa nota conceptual de la nulidad hace referencia, concretamente, a la revisión de oficio de actos nulos, pues los recursos administrativos se encuentran *siempre* sujetos a plazos prescriptibles de interposición, aunque el vicio que se alegue por el recurrente sea de nulidad de pleno derecho. Por el contrario, la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho no se encuentra limitada por plazo alguno, pudiendo iniciarse el procedimiento en cualquier momento. En este sentido, la STS 26-4-2001, Rec. 1.229/1996, recuerda expresamente que no puede interponerse *sine die* un recurso administrativo alegando la incursión del acto en vicios de nulidad radical, pero en

cambio, la inexistencia de plazo de impugnación sí es predicable en vía de acción de nulidad. La utilización del excepcional remedio de la anulación en vía administrativa no puede servir cuando no hay nulidad de pleno derecho de los actos, para reabrir plazos fenecidos, lo que supondría quebrar el principio de seguridad jurídica (STS 25-1-2005, Ar. 1936).

La *iniciación del procedimiento* puede producirse de oficio. Para la iniciación de oficio basta que el órgano competente dicte un acuerdo de iniciación. Pero una singularidad de este procedimiento de revisión es que también puede ser iniciado a instancia del particular, cuando se trate de declarar la nulidad de actos —la declaración de nulidad de reglamentos sólo puede iniciarse de oficio—. Para la iniciación a instancia de parte debe presentarse un escrito, que recibe el calificativo de *acción o reclamación* de nulidad de pleno derecho. El escrito debe cumplir los requisitos generales que establece el art. 66 LPAC en relación con las solicitudes de iniciación, si bien los formularios con los que se elaboran estos escritos difieren de los que se utilizan para presentar solicitudes genéricas.

La LPAC no establece con carácter básico cuál es el *órgano competente para resolver*. Para solventar el vacío legal se entiende que, como regla general, este órgano será el mismo que la Ley determina en relación con la declaración de lesividad, que veremos un poco más adelante. Pero en relación concretamente con la Administración del Estado, el art. 111 LPAC (no básico) dispone que serán competentes para resolver todos los procedimientos de revisión de oficio:

a) El Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y disposiciones y los dictados por los Ministros.

b) Los Ministros, respecto de los actos dictados por los Secretarios de Estado y los órganos directivos del Ministerio no dependientes de una Secretaría de Estado.

c) Los Secretarios de Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos dependientes de ellos.

d) En relación con los organismos públicos:

1. Cuando el acto hubiera sido dictado por el máximo órgano rector del organismo, resolverá el concreto órgano del Ministerio al que esté adscrito el organismo (normalmente, el Ministro o un Secretario de Estado).

2. Cuando el acto hubiera sido dictado por órganos inferiores, resolverá el máximo órgano rector del organismo.

El *procedimiento* a seguir cuenta con un trámite preliminar de admisión, en cuya virtud el órgano competente para resolver el procedimiento puede inadmitir la acción presentada a instancia de parte en los siguientes casos: a) Cuando no se base en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho recogidas en el art. 47.1; b) Cuando carezca manifiestamente de fundamento (p. ej., STS 25-3-2015, Rec. 1.383/2013); y c) Cuando ya se hubieran desestimado con anterioridad en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. La inadmisión es un mecanismo de terminación del procedimiento que no llega a recoger un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pero rechaza la petición del particular. Este trámite de admisión se dirige a reducir el número de procedimientos en tramitación, evitando que los particulares abusen instrumentalmente de esta vía de impugnación.

El procedimiento establece la necesidad de recabar *dictamen, preceptivo y vinculante, del cuerpo consultivo*: el Consejo de Estado o el Consejo Consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según los casos. Es preciso destacar que en este

caso el dictamen no sólo es preceptivo, sino además vinculante: como afirma la Ley, para declarar la nulidad del acto se precisa dictamen *favorable* del cuerpo consultivo, de manera que, si el dictamen fuera desfavorable, la Administración no podrá declarar nulo el acto.

Si recae *resolución expresa que declare la nulidad del acto*, los efectos de esta declaración serán *ex tunc* —retroactivos—, eliminándose el acto administrativo como si no hubiera llegado a existir; por consiguiente, devendrían inválidas todas las consecuencias anudadas al acto eliminado. La Administración puede reconocer directamente en la resolución de este procedimiento una indemnización por daños y perjuicios al particular que se hubiera visto afectado por el acto declarado nulo, sin que resulte preciso seguir el procedimiento especial de responsabilidad administrativa.

El *plazo de resolución presunta* es de seis meses, habiéndolo ampliado nuevamente la LPAC respecto al de tres meses que se aplicaba con anterioridad, lo que supone un claro retroceso en las garantías de los ciudadanos y no encuentra explicación plausible (toda vez que el plazo puede suspenderse en tanto que se recaba el dictamen del cuerpo consultivo). Según previsión expresa del art. 106.5, los *efectos de la resolución presunta* serán desestimatorios —silencio negativo— cuando el procedimiento se haya iniciado a instancias del interesado; si lo inició de oficio la Administración, se producirá caducidad del expediente. Frente a la desestimación —expresa o presunta— de la acción de nulidad el interesado podrá interponer el recurso que corresponda, en vía administrativa o judicial, en función de que el órgano resolutorio agote o no la vía administrativa. Ahora bien, cuando se impugna la desestimación presunta de la declaración de nulidad, la jurisprudencia contencioso-administrativa, al revisar el asunto, no se pronuncia sobre el fondo, sino tan sólo sobre la procedencia del procedimiento de revisión de oficio, de manera que, en caso de estimar el recurso contencioso-administrativo, se limita a retrotraer las actuaciones e instar a la Administración a resolver expresamente el procedimiento de declaración de nulidad, salvo que exista una evidencia *prima facie* de que concurre causa de nulidad (SSTS 21-5-2009, Rec. 5.283/2006; 13-10-2004, Rec. 6.669/2000; 12-11-2001, Rec. 8288); esta jurisprudencia es vestigio del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa —véase Tema 20, § 5—.

4. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

La declaración de lesividad es el mecanismo con que cuenta la Administración para promover la anulación judicial de un acto administrativo favorable que agote la vía administrativa y adolezca de vicios de anulabilidad —art. 107 LPAC—. La definición anterior incorpora todos los elementos característicos de este procedimiento, que son los siguientes:

— El procedimiento sólo puede iniciarse de oficio. No cabe que un particular ejerza una acción o interponga una reclamación dirigida a este objeto.

— Está indicado para anular *actos favorables* que agoten la vía administrativa. Cuando la Administración desee eliminar un acto desfavorable que adolezca de vicios podrá revocarlo directamente conforme al art. 109 LPAC, sin necesidad de promover el procedimiento de declaración de lesividad, más largo y complejo.

— La anulación no se alcanza en la vía administrativa. El procedimiento de declaración de lesividad es estrictamente administrativo, pero concluye mediante un acto que tan sólo habilita a la Administración a interponer un recurso contencioso-

administrativo contra el acto que pretende anular. La sentencia judicial correspondiente, recaída en un proceso que también llamamos de lesividad, será la que decida la anulación del acto. Con esta retención judicial del asunto se persigue incrementar las garantías de los particulares, evitando que la propia Administración pueda anular actos favorables dictados por sí misma; pero al propio tiempo, se consigue articular un instrumento de eliminación de actos inválidos.

El *procedimiento* se inicia con una *declaración de lesividad*, efectuada por el órgano administrativo competente. Esta declaración es un acto administrativo formal, por el que se declara lesivo para el interés público otro acto administrativo anterior, dictado por la misma Administración Pública. La causa por la que puede declararse lesivo no es sólo económica, sino asimismo social, institucional, etc. Por otra parte, sólo podrán ser declarados lesivos los actos definitivos, no los de trámite —STS de 23 de abril de 1985, RJ 4742—; y en los contratos administrativos, podrán declararse lesivos los actos separables —STS de 5 de julio de 1983, RJ 3976—.

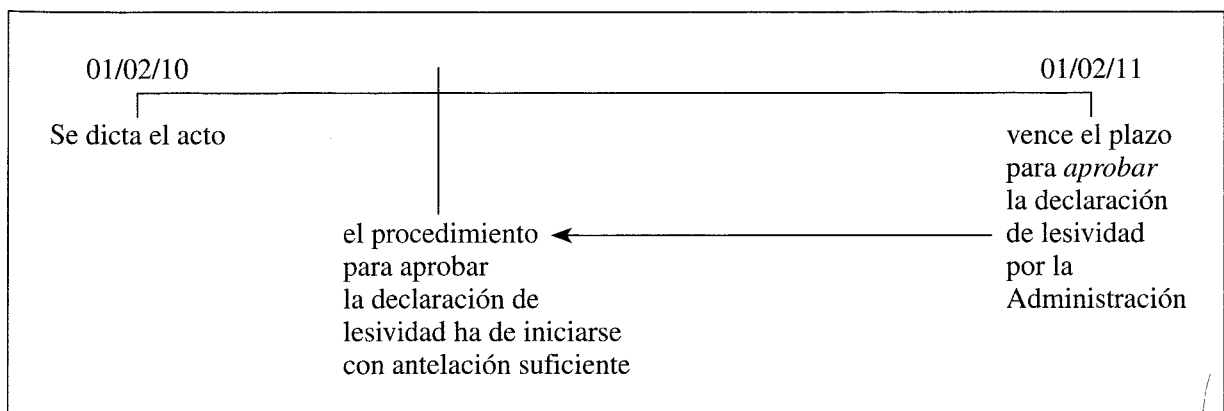
Los apartados 4 y 5 del art. 107 LPAC determinan el *órgano competente* de cada Administración Pública para dictar la declaración de lesividad, efectuando unas previsiones que deben completarse con las contenidas en otras disposiciones:

- a) En la Administración del Estado son competentes los mismos órganos que para la declaración de nulidad.
- b) En las Comunidades Autónomas, el órgano competente en función de sus propias normas de organización.
- c) En las entidades locales no rige el principio de separación de atribuciones entre el Pleno y el Presidente de la Corporación Local, pues en todo caso la competencia para efectuar la declaración de lesividad se atribuye al Pleno —art. 107.5—. Es excepción el régimen de los municipios de gran población, en los que tanto el Alcalde como el Pleno son competentes para la revisión de sus respectivos actos —arts. 123.1.l) y 124.4.m) LRBRL—; aunque la LPAC no reproduzca expresamente esta especialidad, debe considerarse vigente pues la LRBRL es asimismo básica en este punto y tiene carácter de ley especial.

La declaración de lesividad deberá producirse —no iniciarse, sino resolverse—, como máximo en el plazo de cuatro años desde que el acto fue dictado —arts. 103.2 LRJPAC y 56.1 LJCA—; una vez transcurrido este plazo el acto será inatacable:

FIGURA 4

Cómputo del plazo para resolver la declaración de lesividad



El procedimiento tiene una duración máxima de seis meses, que de superarse provocarían caducidad —art. 107.3—. Durante su transcurso ha de concederse audiencia a los interesados —art. 107.2—. La declaración de lesividad no es susceptible de recurso por parte de los interesados, aunque se les pueda notificar la resolución a efectos puramente informativos —art. 107.2—. Una vez declarada la lesividad, comienza el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración —art. 58.5 LJCA—.

FIGURA 5

Diferencias artículos 106-107 LPAC

Clase de actos	Actos Nulos	Actos Anulables
Alcance de la actuación administrativa	La Administración autotutela el interés público	La Administración insta la tutela judicial
Plazo para proceder a la revisión	No prescribe	Prescribe a los cuatro años
Iniciación del procedimiento	De oficio por la Administración y a solicitud de interesado	Exclusivamente de oficio por la Administración
Dictamen de órgano consultivo	Preceptivo y vinculante	Potestativo
Si la Administración considera que el acto es inválido	Lo anula	Declara su lesividad y lo impugna ante la jurisdicción contenciosa
Impugnación del acto resolutorio del procedimiento	Los particulares pueden impugnar la desestimación de la acción de nulidad	Los particulares no pueden impugnar la declaración de lesividad

5. LA REVOCACIÓN DE OFICIO

La técnica de la revocación de los actos administrativos contiene en realidad un régimen jurídico mucho más extenso del que parece desprenderse del art. 109 LPAC, en el que aparece regulada, y conforme al cual «Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico». Este precepto restringe la revocación a la función de eliminar actos desfavorables, normalmente porque incurran en motivos de invalidez no alegados por los interesados en vía de recurso, o porque el acto devino firme sin oposición. Sin embargo, la revocación de los actos administrativos es una técnica con la que también se persiguen otros objetivos distintos, que dependen de los diferentes tipos de revocación existentes en la práctica.

El modo como se articula la revocación es un procedimiento administrativo tremendamente simple, que generalmente corresponde instruir al mismo órgano administrativo que dictó el acto a revocar, y que desemboca en una nueva resolución cuyo contenido dispositivo es revocar el acto previo —sanción, licencia, etc.—. Ante el

silencio de la Ley en este punto, debemos entender que el órgano competente para la revocación de un acto es el mismo que lo dictó, criterio que debe aplicarse incluso en la Administración del Estado aunque el art. 111 LPAC parezca dar a entender que todos los actos de revisión de oficio deben dictarse por los órganos establecidos en dicho precepto, que por el contrario consideramos únicamente aplicable a la declaración de nulidad y a la de lesividad.

5.1. MODALIDADES DE LA REVOCACIÓN DE OFICIO

1.^a El único supuesto que la Ley contempla expresamente es la *revocación de actos administrativos desfavorables o de gravamen*: principalmente, las sanciones y órdenes de policía administrativa. Tales actos no podrán revocarse cuando la revocación constituya dispensa, o exención no permitida por las leyes, y cuando sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico; de darse estas circunstancias el acto podrá revocarse sin mayor trámite. Por ejemplo, con ocasión de la tramitación de un recurso interpuesto por el particular contra una sanción no se observan los vicios que éste aduce, pero se aprecia la concurrencia de otros, que no fueron alegados por el recurrente: la Administración puede dictar un acto revocando la sanción.

2.^a *Revocación de actos declarativos de derechos por razones de oportunidad*, supuesto que, a pesar de no aparecer expresamente en la ley, se produce en la práctica frecuentemente. Por ejemplo, abunda la revocación de licencias urbanísticas por variación del planeamiento —donde pensaba construirse viviendas decide emplazarse una zona verde—. Debe tenerse en cuenta que el particular es aquí titular de un derecho adquirido, en cuyo ejercicio no puede verse inquietado por la Administración. En este caso, la revocación supone la ablación de derechos de contenido patrimonial, y debe indemnizarse. La doctrina es especialmente contestataria con este tipo de revocaciones, pues considera que constituyen verdaderamente una expropiación encubierta. La jurisprudencia entiende que si el acto revocatorio no incluye indemnización, resulta inválido —SSTS 18-5-1998, RJ 5.770; 27-1-1999, RJ 1.266; y 9-12-1999, RJ 8.824—.

3.^a La legislación sectorial suele ofrecer ejemplos de *revocación en aplicación de poderes de policía administrativa*. Se trata de supuestos en los que los particulares que ostentan una autorización para desempeñar una actividad incumplen posteriormente la legalidad. El ordenamiento jurídico apareja a dicho incumplimiento una facultad de revocación de la licencia que obtuvieron previamente, sin reconocerles derecho a indemnización. Algunas Leyes sectoriales (p. ej., Real Decreto Legislativo 6/2015, en materia de tráfico y seguridad vial —art. 70—) contemplan este supuesto calificándolo como «declaración de pérdida de vigencia». La vigencia de las autorizaciones administrativas de funcionamiento —las que se otorgan para el desarrollo de una actividad a lo largo del tiempo, como las licencias industriales— está subordinada a que se mantengan los requisitos exigidos para su otorgamiento, de tal modo que la Administración podrá declarar la pérdida de vigencia de las autorizaciones cuando se acredite la desaparición de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la autorización. Para acordar la pérdida de vigencia la Administración deberá respetar el derecho a la audiencia, de modo que deberá notificar al interesado la presunta carencia del requisito exigido y concederle la posibilidad de probar lo contrario.

El supuesto es especialmente relevante cuando se producen modificaciones de la legalidad que exigen una posterior adaptación de la actividad desarrollada al nuevo

marco legal. Por ejemplo, se autoriza la instalación de una industria contaminante, permitiendo un determinado nivel de emisión de gases a la atmósfera, y posteriormente se imponen unos límites de emisión más rigurosos, que exigen la adaptación de las instalaciones de la empresa a los nuevos niveles de emisión. En estos casos, debe concederse a los particulares un plazo de adaptación a las nuevas circunstancias; sólo cuando el particular no se adapte en plazo, procederá la revocación de la licencia o autorización.

4.^a La Administración puede gozar en ocasiones de una *potestad discrecional de revocar actos administrativos favorables*, sin mayor trámite y sin necesidad de indemnización. Se trata de supuestos en que los particulares no han consolidado derecho alguno, y disfrutan de una posición meramente contingente o *en precario*. Por ejemplo, el personal eventual de la Administración —gabinetes de altos cargos— puede ser cesado a discreción de la autoridad que lo nombró. También existen licencias provisionales y en precario, esto es, otorgadas a condición de poder revocarse en cualquier momento: por ejemplo, la Administración dispone de un solar en el que pretende construir un mercado, y en tanto comienzan las obras articula una concesión provisional para la instalación de un aparcamiento por parte de una empresa; cuando las obras comiencen, podrá revocarse la concesión, sin derecho a indemnización por el concesionario.

5.2. LOS ERRORES MATERIALES, DE HECHO Y ARITMÉTICOS

De otro lado, el art. 109.2 LPAC hace referencia a los errores materiales o de hecho; es decir, a los fallos de transcripción o medición, el error en operaciones matemáticas —por ejemplo, un cálculo incorrecto de la media de un expediente de bachillerato que reduce la puntuación para acceder a estudios universitarios, impidiendo al interesado cursar la carrera de Medicina—, etc. Según dispone este precepto, la Administración podrá corregirlos en cualquier momento, sin mayor trámite que el de dictar un nuevo acto en el que se recoja la corrección. Dicho acto tendrá eficacia retroactiva, subsanando *ab initio* los errores de que adoleciera el acto originario. Se debe ser especialmente cauto en evitar emplear esta fórmula para introducir verdaderos cambios e innovaciones en actuaciones precedentes cuando no hubiera habido error, sino sencillamente, pasividad o mala gestión.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALONSO GARCÍA, M. C.: «La revisión de oficio de los actos administrativos tras la Ley 4/1999, de 13 de enero», *JA*, n.º 6, 2000.
- ARZAMENA SIERRA, J.: «Comentario al Capítulo Primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 a 106)», *RAP*, n.º 140, 1996.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998.
- CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «Consideraciones generales sobre la vía gubernativa», en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1954.
- DE PALMA DEL TESO, A.: «La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen», *RAP*, n.º 159, 2002.
- DOMENECH PASCUAL, G.: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Revisión de la actividad de la Administración: procedimientos de revisión y recursos administrativos*, Comares, Granada, 2005.

- GARCÍA LUENGO, J.: «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales», *RAP*, n.º 154, 2001.
- «Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común», *RAP*, n.º 159, 2002.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «Consideraciones sobre la revocación de los actos administrativos no declarativos de derecho y de gravamen», *REDA*, n.º 91, 1996.
- MESEGUER YEBRA, J.: *La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables*, Bosch, Barcelona, 2001.
- La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho y de las disposiciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2001.
- La rectificación de los errores materiales, de hecho y aritméticos de los actos administrativos*, Bosch, Barcelona, 2001.
- PONCE ARIANES, M.: *La nueva regulación de la revisión de oficio*, UCA, Cádiz, 1995.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: «La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos», *RAP*, n.º 151, 2000.
- SANZ GANDASEGUI, F. et al.: *Revisión de la actividad de la Administración: procedimientos de revisión y recursos administrativos y contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 2005.
- SANZ RUBIALES, I.: «La rectificación de errores materiales, de hecho y aritméticos en la jurisprudencia», *REDA*, n.º 90, 1996.
- «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *RAP*, n.º 148, 1999.
- SOCÍAS CAMACHO, J. M.: «Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección», *RAP*, n.º 157, 2002.
- TÁBOAS BENTANACHS, M.: *Los recursos administrativos: una visión práctica*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

TEMA 18

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1.1. CONCEPTO Y RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1.1.1. *Concepto y clases*

Un recurso administrativo es un medio de revisión de los actos inválidos por la Administración, iniciado a instancia de parte por un sujeto legitimado para ello y sujeto a un plazo de interposición (ENTRENA CUESTA; SSTS 28-10-1991, Ar. 8.889; y 13-3-1992, Ar. 2.980). La interposición del recurso inicia un procedimiento administrativo «de segundo grado», en el cual la propia Administración autora del acto impugnado, o excepcionalmente otra Administración en ejercicio de funciones de control, revisa la legalidad del acto objeto de impugnación. Las notas características de los recursos administrativos son las siguientes:

a) El recurso se interpone a instancia de parte: no cabe iniciar de oficio la tramitación del procedimiento pues la Administración, como el resto de sujetos, no puede recurrir contra sus propios actos, salvo los supuestos excepcionales de la declaración de lesividad.

b) El recurso sólo puede interponerlo quien se encuentre *legitimado*. La legitimación para recurrir, por derivación de las normas estrictamente procesales, se reconoce a cuantos ostenten un derecho o interés legítimo en el asunto —art. 19 LJCA—, ya se trate de personas físicas o jurídicas —sobre los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo, véase Tema 3—.

c) Los recursos administrativos están sujetos a plazos de interposición, a diferencia de lo que sucede con la acción de nulidad —Tema 17— o con el derecho de petición —Tema 3—, ambos abiertos indefinidamente.

d) Para la resolución de los recursos administrativos no se precisa dictamen del correspondiente cuerpo consultivo —Consejo de Estado o Consejo Consultivo autonómico—, salvo algunos casos concretos que después se indicarán acerca del recurso extraordinario de revisión. Esta característica constituye una mera nota descriptiva de estos procedimientos de revisión de actos y no un rasgo propio de su naturaleza jurídica.

Una primera clasificación de los recursos administrativos distingue entre los recursos preceptivos y los facultativos. Un recurso administrativo es *preceptivo* cuando su interposición es requisito *sine qua non* para la posterior interposición de un recurso judicial. En esta tesitura, el primer paso que debe dar el ciudadano es interponer el recurso administrativo: si no lo interpone, pierde todas sus acciones —el acto deviene firme—; si lo interpone y la Administración lo resuelve estimando su petición, habrá obtenido satisfacción y no le será preciso interponer un recurso judicial posterior; y si

lo interpone y la Administración lo desestima, podrá proseguir su impugnación en vía judicial. Por el contrario, un recurso administrativo es *facultativo* cuando el particular puede optar por interponerlo o bien por acudir directamente a la vía judicial: si presenta el recurso administrativo y éste se le estima, habrá recibido satisfacción a su pretensión; y si lo presenta pero se le desestima, podrá proseguir igualmente su impugnación en vía judicial. La doctrina mayoritaria defiende que todos los recursos administrativos deberían ser facultativos (T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L. RIVERO YSERN, PEMÁN GAVÍN), y además, que deberían ser resueltos por órganos o autoridades independientes de los que dictaron los actos impugnados (BAÑO LEÓN; CIERCO, con matices), algo que sólo se da excepcionalmente en nuestro Derecho (p. ej., en materia de adjudicación de contratos, por imperativo de las directivas comunitarias y con elevadas tasas de éxito).

Cabe, asimismo, diferenciar entre recursos administrativos «generales», es decir, en principio aplicables a cualquier ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas y regulados en la LPAC, y recursos «especiales», aplicables exclusivamente en determinados sectores o ámbitos de la actividad de las Administraciones públicas, como es el caso de las reclamaciones económico-administrativas contra los actos de la Administración tributaria, o de los recursos especiales en materia de adjudicación de los contratos administrativos.. Además, los recursos generales ordenados en la LPAC pueden, a su vez, clasificarse en dos categorías: de un lado, los recursos «ordinarios», en el sentido de que se pueden fundamentar en cualquier vicio de nulidad o anulabilidad del acto (los recursos de *alzada y reposición*), y, de otro lado, el recurso de carácter «extraordinario», pues únicamente puede fundarse en determinados motivos tasados por la Ley (*el recurso de revisión*). Estas clasificaciones se resumen del siguiente modo:

FIGURA 1

Clasificación de los recursos administrativos

RECURSOS ADMINISTRATIVOS GENERALES	Recursos ordinarios	Recurso de alzada (arts. 121 y 122 LPAC)
		Recurso de reposición (arts. 123 y 124 LPAC)
		Recurso extraordinario de revisión (arts. 113, 125 y 126 LPAC)
RECURSOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES		Reclamaciones económico-administrativas (arts. 216 ss. Ley General Tributaria)
		Reclamaciones en materia de Seguridad Social y desempleo
		Recursos ante la actuación de las Corporaciones de Derecho Público (disp. trans. 5.ª LRJPAC)
		Recursos especiales en materia de contratación (arts. 310 ss. Ley de Contratos del Sector Público)
		Recursos administrativos a cargo de administraciones reguladoras (Leyes del Sector Eléctrico, Gas, Telecomunicaciones, etc.)

1.1.2. *Naturaleza y función de los recursos administrativos*

Inicialmente los recursos administrativos eran sobre todo una manifestación del privilegio de autotutela de la Administración, configurándose como un requisito previo de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero a esta significación inicial se le ha añadido posteriormente una finalidad bien distinta: la de ofrecer a los intere-

sados un mecanismo gratuito —aunque no siempre efectivo— de control de los actos administrativos, que goza de las cualidades de flexibilidad, agilidad y gratuidad (CIERCO), sin necesidad de acudir a un proceso judicial que, a menudo, es largo, complicado y demasiado costoso. En los recursos administrativos es la propia Administración quien enjuicia su actuación, lo que reduce la utilidad de esta vía, debido a que no siempre se encuentra dispuesta a modificar su postura inicial. Pero en algunos casos, y especialmente en asuntos de escasa cuantía —en los que las acciones judiciales resultan más costosas que el propio cumplimiento del acto—, el recurso administrativo puede operar como un medio eficaz para reducir la litigiosidad contenciosa (TORRONS MAS), y sobre todo para asistir al ciudadano con un mecanismo adicional de obtención de justicia. Se ha llegado a afirmar (Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) que el recurso administrativo constituye en la práctica el único medio de defensa frente a actuaciones administrativas de escasa trascendencia económica, como las multas de tráfico o las sanciones en materia de personal; cierto que últimamente el incremento generalizado de la litigiosidad contencioso-administrativa ha llegado también a esos campos, pero el volumen de recursos judiciales es insignificante en relación con el de actuaciones administrativas restrictivas de derechos. Esta segunda finalidad de los recursos administrativos en que es meramente potestativo; en cambio, el carácter preceptivo del recurso de alzada le imprime un fuerte componente de privilegio administrativo: de no interponerse el recurso, el acto deviene firme a todos los efectos. Doctrinalmente se insiste en que, para que resulten verdaderamente efectivos, los recursos administrativos se deben confiar a órganos independientes y distintos de los que dictaron el acto impugnado (HUERGO, BUSTILLO), y así lo demuestra el recurso especial en materia de contratación, que tiene unas considerables tasas de éxito.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha admitido que la vía administrativa de recurso puede constituir un presupuesto para el acceso a la jurisdicción, en razón de las especiales tareas y funciones que la Administración tiene encomendadas, y en la medida que, mediante la resolución del recurso, se puede llegar a evitar un proceso judicial (SSTC 12/2003 y 275/2005). Ahora bien, como es evidente que esto supone retrasar por un plazo más o menos largo el acceso a la tutela judicial —que constituye un derecho fundamental—, el Tribunal Constitucional —SSTC 9/1985, 60/1989, 32/1991— exige que la imposición de la vía administrativa obedezca a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, y que no suponga un obstáculo carente de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal Constitucional entiende que tales razones pueden consistir no sólo en imponer una garantía complementaria a los interesados, sino también en establecer un dispositivo de control interno de la Administración o de unas Administraciones sobre otras.

A las dos funciones tradicionales de los recursos administrativos (privilegio de la Administración y garantía de la ciudadanía) se le añade por la doctrina una tercera: la de convertir en actividad administrativa la que realizan sujetos privados (ESCUIN). Por ejemplo, los actos de los concesionarios en ejercicio de las funciones públicas que tienen delegadas (acceso a la red, poder tarifario), son susceptibles de recurso ante la Administración, con lo cual la revisión judicial de tales decisiones corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.1.3. *Actos impugnables mediante recursos administrativos*

Mediante los recursos administrativos pueden impugnarse los actos definitivos —art. 112.1 LPAC—. Los actos *de trámite, como regla general, no son susceptibles*

de recurso, si bien los vicios en que incurran podrán ser alegados a la conclusión del procedimiento, mediante un recurso contra el acto resolutorio —es decir, el acto *definitivo*, recuérdese nuevamente la clasificación del Tema 15—. Por ejemplo, el acuerdo de iniciación de oficio de un procedimiento es un acto de trámite insusceptible de recurso (SSTS 12-11-1997, RJ 8.538; 18-2-2003, RJ 2.117).

No obstante, el propio art. 112.1 LPAC permite recurrir los actos de trámite que incurran en alguna de las siguientes circunstancias:

— *Que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto*; por ejemplo, en un procedimiento en que se exija emitir un dictamen preceptivo y vinculante, si el contenido del dictamen es desfavorable será un acto de trámite susceptible de impugnación, porque la resolución se encontrará necesariamente apegada al sentido del dictamen. Por el contrario, los informes que no sean estrictamente vinculantes, son actos de trámite que no resultan directamente impugnables (STS 6-4-2004, Ar. 5.296); tampoco lo son actos análogos, como las declaraciones de impacto ambiental (SSTS 14-11-2008, Ar. 6.900; 13-10-2003, Ar. 8.871). Sí decide el fondo de un asunto el acto de un alcalde que simultáneamente inicia un procedimiento y ordena el cierre de unas instalaciones (STS 22-9-2000, Ar. 8.415).

— *Que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento*, por ejemplo, la inadmisión de un escrito de interposición de un recurso administrativo; o un acuerdo de archivo de expediente (STS 1-7-1997, Ar. 5.825).

— *Que produzcan indefensión*, por ejemplo, denegación de recibimiento a prueba en un procedimiento sancionador; pero no la mera acumulación de procedimientos, o la ampliación de los plazos de resolución. También, la adopción de medidas cautelares (SSTS 11-5-1999, Ar. 4.918; 16-5-2000, Ar. 10.122).

— *Que produzcan perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*, por ejemplo, la exclusión de un aspirante en un procedimiento de concurso-oposición, impidiéndole presentarse a los exámenes; también, si se pide en vía administrativa la suspensión de ejecución de un acto por el que se ordena la demolición de una residencia, la denegación de la suspensión es un acto de trámite susceptible de provocar un perjuicio irreparable.

1.1.4. *Requisitos para la interposición de los recursos*

En relación con los *requisitos para la interposición de los recursos* —art. 115 LPAC— son de aplicación los siguientes:

1. El nombre y apellidos del recurrente, y el medio y lugar donde practicar las notificaciones.
2. El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
3. Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
4. Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige el recurso y su correspondiente código de identificación (a este respecto, véanse los requisitos de las solicitudes de iniciación, en el Tema 14).
5. Las particularidades que exijan disposiciones específicas: p. ej., datos adicionales o presentación de documentos.

Como manifestación de ese mismo principio antiformalista debe resaltarse la importante previsión del art. 115 LPAC, según el cual «el error o la ausencia en la

calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del mismo se deduzca su verdadero carácter». Por ejemplo, si el recurrente califica su escrito como recurso de revisión cuando realmente procede interponer el de alzada, de encontrarse en plazo para este último la Administración debe tramitar el recurso como si se tratara de un recurso de alzada, y no de un recurso de revisión —que es para actos firmes y por causas tasadas—. Otro ejemplo es que el administrado interponga una acción de nulidad, en un caso en que el acto impugnado no hubiera agotado aún la vía administrativa: en tal supuesto habría que entender que el administrado ha interpuesto un recurso de alzada en lugar de inadmitir el escrito. No obstante, cuando el sujeto que incurre en el error de calificación del recurso es una Administración pública, no cabe aplicarle esta cláusula, pues en los litigios interadministrativos no cabe presentar recursos en vía administrativa, sino requerimientos previos —art. 44 LJCA—, y el personal de que disponen las Administraciones está suficientemente formado para saberlo (STS 25-5-2009, Rec. 4.808/2005).

De otro lado, la Ley restringe la legitimación para recurrir en el art. 115.3: «Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado», previsión que se corresponde con el principio general *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, esto es, que nadie puede actuar contra sus actos alegando la propia torpeza (ARANA).

1.1.5. Fase de instrucción

Por lo que se refiere al procedimiento general de tramitación de los recursos administrativos, la Ley sólo regula dos aspectos: la suspensión del acto impugnado —cuestión que se abordó en el Tema 16, al que remitimos—, y la audiencia a los interesados. Por consiguiente, resulta de aplicación supletoria el Título VI de la Ley —procedimiento general de gestión, véase Tema 14— en todo lo que no se encuentre expresamente previsto para los recursos.

El art. 116 LPAC establece las causas de inadmisión de los recursos, que no aparecían en la legislación anterior, por lo que ha sido acogida favorablemente (CIERCO). Se debe recordar que en caso de inadmisión no se produce un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino que la Administración elude la resolución de fondo e incluso la instrucción del procedimiento, al percibir que existe un motivo en cuya virtud, y en aras de la economía procedimental, cabe proceder directamente a inadmitir el recurso. Las causas de inadmisión son las siguientes:

- a) Ser incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración Pública. El recurso deberá remitirse al órgano competente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.
- b) Carecer de legitimación el recurrente.
- c) Tratar de un acto no susceptible de recurso.
- d) Haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso.
- e) Carecer el recurso manifiestamente de fundamento. Esta es, sin duda, la causa más polémica de inadmisión (CIERCO). Aunque es cada vez más frecuente en las instancias judiciales, su juego en vía administrativa suscita reticencias, sobre todo porque elude el pronunciamiento sobre el fondo. Si el recurso caree claramente de fundamento, lo lógico sería desestimar y explicárselo así al recurrente.

Con ocasión de la instrucción, los interesados no podrán solicitar la práctica de pruebas que no se hayan podido practicar en el procedimiento precedente por causa imputable a ellos —art. 118.1, párr. 2.º, LPAC—.

En cuanto a la audiencia a los interesados —art. 118 LPAC—, será procedente cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario: por ejemplo, cuando durante la tramitación del recurso se practique una prueba, o se evacue un informe por parte de un órgano que influya en el contenido de la resolución. En este caso habrá de concederse un plazo entre diez y quince días para que los interesados aleguen lo que estimen oportuno. El mismo plazo de alegaciones se concederá a los terceros interesados, es decir, a quienes resulten de uno u otro modo afectados por la resolución del recurso, aún sin haberlo interpuesto. Por ejemplo, a la adjudicación de un contrato concurren simultáneamente las empresas A y B, la Administración lo adjudica a la empresa A, y la empresa B recurre contra esa decisión: con ocasión de la tramitación de este recurso la Administración ha de conceder el trámite de audiencia a la empresa A, que puede verse privada del contrato en el caso de que se estime el recurso. El trámite de alegaciones es de trascendental importancia, porque la falta de presentación de alegaciones o pruebas en este momento cierra la posibilidad de hacerlo en cualquier otro momento posterior de la tramitación del procedimiento.

1.1.6. Resolución. Prohibición de *reformatio in pejus*

La tramitación del recurso administrativo concluye mediante una *resolución* —art. 119 LPAC—; desde el punto de vista de su naturaleza jurídica es importante insistir en que no se trata de una *sentencia*, sino de un acto administrativo, puesto que no es un recurso jurisdiccional. Dicha resolución: i) estimará en todo o en parte las pretensiones; ii) las desestimarán; o bien iii) declarará la inadmisión. Por otra parte, si existe un vicio de forma se puede ordenar la retroacción del procedimiento al trámite omitido (véase la convalidación en el Tema 15).

La resolución del recurso puede tratar cuantas cuestiones plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados; ahora bien, una trascendental garantía para los ciudadanos es que la resolución será congruente con las peticiones del recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial —art. 119.3 LPAC—: un principio conocido como prohibición de *reformatio in pejus* —cambio a peor—. De tal manera que, a pesar de que con ocasión del recurso el órgano administrativo pueda apreciar que cabría empeorar la situación del recurrente (por ejemplo, aumentar el importe de una multa, o bajar la puntuación en un examen), la Administración tiene vedada esta posibilidad. Este principio deriva del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 54/1985, 84/1985, 115/1986, 120/1989, 45/1993, etc.), pues muchas personas desistirían de interponer recursos si se vieran expuestas a un empeoramiento de su situación; aunque también guarda conexión con el principio de seguridad jurídica (SANTAMARÍA, DEL GUAYO), que prevalece incluso sobre el principio de legalidad. Cuando la Administración vulnera este principio los tribunales anulan las resoluciones de los recursos administrativos (así, SSTC 12-12-1990, RJ 10.392; 8-10-1998, Rec. 415/1992; 3-7-2002, Rec. 4.094/1997; 13-10-2011, RJ 2012\3421).

Con arreglo al art. 118.1, párr. 2.º: «No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho». Es decir, que si se nos concedió un trámite de alegaciones en un procedimiento, y luego queremos recurrir

la resolución recaída en dicho procedimiento, no podremos incorporar alegaciones, hechos y documentos que no hayamos deducido previamente. Esto es una novedad introducida por la Ley 39/2015 que resulta desafortunada, pues debe tenerse en cuenta que los ciudadanos no están obligados a comparecer en el procedimiento administrativo con dirección de abogado ni asesoramiento alguno, de manera que pueden sustanciar por sí mismos estos trámites con escaso tino y verse sorprendidos después con la imposibilidad de mejorar su defensa en vía de recurso. La previsión es completamente desafortunada y difícilmente compatible con el art. 24 CE, que proscribía la indefensión. No obstante, como se verá en el Tema siguiente, por lo que se refiere a los motivos de impugnación en vía contencioso-administrativa no existe efecto preclusivo respecto de la vía administrativa previa, por lo que al presentar el recurso administrativo el interesado puede alegar cuanto estime conveniente y solicitar la práctica de cualquier prueba, sin quedar vinculado por las actuaciones que haya realizado en vía administrativa.

1.2. SUPUESTOS Y MATERIAS EXCLUIDOS DEL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Existen actuaciones contra las que no cabe interponer los recursos administrativos regulados con carácter general en la LPAC. Son las siguientes:

1) *Disposiciones generales —reglamentos—*. Las disposiciones generales no son recurribles en vía administrativa, según lo dispuesto por el art. 112.3 LPAC (STS 19-12-1997, Ar. 2008/1928). El recurso de alzada en este caso no es ni tan siquiera potestativo, es decir, no se permite en ningún caso su interposición, debiendo acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, según dispone el art. 25 LJCA.

2) *Procedimientos para cuya regulación la LPAC remite a su legislación específica*. La Ley 39/2015 remite el régimen de impugnación de determinados procedimientos y actos administrativos a Leyes especiales, que por consiguiente regulan recursos administrativos especiales. Los supuestos contemplados son:

a) *Procedimientos administrativos en materia tributaria* —art. 112.4 y Disp. Adic. 1.^aa) LPAC—. Los recursos enclavados en estos procedimientos, denominados «económico-administrativos», se encuentran regulados por la Ley General Tributaria —arts. 216 ss.— y por el RD 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa, sin que les resulten de aplicación el sistema general de recursos contemplados por la LPAC.

b) *Actos de Seguridad Social y desempleo* —Disp. Adic. 1.^ab) LPAC—. Debe tenerse presente, no obstante, que la Administración de la Seguridad Social dicta también actos administrativos, sujetos a la Ley 30/1992 y a su régimen de recursos, sin que sea oportuno abordar aquí en detalle la delimitación entre unos y otros tipos de actos.

c) *Recursos especiales en materia de contratación*: la Ley de Contratos del Sector Público —arts. 37 ss.— y otras normas en materia de contratación administrativa, han establecido, por imperativo del Derecho comunitario, unos recursos administrativos especiales cuando se impugnan actos en el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos —véase Tema 25, § 8—.

d) *Recursos especiales contra la actividad administrativa en los «sectores regulados»*: Existen sectores de actividad (hidrocarburos, sector eléctrico, telecomunicaciones, servicio postal...) que se encuentran sometidos a una técnica administrativa cono-

cida como «regulación», conforme a la cual los operadores (las empresas prestadoras) soportan poderes de ordenación y supervisión atribuidos a administraciones independientes. Las decisiones adoptadas en estos sectores regulados se someten por sus leyes respectivas a recursos administrativos especiales. Por ejemplo, si una empresa de telecomunicaciones deniega el acceso de un usuario a la red, éste puede presentar un recurso especial ante la CMT (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

e) *Actuaciones realizadas por la Administración con sujeción al Derecho privado.* Cuando la Administración actúa con sujeción al Derecho civil —p. ej., en cuestiones litigiosas derivadas de un contrato de compraventa de un inmueble, que no son contratos públicos—, o laboral —actos relativos a empleados públicos laborales—, la impugnación tendrá lugar directamente ante el orden jurisdiccional —civil o laboral— correspondiente, sin que proceda interponer recursos administrativos. Además, la LPAC ha suprimido un privilegio con el que contaba la Administración en esta materia, las llamadas *reclamaciones previas a la vía jurisdiccional civil y laboral*, que debían interponerse por los interesados previamente al ejercicio de acciones en vía judicial, por lo que tales actuaciones son directamente impugnables ante la jurisdicción correspondiente.

3) Los recursos que una Administración pública pretenda interponer contra los actos de otra, o *recursos interadministrativos*. El art. 44 LJCA prohíbe la interposición de estos recursos en vía administrativa, siendo procedente la interposición directa del recurso judicial contencioso-administrativo; ello no obstante, el propio artículo contempla la posibilidad de que la Administración demandante formule un requerimiento previo a la demandada concretando su pretensión, requerimiento que, de ser atendido, evita la posterior formulación de un litigio y viene a suponer un cauce de resolución del conflicto hasta cierto punto homologable a un recurso potestativo en vía administrativa.

En cuanto a las *Corporaciones de Derecho Público*, se rigen en primer término por su normativa específica —art. 2.4 LPAC—, de donde se deduce el deseo de la Ley de respetar los recursos específicos que en la regulación propia de las Corporaciones de Derecho Público se prevean, pero siempre manteniendo las garantías básicas de la Ley —imposibilidad de imponer más de un recurso, plazos mínimos de interposición, etc.—.

De otro lado, la LPAC —arts. 114.1.a), 122.3 y 124.3— impone la *regla de la única instancia*, en el sentido de que contra el acto que resuelva un recurso administrativo no puede interponerse otro recurso administrativo adicional, sino que únicamente cabe ya acudir a la vía jurisdiccional. Se evita así una dilación excesiva del acceso a la vía judicial.

2. EL RECURSO DE ALZADA

El recurso administrativo de alzada tiene por *objeto* la impugnación de actos administrativos —resoluciones— que no agoten la vía administrativa. También pueden recurrirse los actos de trámite en los términos que ya conocemos. Con la interposición del recurso, además de pretender la anulación de un acto administrativo, el particular puede aparejarle a esta pretensión la de indemnización por los daños y perjuicios que el mismo le hubiera producido: por ejemplo, si se impugna el cierre de un establecimiento comercial, el particular puede solicitar indemnización por el tiempo que el negocio hubiera estado sin funcionar.

No procede interponer el recurso de alzada en los siguientes casos:

1) *Contra actos que pongan fin a la vía administrativa.* Véase el Tema 15 en el que se detallan los actos que agotan la vía administrativa en cada nivel territorial. La consecuencia más inmediata es que el grueso de las resoluciones dictadas por las corporaciones locales —Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales—, no son susceptibles de recurso de alzada, aunque actualmente quepa interponer en estos casos un recurso potestativo de reposición antes de acudir a la vía contencioso-administrativa.

2) *En los procedimientos en que se hayan previsto recursos que sustituyan al de alzada* —véase más adelante, apartado 4—.

En los supuestos que no queden excluidos conforme a la delimitación anterior, si los actos administrativos no causan estado, y se desea recurrirlos judicialmente, *resulta preceptiva la interposición del recurso de alzada.* En consecuencia, cuando un acto administrativo no agota la vía administrativa, la falta de presentación en plazo del recurso de alzada provoca su firmeza, dejando al administrado desprovisto de defensa, salvo los medios de revisión de oficio que tratamos en el tema anterior.

El carácter preceptivo del recurso supone, además, que no pueden introducirse en vía de recurso judicial pretensiones que no hayan sido previamente deducidas ante la Administración con ocasión del recurso administrativo: es lo que se conoce como *efecto preclusivo de la vía administrativa previa.* Por ejemplo, si en vía administrativa el particular contrajo su recurso únicamente a una pretensión de anulación del acto, no puede luego ampliar este objeto procesal solicitando igualmente una indemnización por daños derivados de la ejecución del acto en cuestión. En el Tema 19 se profundiza en esta problemática cuestión al exponer el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Existe un supuesto en el que la presentación del recurso de alzada es facultativa y no preceptiva (STC 34/1989): *cuando se impugna un acto administrativo por la vía judicial especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.* Como es sabido, la Constitución proclama diferentes tipos de derechos, entre los cuales destacan los llamados *derechos fundamentales.* Su importancia es tal que la propia Constitución prevé la existencia de un proceso judicial, preferente y sumario, a fin de proteger el ejercicio de estos derechos con toda celeridad —art. 53.2 CE—. La rapidez de tramitación que exige este tipo de asuntos ha llevado al legislador a eximir a los particulares de interponer previamente recursos administrativos como requisito de acceso a la tutela judicial, de tal manera que en este caso el recurso en vía administrativa es meramente potestativo —art. 115 LJCA—.

El *plazo para la interposición* del recurso de alzada difiere según se actúe contra una resolución expresa o presunta —art. 122.1 LPAC—.

a) *Contra las resoluciones expresas:* el plazo de interposición es de *un mes*, a contar desde la fecha en que se hubiera recibido la notificación del acto a impugnar. En todo caso, debe recordarse que la notificación del acto debe especificar el plazo para interponer el recurso —arts. 40.2 y 88.3 LPAC—.

b) *Contra los actos presuntos:* en una larga serie de sentencias el Tribunal Constitucional venía entendiendo que el plazo de recurso en el caso de impugnación de actos presuntos queda abierto indefinidamente, hasta que la Administración atiende su deber de resolver expresamente, o bien hasta que el ciudadano interponga el recurso procedente (SSTC 6/1986, 188/2003, 14/2006, 32/2007, 59/2009, etc.). La Ley 30/1992 hizo

caso omiso de esta jurisprudencia, que el Tribunal Constitucional mantuvo. La LPAC ha acogido por fin expresamente esta doctrina, estableciendo que, «Si el acto a impugnar no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer el recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo —arts. 122.1, pár. 2.º, LPAC—».

El *órgano competente para resolver el recurso* es el superior jerárquico del que dictó el acto impugnado —art. 121.1 LPAC—, característica que se refleja en la propia denominación del recurso. A estos efectos, la Ley precisa que los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas se considerarán dependientes de la autoridad que haya nombrado al Presidente de los mismos. Debe señalarse, además, que la competencia para resolver los recursos administrativos no puede delegarse en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso —art. 9.2.c) LRJSP—, por la sencilla razón de que el recurso sería resuelto por el mismo órgano que lo dictó.

De otro lado, cuando el recurso se interponga contra un reglamento por vía indirecta —o lo que es lo mismo, contra el acto de aplicación de un reglamento, con base en la nulidad de éste— el recurso podrá dirigirse a la autoridad que dictó el reglamento —art. 112.3 LPAC—, quien será competente para resolverlo —el llamado recurso *per saltum*—. Cuando se trata de actos dictados por una Administración instrumental, sus Estatutos o norma de cabecera pueden haber previsto la impugnabilidad de sus acuerdos ante la Administración de que dependen —*alzada impropia*—; por ejemplo, los actos de las Gerencias municipales de urbanismo suelen ser impugnables por esta vía ante el Alcalde o, en su caso, ante el Teniente de Alcalde delegado de urbanismo. Pero, además, debe observarse que cabe recurso de alzada (impropia) frente a los actos dictados por las Corporaciones Locales en ejercicio de competencias delegadas por las Comunidades Autónomas o por la Administración estatal, recurso que es resuelto por la Administración delegante —arts. 27.2 y 37.3 LRBRL—.

En cuanto a su *presentación*, el recurso podrá dirigirse tanto al órgano que dictó el acto como a su superior jerárquico —art. 121.2 LPAC—. En el primer caso, el órgano que lo dictó será responsable de su remisión en el plazo de diez días al que resulte competente para resolverlo, acompañado de un informe y de una copia completa y ordenada del expediente. Asimismo, la notificación del acto debe especificar el órgano ante el cual ha de presentarse el recurso —arts. 40.2 y 88.3 LPAC—.

El *plazo de resolución y notificación* del recurso es de tres meses —art. 122.2—. La *resolución expresa* puede contener los siguientes pronunciamientos:

1.º) Estimación del recurso: significa que se aceptan todas las pretensiones del particular.

2.º) Estimación parcial del recurso: se aceptan algunas pretensiones del particular. Por ejemplo, se solicitó la anulación de un acto y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, y sólo se estima la pretensión de anulación.

3.º) Desestimación del recurso: no se acepta ninguna pretensión del particular.

4.º) Inadmisión: la resolución del recurso declara que éste resulta inadmisibile, por alguna concreta razón: porque el recurso fue presentado fuera de plazo, porque no existe legitimación para interponerlo, o por cualquier otra. En este caso la Administración no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto —no dice si el particular tiene o no razón en su petición—, sino que se abstiene de resolver porque existe una causa formal que impide hacerlo.

Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso ordinario sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso —arts. 24.1, pár. 3.º, y 122.2 LPAC— y quedará expedita la vía procedente; es decir, se establece, como regla general, el acto presunto desestimatorio. La doctrina considera que esta solución es lógica si el recurso se interpone contra una resolución expresa, pues la Administración ya ha apreciado en la misma cuál es la decisión que procede en Derecho, de tal modo que no parece lógico que la falta de resolución expresa del recurso —que es, no se olvida, un procedimiento de segundo grado— pueda dejar sin efecto la resolución recurrida. Ahora bien, cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, la LPAC —arts. 24.1, pár. 3.º, y 122.2— establece que se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de éste el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo. De este modo, aplicando en este caso el acto presunto estimatorio, la Ley quiere evitar que la Administración pueda escudarse dos veces consecutivas tras el silencio —primero al no resolver la solicitud y segundo al no resolver el recurso contra la denegación presunta de la solicitud—. No obstante, se trata de una solución legal criticada por un sector de la doctrina (GÓMEZ-FERRER MORANT); así, se ha dicho que es sorprendente esta «conversión» del acto presunto estimatorio en desestimatorio, pues viene a significar que el interés general que era digno de protección en vía de petición, hasta el punto de justificar el silencio negativo, deja de serlo en vía de recurso.

Por último, como ya se señaló, la Ley establece expresamente —art. 122.3— que *contra la resolución de un recurso de alzada no cabe ningún recurso administrativo, salvo el de revisión*. Esto significa que no cabrá interponer otro recurso de alzada adicional —consecuencia que deriva asimismo del art. 114.a) LPAC— pero también, que contra la resolución del recurso de alzada no cabrá interponer el recurso potestativo de reposición, debiendo el particular dirigirse a la vía contencioso-administrativa si desea proseguir sus acciones.

3. EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN

Este recurso se beneficia del mismo régimen general que los restantes, pero ofrece algunas particularidades. Así, ostenta *carácter potestativo*, por lo que el particular puede optar por interponerlo, o bien por acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

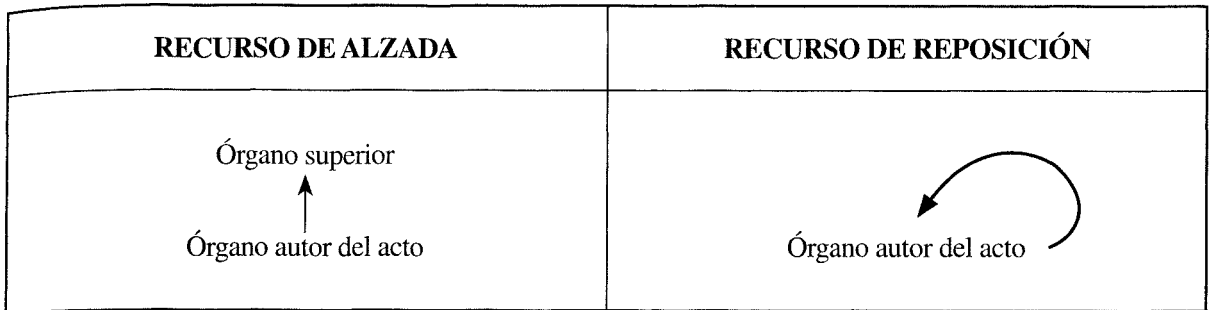
El *plazo de interposición* de este recurso se rige por las mismas reglas que el de alzada: un mes frente a actos expesos, y *sine die* frente a actos presuntos —art. 124.1 LPAC—.

El *plazo de resolución* de este recurso es de tan sólo un mes —art. 124.2—. La Ley establece expresamente que si el interesado interpone un recurso potestativo de reposición no podrá interponer el contencioso-administrativo hasta que se produzca la resolución expresa o presunta del procedimiento —art. 123.2—. Así, al interponer el recurso de reposición, es conveniente que el interesado haga constar que no ha impugnado el mismo acto en la vía contencioso-administrativa. Si pese a ello se acreditase la existencia de un recurso contencioso sobre el mismo asunto y anterior al recurso de reposición, debe entenderse que se declarará la inadmisión de este último y se remitirá el expediente que pueda existir al órgano jurisdiccional que esté tramitando la reclamación (ésta es la regla que se prevé en relación con las reclamaciones económico-administrativas, RD 520/2005 —art. 21—).

Es competente para conocerlo y resolverlo la misma autoridad que hubiera dictado el acto. Asimismo, alguna norma precisa que tratándose de actos dictados por

delegación y salvo que en ésta se disponga otra cosa, el recurso de reposición se resolverá por el órgano delegado (art. 53.2 Ley La Rioja 4/2005).

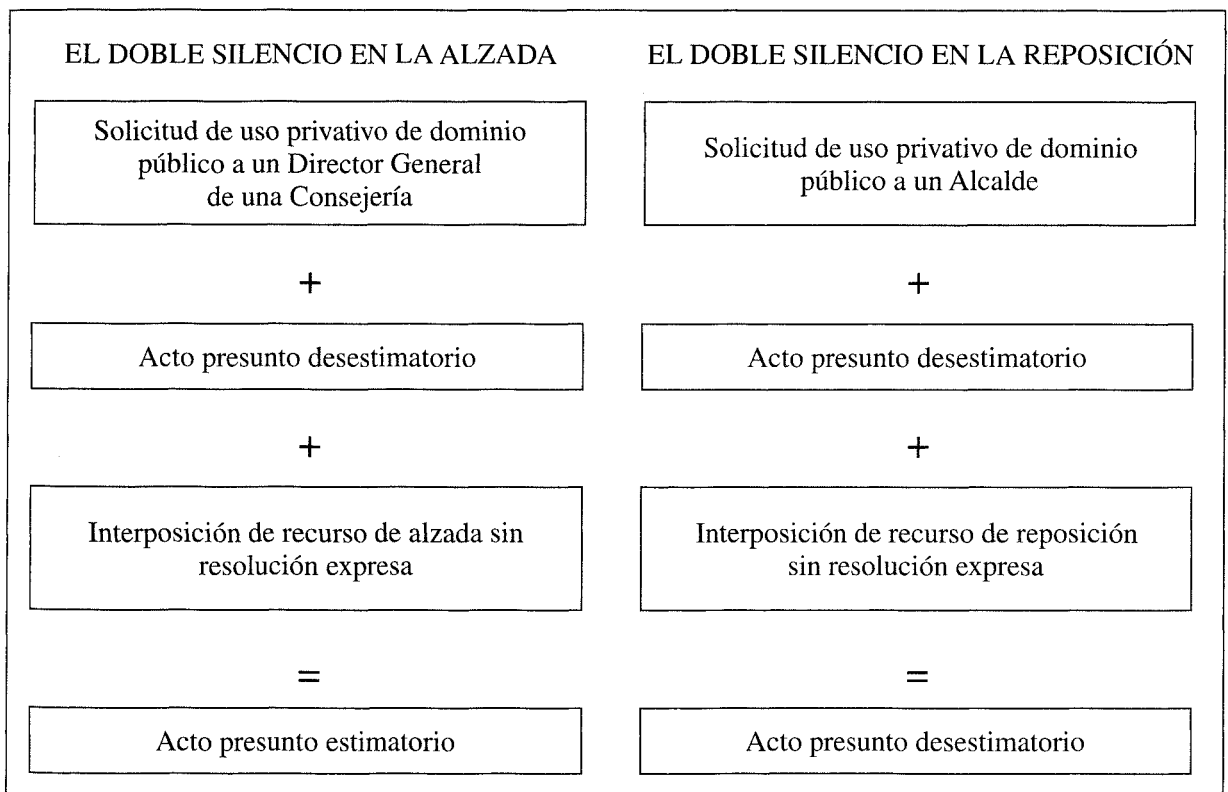
FIGURA 2



De otro lado, el silencio administrativo en este recurso tiene efectos desestimatorios *en todo caso* —art. 24.1.3.º LPAC—. En efecto, debe notarse que la regla que convierte en positivo el segundo silencio en vía administrativa sólo es de aplicación al recurso de alzada; por el contrario, si se interpone un recurso de reposición contra la desestimación presunta de una solicitud, el acto presunto resolutorio del recurso de reposición tendrá efecto igualmente desestimatorio (véase figura 3).

Como ya se señaló antes, contra la resolución de un recurso de reposición no cabrá interponer de nuevo este recurso —art. 124.3 LPAC—.

FIGURA 3



4. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN SUSTITUTIVOS DE LOS RECURSOS DE ALZADA Y REPOSICIÓN

El art. 112.2 LPAC prevé la posibilidad de sustituir los recursos de alzada y reposición por otros procedimientos de fiscalización de la actividad administrativa, como concretos instrumentos de impugnación o reclamación, y asimismo por mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje, en ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique. El carácter *sustitutivo* de estos procedimientos impone que no se establezcan con carácter acumulativo o facultativo al correspondiente recurso. Además, en el caso del recurso de reposición, su eventual procedimiento sustitutivo habrá de respetar el carácter potestativo para el interesado.

Amplios sectores de la doctrina académica (PÉREZ MORENO, TORNOS MAS, ROSA MORENO, TRAYTER JIMÉNEZ, GARCÍA PÉREZ, BERMEJO VERA, BUSTILLO) impulsan actualmente estas vías alternativas de resolución de controversias como una solución para reducir la litigiosidad contencioso-administrativa. La iniciativa legislativa se incardina en un cuadro de determinaciones dirigidas a ese mismo fin, como la terminación convencional del procedimiento —véase Tema 14—.

La LPAC no regula estos concretos procedimientos, remitiendo para hacerlo a la legislación sectorial. Sea cual fuere la regulación que se haga de estos procedimientos, en todo caso habrán de respetarse los plazos y garantías mínimas que se reconocen para los administrados en el régimen del recurso a que sustituya, lo que supone una *congelación de las garantías* de la legislación común en beneficio de los interesados. Como previsión adicional, la LPAC dispone que la competencia para conocer de estos procedimientos sustitutivos habrá de confiarse necesariamente a órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, lo que supone un *plus* de independencia con el que se pretende articular un mecanismo añadido de garantía para los interesados.

A este respecto, debe señalarse que en el ámbito económico-administrativo de la Administración del Estado existe una amplia tradición en el sentido de confiar la competencia para la resolución de los recursos administrativos a unos órganos colegiados específicos (los «Tribunales» económico-administrativos) que actúan con independencia funcional en el ejercicio de sus competencias —art. 228 LGT—, criterio que la reforma de la LRBRLL operada por la Ley 57/2003 extendió a los municipios de gran población, los cuales están obligados a crear un órgano especializado para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, y cuyo funcionamiento debe basarse en criterios de independencia técnica, celeridad y gratuidad —art. 137—.

Por otra parte, mediante la Ley 11/2011 se modificó la Ley 60/2003, de Arbitraje, incorporándole —Disp. Adic. única— un «arbitraje institucional» para resolver las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, conflictos que están excluidos tanto de la vía administrativa como de la jurisdiccional. La doctrina (GARCÍA PÉREZ) ha sido muy crítica con esta regulación, que, de hecho, nunca ha llegado a implantarse.

En el caso de las Corporaciones Locales, en una extrapolación de la regla contenida en art. 69.2 LRBRLL, la LPAC exige además que estos procedimientos sustitutivos no supongan el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a órganos electos establecidos por la ley —p. ej., el Pleno de un Ayuntamiento—: en tal caso, de establecerse un procedimiento sustitutivo, el órgano colegiado competente para tramitarlo se limitará a elevar una propuesta de resolución al correspondiente órgano electo. Pero satisfecha esta limitación, no existe inconveniente para que las

propias Entidades Locales, en ejercicio e su potestad de autoorganización, contemplan este tipo de comisiones sin necesidad de autorización en Ley expresa, como de hecho ya ha ocurrido en algunos Ayuntamientos.

Algunas leyes sectoriales contemplan estos procedimientos sustitutivos: así, el art. 8 de la Ley 35/1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos, que menciona, sin regularlo, un procedimiento sustitutivo del recurso de alzada contra los actos de trámite del procedimiento de concesión de ayudas; los arts. 23 y 24 de la Ley 19/2013, de Transparencia, regula una reclamación especial contra las denegaciones administrativas en materia de acceso a la información; y el art. 26 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, establece una reclamación especial contra los actos de los reguladores (de las Administraciones) que puedan resultar contrarios a la unidad de mercado. Son todavía pocos ámbitos los que acogen este tipo de procedimientos, que tropiezan con las mismas trabas que la posibilidad de que las Administraciones Públicas se avengan a una transacción, lo que restringe su ámbito material; esta cuestión es objeto de estudio en el Tema 20. Existen, no obstante, algunas materias especialmente indicadas para recibir este tipo de procedimientos: las reclamaciones que presenten los usuarios de servicios públicos, las cuestiones que se susciten en la interpretación de los contratos administrativos, etc.

En el marco de estas técnicas alternativas de resolución de conflictos puede resultar muy útil la mediación, especialmente en materia de empleo público. Así, el art. 45.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, declara obligatoria la mediación para la resolución de conflictos colectivos cuando lo solicite una de las partes. Sin embargo, todavía no se contempla expresamente la posibilidad de resolver por esta vía los conflictos individuales de los empleados públicos —disfrute de vacaciones, permisos y licencias, concreción de funciones del puesto de trabajo...—, a pesar de su indudable utilidad, especialmente en casos de acoso laboral.

Las resoluciones de estos procedimientos sustitutivos de impugnación han de encontrarse motivadas —art. 35.1.b) LPAC— y agotan la vía administrativa —art. 114.b) LPAC—, por lo que dejan expedita la vía contencioso-administrativa, sin que pueda interponerse tampoco un recurso de reposición —art. 117.3 en relación con art. 107.2—. En cualquier caso, algunos de estos procedimientos no concluyen realmente mediante resolución, sino mediante acuerdo, como sucede con los procedimientos de conciliación.

5. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Según el art. 125.1 LPAC: «Contra los actos firmes que agoten la vía administrativa, o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concorra una de las siguientes circunstancias:

- a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
- b) Que aparezcan o se aporten documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.
- c) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

d) Que la resolución se hubiera dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y que se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.»

Mediante el recurso extraordinario de revisión no se pueden alegar los motivos de ilegalidad del acto que hubieran podido deducirse en su día mediante la interposición de los recursos ordinarios, pues ello atentaría contra la firmeza de los actos administrativos (STS 26-4-2004, RJ 4.218). No obstante, la interposición de este recurso en vía administrativa es compatible con el mantenimiento de acciones de legalidad ordinaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa que se hubieran formulado contra el mismo acto administrativo (STS 7-6-2005, RJ 5802).

Este recurso ostenta un *carácter excepcional* —es recurso extraordinario—. Por tanto, los motivos de impugnación son objeto de interpretación restrictiva, presentando grandes analogías con el recurso de revisión existente en vía judicial. La *competencia para resolver* corresponde al órgano administrativo que dictó el acto —art. 125.1 LPAC—.

El *plazo de interposición* del recurso varía en función de la causa por la que se presenta; así:

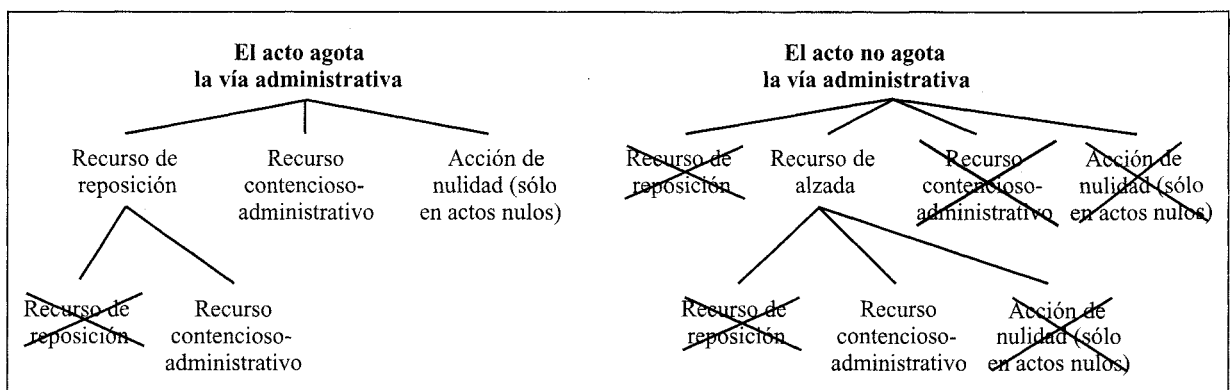
a) Cuando medie la primera causa, el plazo de interposición será de cuatro años desde que se notificó el acto impugnado.

b) Cuando concurren las restantes, el plazo será de tres meses, a contar desde que se tuviera conocimiento de los datos respectivos. Comporta una cierta flexibilidad, por la dificultad de demostrar cuándo se conocieron efectivamente dichos datos.

El art. 22.9 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado exige que este órgano emita un dictamen, preceptivo y no vinculante, con carácter previo a la resolución del recurso extraordinario de revisión. El dictamen del Consejo de Estado es exigible tan sólo cuando el procedimiento sea tramitado por la Administración del Estado. En cuanto a los recursos que se interpongan contra actos de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, habrá que estarse a lo que disponga la legislación autonómica correspondiente. La mayoría de las leyes reguladoras de los altos cuerpos consultivos autonómicos no imponen dictamen de dichos órganos en los procedimientos de resolución de los recursos extraordinarios tramitados por la Administración autonómica ni por las entidades locales enclavadas en su territorio —así, Andalucía, Cataluña, Extremadura, Castilla-La Mancha...—; en otras Comunidades Autónomas, por el contrario, sí es preceptivo el dictamen —por ejemplo, en Galicia y en la Comunidad Valenciana—.

FIGURA 4

Alternativa del ciudadano entre vías de revisión de actos



El art. 126.1 LPAC contempla la posibilidad de inadmitir a trámite el recurso extraordinario de revisión, sin necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo correspondiente pero mediante resolución motivada, cuando su interposición no se funde en alguno de los motivos legales tasados y cuando se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.

El *plazo de resolución* es de tres meses, siendo el silencio negativo —acto presunto desestimatorio, art. 126.3 LPAC—. Si la resolución expresa es estimatoria, debe contener un pronunciamiento adicional sobre el problema de fondo —art. 126.2 LPAC—; es decir, en la misma resolución del recurso se incluirá un nuevo pronunciamiento en sustitución del acto impugnado, lo que equivale, en la práctica, a que se dicte una nueva resolución sobre el asunto.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ARANA GARCÍA, E.: *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2003.
- BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y contratos administrativos. Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- DE MALLOL GUARRO, F.: *Los recursos administrativos en el procedimiento administrativo común*, Cims 97, Barcelona, 2000.
- DE NIEVES NIETO, N.: *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ESCUIN PALOP, V., y BELANDO GARÍN, B.: *Los recursos administrativos*, Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (coord.): «Los recursos administrativos», *Documentación Administrativa*, n.º 221, 1990.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Cívitas, Madrid, 1998.
- GAMERO CASADO, E.: «Apuntes sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público», *RAP*, n.º 170, 2006.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El recurso administrativo extraordinario de revisión en la nueva Ley de Procedimiento*, Cívitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A.: *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993.
- GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y Derecho administrativo*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- LINDE PANIAGUA, E.: *Procedimiento, acto y recursos administrativos*, Colex, Madrid, 2010.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Arbitraje y Derecho público», *Justicia Administrativa*, n.º 2, 1999.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.): *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos. Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, AEPDA-INAP, Madrid, 2015.
- Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2016.
- MESEGUER YEBRA, J.: *El recurso extraordinario de revisión*, Bosch, Barcelona, 2001.
- El recurso potestativo de reposición*, Bosch, Barcelona, 2002 (como libro electrónico hay edición de 2010).
- NIETO-GUERRERO LOZANO, A. M.: *El recurso administrativo de revisión*, Marcial Pons-Universidad de Extremadura, Madrid, 1998.
- PEMÁN GAVÍN, J.: «Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial», *RAP*, n.º 127, 1992.
- PÉREZ MORENO, A.: «Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso», *RAAP*, n.º 37, 2000, pp. 11 ss.
- REGO BLANCO, M. D. (coord.): *Las reclamaciones económico-administrativas en materias de competencia de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- RIVAS CARRERAS, V. R.: *La reformatio in pejus en el Derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 1991.
- RIVERO YSERN, J. L.: «Vía administrativa de recurso y justicia administrativa», *REDA*, n.º 75, 1992.

- ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», *RAP*, n.º 194, 2014.
- SANZ RUBIALES, I.: «Contenido y alcance de la prohibición de *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo», *RAP*, n.º 190, 2013.
- SARMIENTO ACOSTA, M.: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Madrid, 1996.
- TORNOS MAS, J.: «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos», *RAP*, n.º 136, 1995.

TABLA RESUMEN DE CADA RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCEDI-MIENTO	MODO Y PLAZO DE INICIACIÓN	ÓRGANO COMPETENTE	TIPO DE ACTO A REVISAR	MOTIVO DE REVISIÓN	REQUISITOS ESPECÍFICOS	PLAZO RESOLUCIÓN Y EFECTOS
Revisión de oficio (art. 106)	De oficio o a instancia de parte. Indefinidamente.	El mismo que en la declaración de lesividad.	Desfavorables, cuando se inicia a instancia de parte; favorables, cuando se inicia de oficio. En ambos casos, actos firmes o que agoten la vía administrativa.	Nulidad absoluta o de pleno derecho.	Dictamen, preceptivo y vinculante, del Consejo de Estado o Consejo Consultivo.	6 meses. Silencio desestimatorio o caducidad, según modo de iniciación.
Declaración de lesividad (art. 107)	De oficio. 4 años desde que se dictó el acto para adoptarse el acuerdo de lesividad (no para iniciar el procedimiento).	Ver nota (***)	Favorables.	Anulabilidad (nulidad relativa).	Posterior interposición de recurso contencioso-administrativo contra el acto.	6 meses. Caducidad del procedimiento.
Revocación (art. 109.1)	De oficio. Indefinidamente.	La ley no lo prevé. Generalmente, el mismo que dictó el acto a revocar.	Desfavorables.	Cualquier causa de invalidez.	Ninguno.	3 meses. Caducidad del procedimiento.
Recurso de alzada (art. 121)	A instancia de parte. – 1 mes contra actos expresos – 3 meses contra actos presuntos; STC 188/2003: abierto <i>sine die</i> .	Superior jerárquico de quien dictó el acto.	Desfavorables (*), que no agoten vía administrativa.	Cualquier causa de invalidez.	Ninguno.	3 meses. Efecto: silencio desestimatorio (**).
Recurso de reposición (art. 123)		El mismo que dictó el acto.	Desfavorables (*), que agoten vía administrativa.	Cualquier causa de invalidez.	Ninguno.	1 mes Efecto: silencio desestimatorio.

(*) El término desfavorable, en procedimientos iniciados a instancia de parte, se emplea en el bien entendido de que resulta contrario al interés del recurrente, si bien puede ser favorable para otro sujeto (p. ej., licencia de apertura de un bar que es recurrida por un vecino del inmueble).

(**) Salvo el supuesto del doble silencio consecutivo en el recurso de alzada, que tiene efecto estimatorio (silencio positivo)

(***) Órgano competente para resolver la declaración de lesividad:

A) En la Administración del Estado:

- a) Consejo de Ministros: sus propios actos y los dictados por los ministros.
- b) Ministros, los actos dictados por los secretarios de Estado y por los órganos directivos del Ministerio no dependientes de una Secretaría de Estado.
- c) Secretarios de Estado, los actos dictados por órganos adscritos a su dependencia.
- d) Organismos públicos:

1. Cuando el acto hubiera sido dictado por el máximo órgano rector del organismo, resolverá el concreto órgano del Ministerio al que esté adscrito el organismo.
2. Cuando el acto hubiera sido dictado por órganos inferiores, resolverá el máximo órgano rector del organismo.

B) En las Comunidades Autónomas: el dispuesto en sus propias normas organizativas.

C) En las Corporaciones Locales: el Pleno, en todo caso, salvo municipios de gran población (Alcalde y Pleno sus actos respectivos).

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN VIGENTE

1.1. LOS MODELOS DE CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La actividad de la Administración pública es susceptible de control jurisdiccional, como consecuencia directa del art. 24 CE, que proclama el Derecho a la tutela judicial efectiva. De manera indirecta, el control judicial de la Administración deriva de su sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE). Pero además, el art. 106.1 CE establece expresamente: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Como cabe suponer, esta garantía es elemental en un Estado de Derecho y constituye uno de los pilares básicos erigidos frente a los poderes públicos tras las revoluciones constitucionalistas de finales del siglo XVIII. No obstante, su articulación efectiva ha supuesto un esfuerzo constante desde entonces hasta hoy, pues se trata del instrumento más penetrante con que se puede contar para controlar el poder público, y éste, como es natural, se resiste sistemáticamente a ser controlado. En efecto, la historia de la jurisdicción contencioso-administrativa es también la de una lucha contra las inmunidades del poder, como la calificó uno de sus principales paladines, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

Existen diversos sistemas o modelos de control judicial de la Administración, pues los distintos ordenamientos jurídicos occidentales han evolucionado de manera diversa. Por ejemplo, en el Derecho anglosajón, la Administración se somete a los mismos tribunales de justicia que conocen de los pleitos entablados entre particulares, sin que exista una jurisdicción específica encargada de los asuntos en que sea parte la Administración. Es lo que se conoce como «modelo judicialista».

El modelo francés, por el contrario, se construye sobre la base de la existencia de una jurisdicción especial, distinta de la común u *ordinaria*, y compuesta por jueces que no se integran en la organización judicial general. Ello se debe a que, tras la Revolución francesa, los tribunales franceses continuaban encontrándose compuestos por jueces simpatizantes del Antiguo Régimen, que bloqueaban sistemáticamente las reformas emprendidas por los revolucionarios (SANTAMARÍA PASTOR). Ello provocó la radicalización del principio de separación de poderes, en cuya virtud se entendió que los jueces ordinarios no podían controlar la actividad de la Administración, instaurándose la máxima *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración también es administrar). En consecuencia, se encomendó al Consejo de Estado la tarea de enjuiciar los litigios en que fuera parte la Administración, conforme a un sistema que sigue vigente hoy, aunque como es natural, el incremento de

la litigiosidad haya provocado una multiplicación del número de órganos judiciales, que se estructuran a varios niveles, en cuya cúspide se encuentra el Consejo de Estado. Es lo que se denomina «modelo administrativo», o «del Consejo de Estado». El modelo ha evolucionado hasta hoy, erigiendo a la jurisdicción contenciosa en una verdadera jurisdicción: esto es, compuesta por jueces independientes, imparciales e inamovibles (no designados por la Administración), pero integrados en un cuerpo judicial separado de la jurisdicción general del Estado.

En España y Alemania el modelo de organización es distinto de los anteriores, y presenta caracteres de originalidad que comportan sustanciales mejoras. La evolución del contencioso-administrativo español es materia relevante que ha suscitado amplio interés en la doctrina (NIETO, PARADA, SANTAMARÍA y FERNÁNDEZ TORRES, entre otros importantes autores). La primera regulación del contencioso-administrativo en España tuvo lugar mediante las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que instauran un sistema de revisión por órganos administrativos —Consejo Real y Consejos Provinciales— de inspiración claramente francesa, que únicamente podía conocer de una lista cerrada de asuntos. La insatisfacción que producía sustraer estos litigios al Poder Judicial supuso en varias ocasiones su atribución a los jueces ordinarios y el sucesivo restablecimiento de los Consejos, hasta que el 13 de septiembre de 1888 se aprobó la denominada Ley de Santamaría de Paredes, que implantó un sistema *armónico*, caracterizado por órganos de composición mixta judicial-administrativa, a cuya cúspide se situaba un Tribunal Contencioso-administrativo dependiente del Consejo de Estado, y amplió sustancialmente el ámbito material de las resoluciones administrativas susceptibles de impugnación. La posterior Ley de 5 de abril de 1904 transforma sustancialmente el modelo suprimiendo ese Tribunal y creando una nueva Sala de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Supremo.

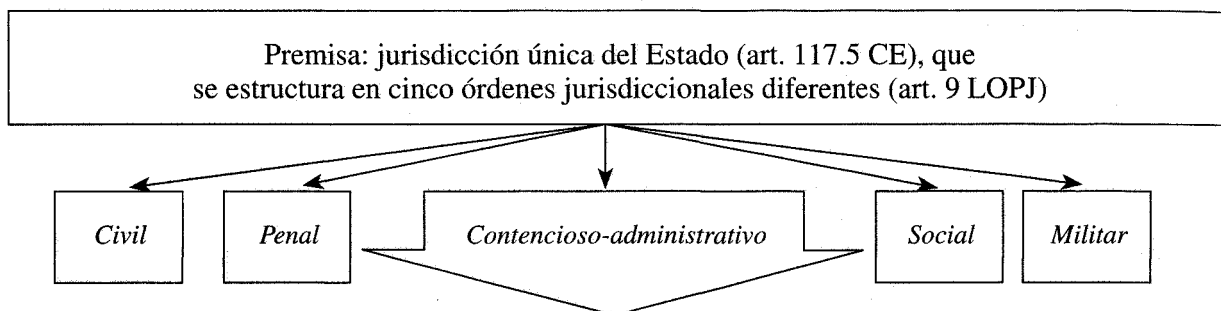
La aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) de 27 de diciembre de 1956 (elaborada por BALLBÉ y GONZÁLEZ PÉREZ), supuso un importante hito en la evolución que comentamos, alumbrando el sistema contencioso-administrativo tal y como hoy lo conocemos: como un orden jurisdiccional enclavado en la jurisdicción general del Estado, y por tanto, plenamente integrado en el Poder Judicial. Además, la Ley amplió el ámbito de la jurisdicción y la legitimación para recurrir, si bien dejó todavía espacios exentos de control. En orden a superar estas carencias la doctrina académica (la llamada *generación de la RAP*, coetánea del nacimiento de esa prestigiosa revista en 1950), actuó con toda decisión, secundada por la jurisprudencia en un constante ejercicio de audacia jurídica, que llega a desbordar los estrictos parámetros legales para conducir nuestro sistema jurisdiccional a unos niveles ciertamente admirables de evolución jurídica, reduciendo el ámbito de inmunidad del que todavía se beneficiaban los poderes públicos para expandir correlativamente la esfera de atribuciones de la jurisdicción contencioso-administrativa y sus instrumentos de control.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consagró con carácter de Derecho positivo todos los avances anteriores, que hasta entonces sólo podían conocerse mediante un sinfín de sentencias de todo orden, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que fueron acomodando el sistema del control contencioso-administrativo a los parámetros propios de un Estado de Derecho. La Ley de 1998, además, introdujo avances y perfeccionamientos en la dinámica de nuestro sistema jurisdiccional. Aun así, todavía se perciben ciertas carencias, claramente apreciables en materias como el control de la inactividad de la Administración, la ejecución de sentencias o el régimen de las costas procesales, que tendremos ocasión de exponer en su lugar.

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO ESPAÑOL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

En nuestro Derecho existe un orden jurisdiccional específico, que conoce de los procedimientos en que sea parte una Administración pública y se aplique el Derecho administrativo. Pero ese orden jurisdiccional se encuentra inserto en la organización judicial general del Estado —en el Poder Judicial—, que constituye así un compuesto único de tribunales, especializados por razón de la materia. Como es sabido, nuestro ordenamiento contempla la existencia de cinco órdenes jurisdiccionales distintos, todos ellos integrados en la jurisdicción única del Estado (art. 117.5 CE, y arts. 3 y 9 LOPJ): el Civil, el Penal, el Contencioso-administrativo, el Social y el Militar. En un mismo tribunal estos órdenes se organizan en salas: en el Tribunal Supremo, la Sala Primera es la de lo Civil; la Segunda, la de lo Penal; la Tercera, de lo Contencioso-administrativo; y así sucesivamente. Aunque existan especialidades en relación con este último, los jueces y magistrados de todos los órdenes jurisdiccionales se encuentran insertos en el Poder Judicial, cuyo máximo órgano de gobierno es el Consejo General del Poder Judicial. De modo que los jueces tienen un sistema común de acceso, y posteriormente son destinados a un concreto órgano jurisdiccional, en el que conocerán de una serie específica de asuntos (civiles o mercantiles, penales, etc.), y no de cualesquiera procesos que se entablen.

FIGURA 1

Caracteres de la jurisdicción contencioso-administrativa española

- Sistema judicial de control de la Administración
- Organización especializada por razón de la materia
- Proceso con plenitud de garantías constitucionales
- Régimen jurídico positivo:
 - LJCA (Ley 29/1998)
 - Reglas y principios generales del Derecho Administrativo
 - Ley de Enjuiciamiento Civil
- La Administración goza de especialidades procesales

La llamada «jurisdicción contencioso-administrativa» es pues, realmente, un orden jurisdiccional específico, inserto en la jurisdicción única y general del Estado, y compuesto por tribunales especializados, que conocen de los asuntos en que, siendo parte la Administración pública, se aplique el Derecho administrativo. Constituye, por consiguiente, un modelo judicialista, pero diferente del anglosajón, dada la especialización de los distintos órdenes jurisdiccionales. Sobre estas afirmaciones, interesa destacar los siguientes extremos:

1.º *La jurisdicción contencioso-administrativa constituye un sistema judicial de control de la Administración, y por consiguiente, a diferencia del modelo originario*

francés, no se compone de órganos administrativos especializados, sino de verdaderos órganos judiciales.

2.º *Los tribunales contencioso-administrativos españoles se encuentran especializados por razón de la materia*, de modo que los jueces y magistrados que los componen son especialistas en Derecho administrativo, y conocen tan sólo de este tipo de asuntos. Esto aventaja al sistema anglosajón, en la medida que mejora la calidad técnica de quienes deben dictar sentencia, y facilita además su tarea, al deslindar un ámbito material del ordenamiento que deben manejar más frecuentemente.

3.º El proceso que se sustancia ante *el orden contencioso-administrativo goza de las mismas garantías constitucionales que cualquier otro proceso judicial*. Descolla, en este sentido, el art. 24 CE, en toda su extensión; pero, por supuesto, también es de aplicación a la jurisdicción contencioso-administrativa el Título VI CE, que regula el Poder Judicial.

4.º Debido a su carácter de orden jurisdiccional especial, las normas contencioso-administrativas no diseñan un régimen completo de la materia procesal. El orden jurisdiccional *común*, en nuestro Derecho, es el Civil, que por ello también recibe el calificativo de *ordinario*. En razón al carácter común del orden civil, su principal norma reguladora (la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC), es supletoria de la normativa específica contencioso-administrativa (disp. final 1.ª de la LJCA). De modo que, *el régimen jurídico-positivo aplicable al orden contencioso-administrativo es el siguiente*:

— La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

— Las reglas y principios generales propios del Derecho administrativo, que pueden integrar las lagunas que se aprecien, en la medida que resulten de aplicación.

— La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aunque su aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo plantea no pocos problemas, debido a la diferente concepción estructural que los separa (BUSTILLO, GALLARDO).

5.º A pesar de todo lo anterior, la Administración pública no es un sujeto jurídico cualquiera. Debido a su alcance constitucional, y a la relevancia de las funciones que se le encomiendan, la Administración goza, como sabemos, de grandes privilegios, así como se encuentra condicionada al propio tiempo por una serie de principios y garantías constitucionales, que no vinculan a los sujetos privados. Ello repercute necesariamente en la posición jurídico-procesal de *la Administración*, que *se presenta revestida de particularidades incluso cuando se trata de litigar contra ella, o de ejecutar las sentencias de condena que se le impongan*. Estas especialidades serán destacadas oportunamente, pero conviene adentrarse en el estudio de esta Lección con la prevención de conocer su existencia, en términos generales.

Por otra parte, es un rasgo patológico de nuestro sistema de justicia administrativa la extraordinaria dilación de las instancias, especialmente en asuntos de elevada cuantía o referentes a disposiciones generales: para agotar todas las instancias judiciales no es extraño que se superen los ocho o diez años de litigio, con lo cual se presta una justicia tardía, que muchas veces es mera historia del Derecho, al haberse modificado o derogado las normas objeto de enjuiciamiento. Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige descender al caso concreto para determinar si se vulnera o no su contenido esencial (STC 187/2007); por ejemplo, dos años para celebración de un juicio en materia de extranjería (con expulsión del afectado) es un tiempo excesivo (SSTC 93/2008 y 58/2014).

2. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: EXTENSIÓN Y LÍMITES

Como pórtico competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 1 LJCA dispone: «Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley, y con los decretos legislativos cuando éstos excedan los límites de la delegación». Este ámbito de competencia jurisdiccional es improrrogable, debiendo apreciarse de oficio por el propio órgano judicial la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días (art. 5 LJCA).

FIGURA 2

Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

Premisa: art. 1 LJCA: «las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las *Administraciones Públicas* sujeta al *Derecho administrativo*»



Como se observa, la primera delimitación que efectúa el art. 1 LJCA es de *carácter subjetivo*: los juzgados y tribunales de este orden conocen de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación *de las Administraciones públicas*. Sobre esta delimitación opera una segunda, de *carácter material*, pues sólo corresponde al orden contencioso-administrativo conocer de los asuntos en que la Administración haya actuado con sujeción al Derecho administrativo, pero no los casos en que la Administración haya actuado de acuerdo con el Derecho privado. Para pormenorizar el ámbito competencial del orden contencioso-administrativo nos apoyaremos en esta doble delimitación, subjetiva y material.

2.1. ÁMBITO SUBJETIVO: INSTITUCIONES CUYA ACTUACIÓN ES IMPUGNABLE ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El resto del art. 1 LJCA se consagra a precisar el ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, aclarando, en primer lugar, qué se entiende por administraciones públicas, a efectos de aplicación de la Ley; y añadiendo que la actividad de otras instituciones distintas de la Administración también es controlable ante los tribunales contencioso-administrativos. Articularemos la exposición subsiguiente en tres apartados, según el tipo de sujeto al que hagamos referencia.

2.1.1. *Concepto de Administración pública en la LJCA*

El art. 1.2 LJCA establece que se entenderá a estos efectos por administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, cuando ejerzan funciones públicas. Además, la disposición adicional 4.^a LJCA precisa la competencia del orden contencioso-administrativo en relación con los actos dictados por estas entidades, conocidas como *administraciones independientes* (como el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.). Sobre todas estas entidades véase el Tema 9.

En resumen, se califican como administraciones públicas, a efectos de residenciar su control judicial ante el orden contencioso-administrativo, a *todos los entes del sector público, salvo los que hubieran adoptado formas de personificación estrictamente jurídico-privadas* (como las sociedades mercantiles, o las fundaciones en mano pública). Es de señalar que el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa no se corresponde pues —al menos expresamente— con el ámbito de aplicación del Derecho administrativo, pues como sabemos —Tema 1, § 3.3.3—, la LPAC y la LRJSP se aplican a las entidades privadas del sector público cuando ejerzan potestades administrativas. Esta asincronía de las normas debería remediarse mediante una modificación de la LJCA que amplíe expresamente su ámbito al ejercicio de potestades administrativas por sujetos con personalidad jurídico-privada.

2.1.2. *Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con actos de los órganos constitucionales distintos de la Administración pública*

En cuanto a la delimitación subjetiva de otras instituciones públicas cuya actividad también se residencia ante el orden contencioso-administrativo, el art. 1.3 LJCA atribuye al orden contencioso-administrativo competencia para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos de naturaleza administrativa (de personal, administración, y gestión patrimonial) adoptados por el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal

Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y las instituciones de éstas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto supone un régimen similar al recogido en el apartado anterior, pero aplicado aquí al Consejo General del Poder Judicial, y debiendo añadirse, además, otra serie de actuaciones llevadas a cabo por los tribunales de cualquier orden. Así, el art. 143.2 LOPJ establece que los acuerdos dictados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial serán recurribles en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo (que es la Tercera). De otro lado, el párrafo no deja claro si se incluye en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la conocida como «policía de estrados», esto es, el ejercicio de potestades disciplinarias por parte de los jueces, en relación con los abogados y procuradores que intervengan en cualesquiera causas (arts. 448 ss. LOPJ): por ejemplo, la sanción impuesta por un juez penal a un Abogado, por faltar al respeto debido al Tribunal. Las SSTC 190/1991, de 14 de octubre, 205/1993, de 11 de julio, y 197/2004, de 15 de noviembre, declaran que esta actividad de los tribunales reviste naturaleza jurisdiccional; por consiguiente, se debe entender que no cabe ejercer recursos contencioso-administrativos contra estas sanciones disciplinarias. En el mismo sentido, los acuerdos que autorizan o prohíben la presencia de periodistas en la sala de vistas se consideran vinculados al ejercicio de la actividad jurisdiccional y se entiende que no son actos administrativos (STC 53 y 54/2003). Por el contrario, otra serie de decisiones acerca del gobierno y policía de las salas de justicia sí suponen una actividad materialmente administrativa: por ejemplo, las decisiones en materia de personal, administración, gestión patrimonial, etc.

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. En efecto, la jurisdicción contencioso-administrativa se convierte de hecho en la competente para conocer de las impugnaciones interpuestas contra las actuaciones llevadas a cabo por la Administración electoral, a lo largo de los diferentes procedimientos electorales, como por ejemplo, un recurso interpuesto por un candidato a quien se hubiera excluido de una lista, privándole del derecho de sufragio pasivo. Esta atribución competencial repercute a todo lo largo de la LJCA, estableciéndose un régimen procesal específico para los denominados «recursos electorales».

En virtud de lo anterior, *el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se erige en el juez común de la actividad materialmente administrativa desempeñada por todos los entes e instituciones del sector público, ya se trate de la Administración, ya de otros órganos constitucionales que aplican parcialmente el Derecho administrativo, de manera instrumental a su función constitucional específica.*

2.1.3. *Competencia del orden contencioso-administrativo en relación con actos llevados a cabo por entes mixtos y por los particulares*

La Ley atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para conocer de recursos interpuestos por personas físicas y jurídicas no enmarcadas en el sector público. Esto es así, naturalmente, en la medida que tales personas ejerzan funciones públicas, y por consiguiente, actúen con sujeción al Derecho administrativo.

Según el art. 2.c) LJCA, corresponde a este orden jurisdiccional conocer de los recursos planteados contra los *actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público adoptados en el ejercicio de funciones públicas*. Como tuvimos ocasión de estudiar en su momento —Tema 9—, se trata de entidades compuestas por particulares, que ejercen funciones públicas, como manifestación del principio constitucional de participación. Por ejemplo, los colegios profesionales, como los de farmacéuticos, arquitectos, o abogados, que por atribución de la Ley ejercen funciones tan relevantes como los turnos de guardia de las farmacias, el visado de proyectos, o el establecimiento de turnos de oficio, respectivamente. También, las cámaras de comercio, industria y navegación, las cofradías de pescadores, las mancomunidades de regantes, etc. Estas instituciones persiguen finalidades de dos tipos radicalmente distintos: de Derecho público (como las que representa el ejercicio de las funciones citadas), y de Derecho privado (como la firma de convenios que abaraten los seguros que suscriban los miembros de la corporación, o la creación de un supermercado que les ofrezca sus productos a precio de costo, etc.). Pues bien, son residenciables ante el orden contencioso-administrativo los actos que las corporaciones de Derecho público realicen en el ejercicio de las funciones públicas que tuvieran encomendadas.

De otro lado, y conforme al art. 2.d) LJCA, también corresponden a este orden jurisdiccional *los actos de los concesionarios de servicios públicos que puedan ser recurridos directamente ante el orden contencioso-administrativo, así como los actos que dicte la Administración en orden a controlar o fiscalizar los dictados por los concesionarios en ejercicio de las potestades administrativas que tuvieran conferidas*. Por ejemplo, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales permite que se atribuya a los concesionarios de estos servicios la potestad de ejercitar la vía de apremio para el cobro de tarifas (art. 130 RSCL), para lo que el concesionario eleva en primer lugar a la entidad local una certificación de descubierto, que es objeto de fiscalización por parte de la corporación. Una vez fiscalizada, el concesionario puede tener atribuida la potestad de ejecución de oficio del descubierto. En tal caso, el particular afectado puede articular tanto un recurso contencioso-administrativo contra el acto de fiscalización de la entidad local, como un recurso contencioso-administrativo contra el embargo que haya girado el concesionario. Con ello, quedan ejemplificados los dos supuestos que contiene el párrafo en estudio.

2.2. ÁMBITO MATERIAL: ALCANCE SUSTANTIVO DE LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La Ley se preocupa de despejar ciertas dudas relativas al alcance de la jurisdicción, en materias de frontera, requeridas de tratamiento específico. De aquí deriva un doble orden de acotaciones: unas, que incluyen materias en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo; y otras, que dejan fuera de este ámbito ciertas actuaciones que, a pesar de ser desempeñadas por las administraciones públicas, corresponde recurrir ante otros órdenes jurisdiccionales diferentes.

Así, entre las *materias que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa*, nos encontramos las siguientes:

a) *Como regla general, todos los actos administrativos, los reglamentos, y los decretos legislativos*; estos últimos, en la medida que incurran en *ultra vires*, esto es, que excedan los límites de la delegación —art. 1.1 LJCA—. El control del exceso de la delegación legislativa por parte de los tribunales ordinarios es perfectamente cons-

titucional, sin que se encuentre reservado necesariamente al Tribunal Constitucional (SSTC 51/1982, 47/1984 y concordantes).

b) *Los actos políticos* del Gobierno, o de los consejos de Gobierno de las comunidades autónomas —art. 2.a) LJCA—, al concreto objeto de controlar:

1.º *Sus elementos reglados*. De este modo, el tribunal puede verificar que el acto político se haya dictado conforme al procedimiento establecido; que la competencia para dictar el acto corresponde efectivamente al Gobierno; y el cumplimiento de otros requisitos expresamente establecidos en las normas que resulten de aplicación. Por ejemplo, el Fiscal General del Estado es nombrado en virtud de un acto político del Consejo de Ministros, pero debe cumplir el requisito de ostentar más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión (art. 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal); el Gobierno efectuó un nombramiento que incumplía este requisito, y fue anulado por STS 28-6-1994, Ar. 5050. Entre los elementos reglados susceptibles de control la jurisprudencia maneja la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3—, que le lleva a anular actos discrecionales, como los indultos, cuando no se encuentren debidamente motivados con razones de justicia y equidad (STS 20/11/2013, Rec. 13/2013).

2.º *El respeto de los derechos fundamentales de la persona*. En su virtud, la inmunidad jurisdiccional del Gobierno debe decaer cuando entre en escena la protección de los derechos fundamentales de la persona, como la vida, la libertad, etc., que han de prevalecer sobre otros bienes jurídicos en un Estado de Derecho. Por ejemplo, los tribunales pueden desclasificar documentos de carácter secreto, cuando al hacerlo no se ponga en peligro la seguridad del Estado, y si con ello se permite salvaguardar los derechos constitucionales a la vida, a la libertad, y a la tutela judicial efectiva (STS 4-4-1997, Ar. 4.514, por la que se resuelve el asunto conocido como «los papeles del CESID»).

3.º *Las indemnizaciones patrimoniales* que hubieran de reconocerse como consecuencia de la adopción de un acto político.

Este precepto viene a zanjar, al menos provisionalmente, la conocida polémica acerca de los llamados actos políticos del Gobierno. Como nuevo avance en las técnicas de control del poder público, se reconoce la posibilidad de recurrir contra tales actos, algo que con anterioridad resultaba posible únicamente en virtud de los precedentes jurisprudenciales. El control se restringe a los aspectos citados, sin que pueda irrumpir en las materias propias de la decisión política del Gobierno, que constituye todavía un reducto insusceptible de fiscalización judicial. Por ejemplo, en el caso del Fiscal General del Estado, el Gobierno podrá designar a cualquier sujeto que cumpla el requisito de los quince años de ejercicio de la profesión, sin que el Tribunal pueda valorar si existía otra persona con mayores méritos para la designación, por cuanto que ésta constituye ya una decisión política, que únicamente corresponde realizar al Gobierno.

c) *Los contratos administrativos* —art. 2.b) LJCA—. Como es sabido, existe un tipo especial de contratos, llamado administrativo, que se encuentra regulado por el Derecho administrativo. Cualesquiera cuestiones litigiosas derivadas de estos contratos, ya versen sobre su adjudicación, ya sobre su ejecución, corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, si una empresa considera que su oferta reunía mejores condiciones que las restantes, y no fue seleccionada, podrá recurrir ante el orden contencioso-administrativo contra la adjudicación del contrato que efectuó la Administración.

d) *Los actos separables en los restantes contratos celebrados por la Administración* —art. 2.b) LJCA—. La Administración, en ciertos casos, también puede contratar conforme al Derecho privado, esto es, con arreglo al mismo régimen que regula los contratos entre particulares: el Derecho civil, el mercantil, el laboral, etc. Por ejemplo, los contratos de arrendamiento que suscriba la Administración se someten siempre a las leyes civiles de arrendamientos. En estos casos, tan sólo corresponden al orden contencioso-administrativo los recursos relativos a la adjudicación del contrato, a los que denominamos *actos separables*: por ejemplo, no se siguió el procedimiento establecido para contratar, o contrató un órgano administrativo incompetente. En cambio, las cuestiones referentes a la ejecución y cumplimiento del contrato se ventilarán ante el orden judicial correspondiente (civil o social, según el caso). Por ejemplo, una reclamación de intereses por demora en los pagos; o el despido improcedente de un trabajador de la Administración.

e) *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas* —art. 2.e) LJCA—. El precepto atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para resolver las pretensiones en materia de responsabilidad extracontractual que se sustancien frente a la Administración pública, debido a daños que ésta inflija a los particulares como consecuencia de sus actividades. El artículo aclara, además, que los restantes órdenes jurisdiccionales no podrán conocer de estos asuntos en ningún caso, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. El art. 9.4 LOPJ dispone que, tanto los particulares concurrentes en la producción del daño, como la compañía aseguradora de la Administración, pueden ser demandados conjuntamente con ésta ante el orden contencioso-administrativo: de este modo el litigio no se disgrega en dos órdenes jurisdiccionales distintos (el civil y el contencioso-administrativo), operando la *vis atractiva* a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa para permitir la continencia de la causa en un mismo proceso, como venía reclamando la doctrina.

f) *Las cuestiones prejudiciales incidentales* no pertenecientes al orden contencioso-administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, *salvo las de carácter constitucional o penal y los tratados internacionales* —art. 4 LJCA—. Esta competencia es de carácter instrumental. Se trata de reconocerle a la jurisdicción contencioso-administrativa la posibilidad de pronunciarse sobre asuntos que, sin constituir el fondo del proceso, se encuentran estrechamente ligados al mismo, y condicionan en cierto sentido su resultado. Por ejemplo, si la Administración expropia una finca, y en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el justiprecio (valor de lo expropiado) se plantea una discusión acerca de quiénes son realmente los propietarios del predio, existe una cuestión prejudicial de carácter civil, pues una vez esclarecido quién es el propietario también se concreta quién ostenta la condición de parte en el proceso, postergando a los demás. La finalidad de esta atribución, como hemos dicho, es meramente instrumental, pues con ella se persigue sencillamente agilizar los trámites procesales, evitando demoras que perjudicarían gravemente a las partes. De otro lado, la resolución de la cuestión incidental ante el orden contencioso-administrativo no goza del privilegio de cosa juzgada, ni producirá efectos fuera del proceso en que se dicte (art. 4.2 LJCA), de modo que podrá dilucidarse oportunamente un proceso ante el orden jurisdiccional competente, sobre esa misma cuestión, y la sentencia que recaiga en dicho orden específico puede permitir a los afectados interponer un recurso extraordinario de revisión, dirigido a modificar la sentencia recaída ante el orden contencioso-administrativo.

g) *Las materias que le atribuya expresamente una Ley* —art. 2.f) LJCA—. Este párrafo es una típica cláusula residual, carente de contenido propio: habrá que estar a

lo que dispongan otras normas, que atribuyen competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, el art. 113 de la Ley 31/2007, sobre Procedimientos de Contratación en Sectores Especiales, establece que la adjudicación de contratos en dichos sectores (agua, energía, transportes...), suscritos por empresas públicas o empresas privadas que dispongan de derechos exclusivos, son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y el art. 158.3 de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, adscribe al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones litigiosas derivadas de la preparación y adjudicación de contratos de construcción de carreteras por parte de sociedades públicas o empresas privadas.

h) *La autorización judicial para entrada domiciliaria* es también una competencia del orden contencioso-administrativo cuando dicha autorización sea necesaria al objeto de llevar a cabo la ejecución forzosa de un acto administrativo. Esta competencia se reconoce en el art. 9.5 LJCA, y resuelve un problema de interpretación que durante años presentaba esta materia.

Por otro lado, *no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa:*

a) *Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social*, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública —art. 3.a) LJCA—. Por ejemplo, los actos de gestión de personal laboral de las administraciones públicas son residenciables ante el orden social. Estas delimitaciones competenciales no son fáciles, sobre todo con el orden social (OLMEDA).

b) *El recurso contencioso-disciplinario militar* —art. 3.b) LJCA—. El Ministerio de Defensa forma parte de la Administración del Estado, y por consiguiente, los actos que dicta son residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero en lo relativo a la disciplina militar, existe una jurisdicción distinta, cuyo objeto es conocer precisamente de este tipo de asuntos, dada su especificidad; se trata de la jurisdicción militar, a cuya cima se encuentra la Sala Quinta del Tribunal Supremo, como aclarábamos al comienzo de esta Lección.

c) *Los conflictos de jurisdicción* entre los juzgados y tribunales y la Administración pública —art. 3.c) LJCA—. Se trata de diferencias de criterio entre la Administración y los tribunales, acerca de a quién corresponde conocer y resolver un determinado asunto. Para la resolución de este tipo de conflictos existen instrumentos procesales específicos, que son estudiados por el Derecho Procesal.

d) *Los conflictos de atribuciones* entre órganos de una misma Administración —art. 3.c) LJCA—. En este caso, ya conocemos el modo de resolver el conflicto, mediante instrumentos internos de la propia Administración, insusceptibles de ser modificados posteriormente en virtud de resolución judicial alguna.

e) *Los recursos directos* o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional.

f) *Las controversias jurídicas* relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en la LOFAGE, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes entre sí. Todos estos conflictos quedan sometidos a un arbitraje institucional regulado en la Disposición Adicional de la Ley 60/2003, de arbitraje (conforme a la redacción que le confiere la Ley 11/2011), por lo que están excluidos de la vía administrativa y jurisdiccional.

3. LA PLANTA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

3.1. SIGNIFICADO DE LA PLANTA JUDICIAL

Con el término *planta* de la jurisdicción estamos haciendo referencia al conjunto estructurado de órganos que componen el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La buena organización, y sobre todo, la suficiencia de medios humanos en sus distintos niveles, son elementos imprescindibles para la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva: en la medida que los tribunales no se encuentren bien estructurados, o que su número sea insuficiente, se ocasionan graves demoras en la resolución de los procesos y se frustra la expectativa de obtención de justicia de los recurrentes.

La regulación legal de la planta judicial contencioso-administrativa se aborda tanto por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (arts. 58, 66, 74 y 91), como por la LJCA (arts. 6 a 12). Se configura con un sistema de organización relativamente piramidal, en el que no cabe hablar propiamente de relaciones de jerarquía (en términos jurídico-administrativos), sino más bien de revisión de asuntos por instancias sucesivas, que pueden modificar las resoluciones judiciales anteriores; por ejemplo, la Sentencia que dicte un Juzgado provincial puede recurrirse ante un Tribunal Superior de Justicia, quien está habilitado para dictar otra resolución diferente, que se impone sobre la anterior. Además de esta estructura piramidal, existe un despliegue territorial de los órganos judiciales, a distintos niveles: Provincia, Comunidad Autónoma y centrales del Estado.

Es fácilmente perceptible la saturación de las instancias judiciales contencioso-administrativas. No sólo existe un diseño deficiente en la planta judicial, careciéndose de órganos absolutamente necesarios; sino que además, la dotación de efectivos humanos resulta claramente insuficiente para resolver el enorme volumen de recursos que se presentan, de modo que cada año ingresa en los tribunales contencioso-administrativos un número de recursos superior a los que se resuelven, acumulándose un retraso cada vez mayor. Como producto de todo ello, cada instancia judicial en el orden contencioso-administrativo viene a extenderse por un plazo medio de dos años, que puede alcanzar hasta cuatro o cinco en algunos tribunales (como muchos Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo) cuyo volumen de litigiosidad es mayor. En resumen, se aprecia un evidente colapso de los tribunales contencioso-administrativos, que pone en entredicho la realización del derecho a la tutela judicial efectiva.

La planta de los tribunales contencioso-administrativos se compone de los siguientes órganos (art. 6 LJCA):

- 1) Juzgados (provinciales) de lo contencioso-administrativo.
- 2) Tribunales Superiores de Justicia (Salas de lo contencioso-administrativo).
- 3) Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo.
- 4) Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo).
- 5) Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo).

Los juzgados (provinciales y centrales) son órganos unipersonales, es decir, que el titular del juzgado es un solo magistrado, quien dicta sentencia individualmente. Los restantes órganos resuelven siempre en formación colegiada, con al menos tres magistrados; es frecuente que los órganos colegiados se organicen en varias secciones de tres magistrados cada una, cuando tengan un elevado volumen de litigiosidad: por

ejemplo, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que cada año recibe y resuelve decenas de miles de asuntos, cuenta con diez secciones de tres magistrados cada una.

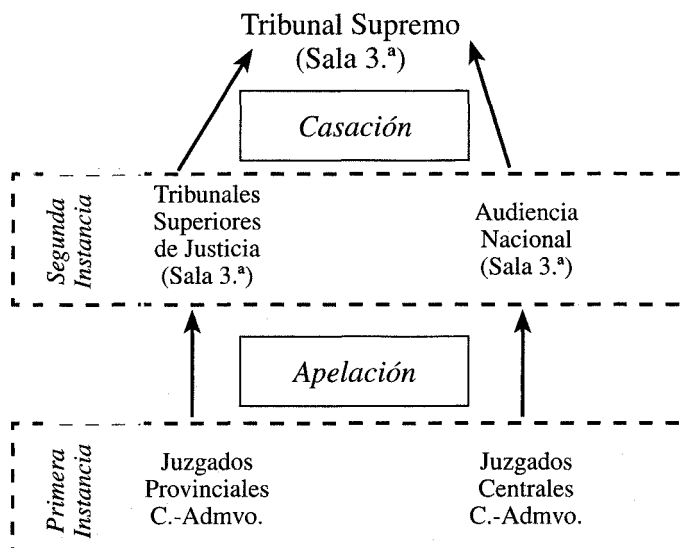
Con arreglo al art. 7 LJCA, los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar las sentencias que dictaren. La competencia de los Juzgados y Salas de lo Contencioso-administrativo no será prorrogable y deberá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. En caso de que se observe incompetencia, su declaración adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso.

3.2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Las competencias judiciales se atribuyen de acuerdo con diversos criterios, entre los cuales destacamos los siguientes:

a) *Criterio orgánico o subjetivo*: se reconoce la competencia del órgano judicial según cuál haya sido el órgano administrativo que hubiera dictado el acto o disposición a recurrir; por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia es competente para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos y disposiciones dictados por el Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma. En relación con este criterio, existe una regla que, aunque no adquiere el carácter de general, se establece en los distintos artículos que establecen la competencia de cada órgano judicial: cuando un órgano administrativo se limite a confirmar en vía de fiscalización o tutela el acto de otro órgano inferior, conocerá del asunto el tribunal competente para juzgar los actos del órgano inferior. Por ejemplo, si los Juzgados Centrales son los competentes para conocer de los actos dictados por los Directores Generales, y la Audiencia Nacional los de los Ministros, el acto que dicte un Ministro desestimando un recurso administrativo interpuesto contra el acto de un Director General será conocido por un Juzgado Central.

FIGURA 3



b) *Criterio funcional*: es el que determina los tribunales que son competentes para conocer de los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas por otros tribunales. En orden a comprender las competencias propias de cada órgano, que exponemos un poco más adelante, debe saberse que, conforme a este criterio, se establece si los tribunales conocen de un asunto en única, en primera, o en segunda instancia. Según la definición común, recogida en el *Diccionario de la Real Academia*, la instancia es: «cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley establece para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho». Si tenemos presente que en el orden contencioso-administrativo existen dos tipos principales de recursos contra sentencias, el de apelación y el de casación, y que sólo el primero permite juzgar sobre cuestiones de hecho, pues la casación se circunscribe a motivos de derecho, resulta que:

1.^a Se dice que un juzgado o tribunal contencioso-administrativo conoce de un asunto *en primera instancia* cuando su sentencia sea susceptible de recurso de apelación ante otro tribunal diferente. Por ejemplo, los Juzgados provinciales dictan en primera instancia sentencias que pueden ser recurridas en apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia.

2.^a Se dice que un tribunal contencioso-administrativo conoce de un asunto *en segunda instancia* cuando resuelva en apelación un recurso interpuesto contra una sentencia de otro tribunal del orden contencioso-administrativo. En el ejemplo anterior, los Tribunales Superiores de Justicia conocerían en segunda instancia del recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado provincial.

3.^a Se dice que un tribunal conoce de un asunto *en única instancia* cuando, no habiendo habido una instancia anterior en ese mismo asunto, la sentencia que recaiga no sea posteriormente susceptible de recurso de apelación (por ejemplo, por no reunir los correspondientes requisitos de cuantía).

c) *Criterio material*: atribuye competencias en razón de la materia. Por ejemplo, los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo conceden las autorizaciones para la entrada domiciliaria cuando resulte precisa para la ejecución de actos administrativos. Dentro de este tipo de atribución, pueden reconocerse competencias por razón de la cuantía.

d) *Criterio territorial*: distribuye la litigiosidad en función del lugar donde se produce. Existen órganos con jurisdicción en todo el Estado (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, y Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo); y otros con jurisdicción en partes concretas del territorio (Tribunales Superiores de Justicia, y Juzgados Provinciales de lo Contencioso-administrativo). De otro lado, el art. 14 LJCA establece ciertas reglas, que resultan de aplicación para determinar el órgano judicial que es competente para conocer de asuntos en los que pueden existir varios tribunales territorialmente competentes. Como regla general se establece que resulta competente para conocer de un asunto el tribunal en cuya circunscripción tenga su sede el órgano administrativo que dictó el acto o disposición impugnado.

3.3. COMPETENCIAS DE LOS DISTINTOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A continuación exponemos las diferentes competencias que corresponden a cada órgano judicial, teniendo presente que, en un mismo órgano, confluyen competencias

atribuidas por criterios subjetivos, materiales, funcionales, etc. La delimitación de competencias es extraordinariamente compleja, y con ella se persigue atribuir cada asunto al órgano más idóneo para resolverlo, según la relevancia del problema. Además, cabe adelantar que los órganos judiciales tienen su cúspide en el Tribunal Supremo, agrupándose los restantes de dos en dos: por una parte, Juzgados (provinciales) y Tribunales Superiores de Justicia; y por otra, Juzgados Centrales y Audiencia Nacional.

3.3.1. *Competencias de los Juzgados (provinciales) de lo Contencioso-Administrativo (art. 8 LJCA)*

Resumidamente, los juzgados (provinciales) de lo contencioso-administrativo conocen de asuntos de relevancia menor, en los que se juzgan actuaciones llevadas a cabo por las entidades locales, por la Administración central o periférica de las Comunidades Autónomas (pero no el Consejo de Gobierno), y por la Administración periférica (pero no la central) del Estado. Los Juzgados provinciales pueden conocer de asuntos en única o primera instancia: en única instancia, cuando las sentencias que dicten en el caso no sean susceptibles de recurso de apelación; y en primera instancia, cuando sean susceptibles de recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. A continuación se exponen las competencias, partiendo de un criterio esencialmente orgánico.

1. Conocen de los recursos que se interpongan contra *actos* (pero no reglamentos) de las *entidades locales*, y de los entes instrumentales dependientes de las mismas, excluidas las impugnaciones de instrumentos de planeamiento urbanístico de cualquier clase.

2. Conocen de los recursos que se interpongan contra *actos administrativos* (no reglamentos) de los órganos centrales de las *Comunidades Autónomas* (salvo los dictados por el Consejo de Gobierno), y siempre que tengan por objeto:

a) Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.

b) Sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

c) Reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.

Como se observa, el precepto articula una doble delimitación, de carácter orgánico y material: *orgánico*, por cuanto que las competencias referidas se circunscriben a actos dictados por las entidades locales y sus entidades dependientes; y *material*, por cuanto que, dentro de éstos, sólo les corresponden una serie concreta de actos: como veremos a continuación, los restantes actos de las corporaciones locales son susceptibles de recurso ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

3. Conocerán de los recursos interpuestos contra cualesquiera actos y *reglamentos* de las administraciones *periféricas* del Estado y de las Comunidades Autónomas (el párrafo anterior era relativo a actos, no reglamentos, y de la Administración central, no periférica, de las Comunidades Autónomas). También conocen de los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional (por ejemplo, un acto de una Delegación Provincial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria).

Además, cuando una autoridad superior confirme en vía de fiscalización o tutela la resolución dictada por uno de estos órganos periféricos, también corresponderá conocer del asunto al Juzgado Provincial. Por ejemplo, si un Ministro desestima un recurso de alzada interpuesto contra el acto de un Delegado del Gobierno, cabrá interponer el recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Provincial. O también, si el Director General de Tráfico (la DGT es Organismo Autónomo), desestima un recurso de alzada interpuesto contra el acto de un Jefe Provincial de Tráfico, conocerá del recurso el Juzgado Provincial.

Se exceptúan, en todo caso, los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o los que se dicten en ejercicio de competencias sobre el dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales. La competencia en estas materias es de los Tribunales Superiores de Justicia.

4. Corresponde igualmente a los Juzgados la competencia sobre todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

5. También corresponden a los Juzgados Provinciales ciertos *asuntos de naturaleza electoral*, concretamente, las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona, y las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuados por cualquier Junta Electoral.

6. Por último, corresponde asimismo a los Juzgados provinciales conceder *las autorizaciones para la entrada domiciliaria* cuando resulten precisas para la ejecución forzosa de actos administrativos; por ejemplo, para proceder a un desahucio administrativo ordenado por ruina de un inmueble, o también, para inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia. También corresponde a los juzgados autorizar o ratificar las medidas que adopten las autoridades sanitarias para protección de la salud pública cuando impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental (por ejemplo, la orden preventiva de aislamiento de enfermos altamente contagiosos).

3.3.2. *Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10 LJCA)*

Los Tribunales Superiores de Justicia se encuentran concebidos como la cima de la organización judicial de cada Comunidad Autónoma. Por consiguiente, ostentan la función de resolver en instancias definitivas (ya sean única o segunda) los asuntos en que se aplique el Derecho propio de la Comunidad Autónoma. Sus sentencias no son susceptibles de recurso de apelación. En cualquier caso, sí cabe interponer contra ellas, cuando proceda, un recurso de casación ante el Tribunal Supremo; pero este recurso no ostenta la condición de una nueva instancia, como hemos de estudiar más adelante.

Entre las competencias más destacables de estos Tribunales se encuentra la de conocer, en segunda instancia, de los recursos de apelación o queja interpuestos contra sentencias de los Juzgados (provinciales) de lo Contencioso-Administrativo. Disfrutan, además, de una competencia residual: les corresponde conocer, en única instancia, de todos los asuntos que no se hayan atribuido expresamente a otros órganos de este mismo orden jurisdiccional, art. 10.1.m) LJCA. En particular, ostentan las siguientes competencias:

1. En única instancia conocen de:

a) Los actos de las entidades locales y de las comunidades autónomas que no estén atribuidos a los Juzgados Provinciales.

b) Las disposiciones generales emanadas de los órganos centrales de las comunidades autónomas, y de las entidades locales.

c) Los actos y disposiciones de los parlamentos e instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

d) Los actos dictados por los tribunales económico-administrativos regionales y locales que pongan fin a la vía administrativa.

e) Las resoluciones dictadas por el tribunal económico-administrativo central en materia de tributos cedidos.

f) Los actos y disposiciones de las juntas electorales provinciales, y de las juntas electorales de las comunidades autónomas, sobre proclamación de electos y elección y de presidentes de corporaciones locales.

g) Los convenios entre administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

h) La prohibición o propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión.

i) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado con competencia en todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado, en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

j) Los actos y resoluciones dictados por órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el art. 311 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

l) Las resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales.

2. Les corresponden, por otra parte, una serie de competencias cuyo régimen jurídico hemos de estudiar más adelante:

a) Conocer de los recursos de revisión planteados contra las sentencias firmes de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

b) Conocer de las cuestiones de competencia entre los juzgados de lo contencioso-administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

c) Conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el art. 99 LJCA.

d) Conocer del recurso de casación en interés de ley que regula el art. 101 LJCA.

3.3.3. *Competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (art. 9 LJCA)*

La función principal de estos Juzgados es la de operar como primera o única instancia en asuntos relativos a los órganos centrales de la Administración del Estado. En particular, los siguientes:

FIGURA 4

		JUZGADOS	TTSSJ	JUZGADOS CENTRALES	AN	TS
ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	CONSEJO DE MINISTROS; Com. Deleg. Gob.					en todo caso
	MINISTROS			en materia de personal	en general	
	SECRET. DE ESTADO			en materia de personal	en general	
	OTROS ÓRGANOS CENTRALES		en general	sanciones >60.000 euros o cese actividades-privación derechos >6 meses		
	ÓRGANOS PERIFÉRICOS	en general, asuntos <60.000 euros, salvo asignados a TSJ	asuntos >60.000 euros, y dominio público, obras públicas, propiedades especiales, expropiación			
	ENTIDADES INSTRUMENTALES	en general, entidades sin competencia en todo el territorio nacional		en general, entidades con competencia en todo el territorio nacional		
ADMINISTRACIÓN CC.AA.	CONSEJO GOBIERNO		en todo caso			
	ÓRGANOS CENTRALES	personal, sanciones <60.000 euros, responsabilidad patrimonial <30.050 euros	en general			
	ÓRGANOS PERIFÉRICOS		en general			
ENTIDADES LOCALES	REGLAMENTOS		en todo caso			
	ACTOS	En todo caso, salvo instrumentos de ordenación urbanística				

a) Los dictados por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, pues esta última competencia corresponde a la Audiencia Nacional.

b) Los actos de los órganos centrales de la Administración del Estado dictados en las mismas materias que regula el art. 8.2.b) LJCA, esto es, sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros, y cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

c) Los recursos contra actos y reglamentos de organismos públicos y entidades de la Administración del Estado con competencia en todo el territorio nacional, salvo

que se trate de materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa, pues estos últimos corresponden a los Tribunales Superiores de Justicia.

d) Los recursos contra resoluciones dictadas por Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.

e) En primera instancia, de las resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo político.

f) En única o primera instancia, de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo del Deporte en materia de disciplina deportiva.

Por otra parte, la Ley 4/2011, de Economía Sostenible, atribuye a los juzgados centrales importantes competencias en materias relativas a la sociedad de la información; en particular: *a*) cuando un servicio de la sociedad de la información atente contra ciertos principios (salvaguardia del orden público, de la seguridad pública, protección de la salud pública, respeto a la dignidad de la persona, derechos de propiedad intelectual...), corresponde a estos juzgados conceder la autorización judicial para que el órgano administrativo de control pueda obtener los datos identificativos de quien esté incurriendo en tales conductas; y *b*) autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual (Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico).

3.3.4. *Competencias de la Audiencia Nacional (art. 11 LJCA)*

La Audiencia Nacional conoce en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas por los Juzgados Centrales. Además, le corresponde conocer en única instancia de ciertos recursos de mayor relieve, presentados contra actos y disposiciones de los órganos centrales de la Administración del Estado, y en particular, de los recursos presentados contra los siguientes actos y disposiciones:

a) Los dictados por los Ministros y Secretarios de Estado en general.

b) Los dictados por los Ministros y Secretarios de Estado, cuando rectifiquen en vía de recurso administrativo los actos dictados por otras autoridades inferiores. Si las resoluciones de los recursos administrativos dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado son desestimatorias, corresponderá la competencia al órgano judicial que sea competente para conocer del acto originario.

c) Los dictados por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal, cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

d) Los dictados por los órganos centrales del Ministerio de Defensa, en cualquier asunto relativo a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos. Esta competencia, de carácter específico, impide que otros órganos judiciales contencioso-administrativo conozcan de estos asuntos, aunque fueran competentes para ello si se aplicaran las reglas generales.

e) Los dictados por el Ministro de Economía y Hacienda, y el Tribunal Económico-administrativo Central, en materia económico-administrativa, salvo que se trate de tributos cedidos, pues la competencia en relación con estos últimos corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia.

f) Los recursos interpuestos contra los actos dictados por la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.

g) De los recursos contra los actos del Banco de España y del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria adoptados conforme a lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

h) Los actos dictados por la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, y de prórroga de los plazos de aplicación de las medidas adoptadas por dicha comisión.

i) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por otra parte, también se encomienda a la Audiencia Nacional la competencia para conocer directamente de una gran variedad de actuaciones de administraciones instrumentales e independientes, como la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades y Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. —Disp. adic. 4.^a LJCA—.

Asimismo, la Audiencia Nacional conoce de ciertas competencias cuyo régimen jurídico todavía no conocemos, y en particular, del recurso de revisión contra sentencias firmes dictadas por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, y de las cuestiones de competencia que se puedan suscitar entre los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

3.3.5. Competencias del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA)

El Tribunal Supremo conoce en única instancia de los asuntos contencioso-administrativos relativos a los máximos órganos del Estado, y en particular los siguientes:

a) Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial.

c) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.

Además, disfruta de una serie de competencias cuyo régimen jurídico estudiaremos más adelante: los recursos de casación de cualquier modalidad; los recursos de casación y revisión contra resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas; y los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

En cuanto a las competencias en materia de contencioso-electoral, le corresponde conocer de los recursos interpuestos contra actos y disposiciones de la Junta Electoral Central, así como los recursos contra proclamación de electos. Por último, también le corresponde conocer de los recursos contra acuerdos adoptados en el procedimiento para elección de los miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales.

Como último comentario acerca de de la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe advertir un gran esfuerzo del legislador por conferir cada asunto al órgano judicial más apto para juzgarlo, tomando en consideración simultáneamente el interés del recurrente en acelerar la terminación del proceso, y el interés público por encomendar los asuntos más relevantes a órganos de carácter colegiado. No obstante, el nuevo diseño introduce delimitaciones competenciales tremendamente complejas.

3.4. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Conforme al art. 14.1 LJCA, La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas:

Primera. Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.

Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado. Ahora bien, Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración Local, la elección a que se refiere esta regla segunda se entenderá limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.

Tercera. La competencia corresponderá al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada.

Además, cuando el acto originario impugnado afectase a una pluralidad de destinatarios y fueran diversos los Juzgados o Tribunales competentes según las reglas anteriores, el art. 14.2 dispone que la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado

4. LAS PARTES EN EL PROCESO: CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN; REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

En esta materia existen escasas especialidades, rigiéndose en términos generales por lo dispuesto en la LECiv —EMBIID—.

4.1. LA CAPACIDAD PARA LITIGAR EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La capacidad procesal es la *aptitud genérica que una persona tiene para ser demandante o demandado en un proceso, cualquiera que éste sea y aunque nunca llegue a litigar* —CORDÓN—. Según el art. 18 LJCA, «tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la LECiv, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela». Como se observa, la capacidad procesal contencioso-administrativa viene a corresponderse con la capacidad para ser parte en los procedimientos administrativos.

El segundo párrafo del mismo artículo reconoce además capacidad procesal a los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, cuando la ley así lo declare expresamente.

4.2. LA LEGITIMACIÓN

Legitimación es *aptitud para ser parte —demandante o demandado— en un determinado proceso* —GONZÁLEZ PÉREZ—. La legitimación supone por tanto una relación o conexión con un concreto proceso. Naturalmente, quienes se encuentran capacitados procesalmente no pueden ser parte en todos los pleitos que se produzcan, sino que debe existir una relación entre el objeto litigioso y quienes ostenten la condición de parte en ese concreto asunto. Según el art. 19.1 LJCA, están legitimados ante el orden contencioso-administrativo:

a) *Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.* Conviene recordar que: 1) *Un derecho* (o derecho subjetivo) es una situación jurídica individualizada reconocida por el ordenamiento jurídico, pudiendo derivar tanto de un acto como de una norma; 2) *El interés legítimo*, concepto al que hace referencia el art. 24.1 CE, ha sido definido por el Tribunal Constitucional como «la relación unívoca existente entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto» (STC 195/1992, ATC 327/1997, y concordantes; la doctrina constitucional se apoya en la que previamente había sido establecida por el orden contencioso-administrativo, en particular, mediante las SSTs 18-12-1974, Ar. 4.968, y concordantes). Por ejemplo, un fabricante de vinos tiene interés legítimo en impugnar un reglamento que establezca los requisitos para su embotellado, pues anulando el reglamento, puede obtener beneficios o perjuicios, actuales o futuros, pero ciertos.

b) *Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades* que resulten afectados o se encuentren legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

c) *Las administraciones públicas, para litigar entre sí*, en la medida que se afecte a su respectivo ámbito de autonomía o competencias, o a sus derechos e intereses legítimos; la Ley reconoce tal legitimación en diferentes apartados del art. 19.1 al Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de cualquier Administración. A estos procesos los denominamos contenciosos interadministrativos (entre administraciones públicas). Por ejemplo, un Ayuntamiento puede recurrir contra una disposición de una Comunidad Autónoma, o de cualquier organismo público, que afecte al ámbito de la autonomía local. El art. 44 LJCA, para evitar en lo posible la litigiosidad, regula un requerimiento potestativo que puede dirigir una Administración pública a otra para que enmiende la actuación controvertida.

d) *El Ministerio Fiscal* para intervenir en los procesos que determine la Ley.

e) *Cualquier ciudadano*, en ejercicio de la *acción popular* (también llamada *acción pública*), figura de carácter excepcional: en supuestos específicos y tasados se reconoce a cualquier ciudadano legitimación procesal, aunque no ostente un derecho o interés legítimo. Esto se hace para preservar la legalidad, en materias especialmente sensibles, que merecen el máximo control, como es el caso del urbanismo (REGO). Por ejemplo, el art. 304 del RD Legislativo 1/1992, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, reconoce la acción popular para exigir la observancia de la legislación urbanística, de modo que cualquier ciudadano que aprecie la comisión de una infracción urbanística se encuentra legitimado para exigir su corrección, incluso mediante la interposición de recursos jurisdiccionales. Esta misma acción se encuentra reconocida, entre otras, en materia de patrimonio histórico (art. 8.2 de la

Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español), o de costas (art. 109 de la Ley 22/1988, de Costas).

f) *Los vecinos*, en nombre e interés de las Entidades locales, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del régimen local (art. 68 de la Ley 7/1985, LRBRL).

g) *Los sindicatos y asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres*, para recurrir en defensa de dicho derecho —letra i) del art. 19.1 introducida por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—.

h) *En materia de dopaje*, están legitimados para recurrir las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte, además del deportista sancionado, otra serie de sujetos que ostentan competencias en la materia (como la Federación deportiva internacional correspondiente, la AMA, el organismo antidopaje del país de residencia del sujeto, o la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte), la eventual parte contraria, y el COI o el CPI cuando la resolución afecte a los Juegos Olímpicos o Paralímpicos.

En materia de legitimación, cabe *distinguir entre legitimación activa y pasiva, esto es, entre parte demandante y parte demandada* respectivamente.

En el proceso contencioso-administrativo, la *parte demandante (legitimación activa) es la que interpone el recurso*. En este sentido, conviene precisar quiénes carecen de legitimación activa, es decir, los que no pueden interponer un recurso contra una Administración pública (art. 19 LJCA):

a) *Los órganos de una Administración, contra los actos dictados por la propia Administración*. Lo cual es coherente con el principio *non venire contra factum proprium* (nadie puede ir contra sus propios actos), toda vez que dos órganos de una Administración se integran en la misma persona jurídica (Tema 2). Por ejemplo, si un Ministro modifica la decisión de un Director General al resolver un recurso administrativo interpuesto contra el acto, el Director General no podrá recurrir la decisión del Ministro. Una Administración sólo puede recurrir contra sus propios actos previa declaración de lesividad —Tema 17—. Existe una excepción a esta regla —art. 19.4 LJCA—: las Administraciones públicas podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad de declaración de lesividad. En este caso, los citados órganos resolutorios de los recursos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto —art. 21.3 LJCA—.

b) *Los entes instrumentales, respecto de la actividad de la Administración de que dependen*. Por ejemplo, un organismo autónomo del Estado no puede recurrir contra el Estado. La excepción a esta regla viene representada por los entes instrumentales que gocen de un régimen de autonomía respecto de la Administración: son supuestos tasados, entre los que pueden mencionarse el Banco de España, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c) *Los miembros de un órgano colegiado, contra los actos dictados por el mismo*, salvo cuando la Ley lo autorice expresamente; por ejemplo, el art. 63.1.b) LRBRL permite a los miembros de las corporaciones locales recurrir contra los actos y acuerdos de ésta cuando hubieran votado en contra.

d) *Los particulares, cuando obren por delegación o como simples agentes o mandatarios de la Administración*. Esto es una regla general, que puede verse excep-

cionada legalmente. Por ejemplo, los particulares prestatarios de servicios públicos sólo pueden recurrir contra la actividad de la Administración relativa al servicio público en los términos reconocidos por la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto a la *parte demandada (legitimación pasiva)*, y sin perjuicio de lo que digamos en su momento en relación con el proceso de lesividad, ostentan tal condición en el proceso contencioso-administrativo:

a) La Administración pública u órgano constitucional que hubiera dictado el acto o disposición recurridos.

b) En el caso de recurso indirecto contra reglamentos, si el acto fue dictado por una Administración diferente de la autora del reglamento, ambas tendrán consideración de partes demandadas. Por ejemplo, cuando la Comunidad Autónoma dicta un reglamento en materia turística, y el acto de aplicación es dictado por un Ayuntamiento: si el recurso para anular el acto se basa en un vicio de nulidad del reglamento, tendrán consideración de parte demandada tanto el Ayuntamiento como la Comunidad Autónoma.

c) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante y consten en el expediente. Por ejemplo, si la Administración adjudica un contrato a la empresa A, y la empresa B, que también participó en el procedimiento de adjudicación, interpone un recurso, tendrán la condición de parte demandada tanto la Administración, como la empresa A, puesto que si se estima el recurso, pueden afectarse los derechos de A. Este régimen, al hacerse extensivo a los titulares de intereses legítimos, ha supuesto la eliminación de la figura del coadyuvante, reconocida en la antigua Ley, refundiéndola en la posición procesal de parte demandada, y asimilándola con ella. Por ejemplo, en el supuesto anterior, si la empresa A subcontrató con la empresa C una parte del objeto del contrato, la empresa C, que no ostenta un derecho derivado del acto de adjudicación, sino un mero interés legítimo en su mantenimiento, alcanza, no obstante, la condición de parte demandada.

d) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

4.3. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS PARTES

Según dispone el art. 23 LJCA, las partes no pueden comparecer en juicio por sí mismas, debiendo conferir su representación —postulación— a un Procurador, y someterse a la dirección letrada de un Abogado. La representación se confiere en virtud de poder notarial. En relación con estas reglas generales, se establecen las siguientes especialidades.

a) Cuando sea competente para conocer del recurso un órgano unipersonal de la jurisdicción, no resulta preciso que las partes se encuentren representadas por Procurador, pudiendo realizar la función de representación el Abogado. Como sabemos, los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa son los juzgados provinciales y centrales; los restantes son órganos colegiados.

b) Tras la Ley 10/2012, los funcionarios públicos han perdido la facultad que les asistía de comparecer sin representación cuando litigasen por razones de personal. Actualmente se rigen por las reglas generales.

FIGURA 5

Las partes en el proceso

Capacidad: aptitud para comparecer en juicio: art. 18: ampliada a menores y a grupos, uniones sin personalidad o patrimonios, cuando lo permita la ley.

Legitimación general:

- Las personas físicas o jurídicas que ostenten derechos o intereses legítimos.
- Las corporaciones, asociaciones, sindicatos o entidades afectados o legalmente habilitados.
- Las Administraciones públicas, para litigar entre sí, en su respectivo ámbito de autonomía o competencias, o en defensa de sus derechos e intereses legítimos.
- El Ministerio Fiscal, cuando lo determine la Ley.
- Los ciudadanos, en ejercicio de la acción popular (supuestos legales tasados).
- Los vecinos, en nombre e interés de las corporaciones locales.

Activa (demandante); no pueden serlo:

- Los órganos y entidades de una Administración, contra los actos de ésta.
- Los miembros de órganos colegiados.
- Los particulares que obren por delegación de la Administración, o como agentes suyos.

Pasiva (demandado); son:

- La Administración u órgano constitucional autores del acto o reglamento impugnado.
- Recurso indirecto contra reglamento: también la Administración que lo dictó, si es diferente.
- Las personas o entidades cuyos derechos e intereses pudieran verse afectados.

Representación y defensa:

regla general: Abogado y Procurador;
excepciones:

- Ante órganos unipersonales sólo se exige Abogado.
- Los funcionarios públicos pueden comparecer por sí mismos, salvo separación.
- Las administraciones tienen cuerpos propios de letrados.

c) Las administraciones públicas comparecen normalmente representadas y asistidas por sus propios cuerpos de letrados. Así:

1. La Administración del Estado, por los Abogados del Estado (Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), integrados en el Servicio Jurídico del Estado (configurado como Dirección General, integrada en el Ministerio de Justicia).

2. Las Comunidades Autónomas, por sus propios cuerpos de titulados en Derecho; en la mayoría de los casos, se denomina cuerpo de Letrados, como es el caso de Andalucía, Canarias, Castilla y León, Comunidad de Madrid, Región de Murcia, etc.

3. En las entidades locales, las Diputaciones Provinciales cuentan con servicios jurídicos, que no sólo ostentan la función de representar y asistir a la propia Diputación, sino igualmente, a todos los municipios de la Provincia; constituye, por tanto, un servicio común, que abarata los costes. No obstante, los municipios pueden contratar los servicios específicos de profesionales privados.

4. También pueden existir cuerpos de letrados o asesores jurídicos externos que representen en juicio a otras Administraciones, como es bastante común con los servicios de salud, universidades, etc.

Cuanto hemos analizado en relación a las partes del proceso contencioso-administrativo puede resumirse con el esquema de la figura 5.

5. EL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En el orden contencioso-administrativo, el objeto del recurso es aquello que la parte pide, esto es, las «pretensiones de las partes»: la anulación de un acto; el reconocimiento de una indemnización; etc. No obstante, la Ley lleva a cabo una acotación previa, en la que únicamente permite ejercer tales pretensiones sobre una serie concreta de actuaciones u omisiones de la actuación: es lo que denomina «actividad administrativa impugnabile». Expongamos sistemáticamente ambas cuestiones.

5.1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE

5.1.1. Regulación general

El proceso contencioso-administrativo se construyó tradicionalmente como un recurso contra una actuación previa de la Administración, como un «recurso al acto». Si no existía una previa actuación administrativa, tampoco podía recurrirse contra la Administración. El principio, que determinó lo que conocemos como «carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», ha evolucionado con los tiempos, al efecto de conceder una tutela jurisdiccional más amplia a los administrados. Así, inicialmente, sólo podía recurrirse contra actos administrativos expresos; posteriormente se ideó la técnica del silencio administrativo negativo, para permitir el acceso a la jurisdicción de pretensiones contra la inactividad administrativa en procedimientos iniciados a instancia de parte; más tarde, se reconoció asimismo la posibilidad de recurrir contra la vía de hecho; etc. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 representa un paso más para el desmantelamiento del dogma del carácter revisor de la jurisdicción, reconociendo la posibilidad de interponer recursos contencioso-administrativos contra otra serie de actuaciones de la Administración, y especialmente, contra su inactividad, en ciertos casos. Concretamente, la *actividad administrativa que se puede impugnar* según los arts. 25 ss. LJCA, es la siguiente:

a) *Las disposiciones de carácter general* (reglamentos), art. 25.1 LJCA. Se trata del recurso directo contra reglamentos —véase Tema 4—.

b) *Los actos administrativos definitivos, expresos o presuntos, que pongan fin a la vía administrativa*. Si el acto no agota la vía administrativa no será susceptible de recurso contencioso, debiendo interponerse previamente el recurso administrativo o reclamación correspondiente. Por otra parte, un acto administrativo que sea aplicación de un reglamento podrá impugnarse con base en los vicios de que adolezca este último (art. 26 LJCA), lo que conocemos como «recurso indirecto contra reglamentos» —Tema 4—.

c) *Los actos de trámite*, si 1) deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, 2) producen in-

defensión o 3) producen perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (art. 25.1 LJCA). Los casos en que los actos de trámite resultan recurribles con carácter general fueron analizados con ocasión del estudio del art. 112 LPAC —materialmente equivalente a éste— y de los recursos administrativos —Tema 18—. Debemos precisar que si el acto de trámite era susceptible de recurso en vía administrativa, debe interponerse previamente este recurso, para provocar el agotamiento de la vía administrativa, y poder recurrirlo posteriormente ante el orden contencioso-administrativo.

d) *La vía de hecho* (art. 30 LJCA), esto es, las actuaciones llevadas a cabo por la Administración al margen de todo procedimiento previo —véase Tema 16—; por ejemplo, la ocupación de una porción de terreno no expropiado para la construcción de una obra pública. La Ley de 1956 no contemplaba expresamente la posibilidad de recurrir ante el orden contencioso-administrativo contra las vías de hecho, aunque la jurisprudencia del Supremo sí admitía tales recursos, siguiendo en este punto a la doctrina (LÓPEZ MENUDO). La nueva Ley eleva a rango legal este anterior criterio jurisprudencial, aunque introduce un elemento adicional: la posibilidad de que el particular, antes de interponer el recurso contencioso-administrativo, formule un requerimiento a la Administración, intimando la cesación de la vía de hecho; el requerimiento es meramente potestativo (STS 1-6-2004, Rec. 4.144/2000). Transcurridos diez días desde la intimación, podrá interponer el recurso contencioso-administrativo. La doctrina critica la insuficiencia de la Ley, entendiendo que debía admitirse el recurso contra toda actividad material de la Administración y no sólo la que incurra en vía de hecho (HUERGO).

e) *La inactividad de la Administración*, en los términos reconocidos por el art. 29 de la Ley. La posibilidad de recurrir contra la inactividad de la Administración constituye una novedad de la Ley de 1998 largamente reclamada por la doctrina (NIETO ya lo pedía en 1962). Para facilitar la comprensión de este concepto resulta conveniente articular a continuación epígrafes específicos.

5.1.2. *La inactividad de la Administración cuando esté obligada a realizar una prestación concreta (art. 29.1 LJCA)*

Conforme al art. 29.1 LJCA, «Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación». Esta modalidad del recurso se ha calificado como inactividad administrativa *prestacional* —SÁNCHEZ MORÓN—, para evidenciar que se trata de exigir la realización actividades de hacer o prestacionales de la Administración, y diferenciarla de la inactividad regulada en el art. 29.2 LJCA, a la que se califica como *ejecutiva*, pues lo que se pide es la ejecución material de un acto administrativo previo.

En relación con este artículo, llama poderosamente la atención, en primer lugar, la evidente *desconexión que existe entre su contenido literal y el que pretende conferirle la Exposición de Motivos de la Ley* (apartado V, párrafo 8.º), que lo restringe notablemente. Según la Exposición de Motivos, el recurso se dirige a obtener de la Administración una prestación material debida, o la adopción de un acto expreso *en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo*. Pero esto no es lo que dice el art. 29, cuya redacción permite perfec-

tamente entender incluidos en su regulación todos los actos administrativos (por tanto, también los presuntos).

De otro lado, el art. 29.1 exige que la prestación a que se encuentre obligada la Administración beneficie a una o varias personas determinadas, lo que hace dudar de la posibilidad de recurrir contra la inactividad de la Administración en el caso de prestaciones generales a que tengan derecho todos los ciudadanos. En este sentido, también sostiene la Exposición de Motivos que los tribunales contencioso-administrativos no pueden dirigir mandatos precisos a la Administración acerca de la creación de servicios o realización de actividades. Sin embargo, algunas disposiciones normativas imponen la prestación obligatoria de ciertos servicios por la Administración. Así, el art. 26.1.a) LRBRL establece que todos los municipios deberán prestar, obligatoriamente, determinados servicios, como alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, y otros; si bien se trata de servicios generales, es posible defender, por ejemplo, que los ciudadanos de una calle que no cuente con alumbrado público, quienes constituyen un grupo concreto de beneficiarios del servicio, se encuentran en disposición de exigir su prestación al Ayuntamiento correspondiente conforme al art. 29.1 LJCA.

En razón de lo expuesto es dudoso el alcance que puede conferirse al recurso contra la inactividad de la Administración. En definitiva, el primer comentario que merece el artículo es la incógnita que suscita su presupuesto de hecho. Únicamente la jurisprudencia dictada en aplicación del precepto podrá despejar estas dudas. Hasta el momento son muy escasos los precedentes jurisprudenciales recogidos en los repertorios acerca de este precepto, la mayoría de ellos han fallado la desestimación de los recursos: STS 21-1-2002, Ar. 3.155; STS 24-7-2000, Ar. 289/2001; STS 18-2-05, Ar. 3.781; o la STSJ Extremadura 6-6-2002, Rec. 237/1999. En este último asunto, muy expresivo de cuanto venimos diciendo, la Asociación para la Defensa de la Vida Ciudadana Puerta del Pilar interpone recurso contra desestimación presunta de una petición de cumplimiento por el Ayuntamiento de Badajoz de las Ordenanzas Municipales relativas al uso de zonas verdes, sobre protección ambiental en materia de contaminación acústica, de limpieza urbana y de policía urbana. La demandante en el suplico de su escrito de demanda solicita que se condene al Ayuntamiento de Badajoz al cumplimiento de las Ordenanzas Municipales y al pago de una indemnización de ciento cincuenta millones de pesetas. El TSJ considera que estas Ordenanzas requieren actos administrativos de ejecución y por consiguiente el supuesto no reúne los requisitos del art. 29.1 LJCA. En la misma línea, las SSTS 14-12-2007, RJ 2.008/491, y 1-10-2008, RJ 5.831, niegan la posibilidad de estimar el recurso cuando, a pesar de existir inactividad, la Administración disponga de un margen de apreciación, o se trate de disposiciones generales que precisen de actos de aplicación. Igualmente, la STS 20-6-2005, Ar. 6.886, declara que el interesado, beneficiario de una licencia de construcción que exigía la adopción de actos expropiatorios por parte de la Administración, no puede instar la expropiación por esta vía impugnatoria. En otros casos, se han estimado los recursos, pero sin concretar el modo en que la Administración debe cumplir las obligaciones a que se encuentra comprometida (STS 29-7-2009, JUR 360.079).

La LJCA regula un procedimiento administrativo previo, que debe seguirse en orden a interponer el recurso contra la inactividad. Se compone de los siguientes trámites:

1. *Reclamación* interpuesta por el particular ante la Administración para que realice la prestación.
2. Transcurso de *tres meses sin cumplimiento* de la Administración o, en su caso, sin acuerdo de ésta con los administrados. Nótese que se trata de un plazo equivalen-

te al supletorio que contempla la LRJPAC en relación con la resolución de los procedimientos administrativos.

3. *Interposición del recurso contencioso-administrativo.*

Como se observa, esta regulación supone un nuevo embate contra el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque no ha comportado su total desmantelamiento, pues sigue siendo preciso que la Administración conozca previamente la pretensión del particular y disfrute de un plazo legal para darle satisfacción. La principal ventaja que se obtiene por el recurrente es la de disfrutar de una sentencia judicial, cuyo cumplimiento y ejecución es supervisado por los propios órganos jurisdiccionales.

Este régimen revestiría una importancia incalculable si el supuesto alcanzase a los actos presuntos estimatorios, a lo que se opondría la doctrina —GÓMEZ PUENTE—. Los efectos de tales actos pueden ser deliberadamente ignorados por la Administración, frustrando radicalmente la figura del silencio positivo. Por ejemplo, si un particular formaliza una solicitud en un supuesto de silencio positivo, y la Administración no resuelve en plazo, la petición se entiende estimada, pero de nada sirve esto si la solicitud consistía, por ejemplo, en la admisión en un centro público, o en el reconocimiento de un subsidio o ayuda, pues para materializar tales actos se precisa de una posterior actividad administrativa, que admita materialmente al interesado en el centro (incluyéndolo en las listas correspondientes, permitiéndole utilizar los servicios...), o en el otro caso, que le transfiera la cantidad concedida como subsidio o ayuda. El recurso contencioso-administrativo en examen constituye, por consiguiente, un complemento oportuno al régimen de los actos presuntos estimatorios establecido por la Ley 30/1992.

5.1.3. *La inejecución de actos administrativos firmes (art. 29.2 LJCA)*

Este supuesto no queda convenientemente delimitado del anterior, con cuyo ámbito de aplicación coincide en ciertos casos. Al reconocerse en el mismo artículo, y establecer una regulación más favorable, puede pensarse que constituye un régimen especial, aplicable concretamente a los actos administrativos firmes, para los que se dispone una regulación más beneficiosa para los particulares. La Ley establece un procedimiento previo, semejante al anterior, cuyas fases son las siguientes:

1. *Reclamación* interpuesta por el particular ante la Administración para que ejecute el acto.
2. Transcurso de *un mes sin cumplimiento* de la Administración.
3. *Interposición del recurso contencioso-administrativo.*

El objetivo que persigue la Ley al reconocer la posibilidad de recurrir contra este tipo de inactividad es nuevamente el reforzar la posición de los particulares mediante una sentencia judicial, cuyo cumplimiento y ejecución es supervisado por los propios tribunales contencioso-administrativos. En la práctica han sido numerosos ya los ejemplos de aplicación judicial de este precepto (así, SSTSJ Canarias n.º 709/2004, de 10 de septiembre, y STSJ Andalucía 30-4-2001, Rec. 3.057/2000: en ambos asuntos se reclamaba ejecución del abono de una cantidad en concepto de intereses de demora; STSJ Extremadura 30-1-2003, Rec. 1.391/2002, en la que se pidió el abono de certificaciones de obra).

5.1.4. *Actividad administrativa insusceptible de impugnación (art. 28 LJCA)*

En otro orden de consideraciones, la LJCA también establece un ámbito de actividad administrativa que resulta insusceptible de impugnación. Conforme establece el art. 28 LJCA, no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean:

a) Reproducción de otros anteriores definitivos y firmes: por ejemplo, si un particular no recurrió la denegación de una solicitud, y luego reitera la misma solicitud en idénticas circunstancias, el recurso presentado contra la desestimación de esta segunda solicitud es inadmisibile (STS 4-2-2002, Rec. 8.620/1997).

b) Confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma: por ejemplo, si un particular no recurrió una multa inválida, no podrá recurrir después contra el embargo girado por la Administración para proceder al cobro de la multa, si la base del recurso es que la multa era inválida, pues el particular dejó transcurrir el plazo de recurso sin interponerlo, razón por la que se entiende consentido el acto de imposición de la multa. Este supuesto no juega cuando la Administración no resolvió expresamente y el recurso se interpone contra el silencio administrativo, pues en tal caso no transcurre propiamente el plazo de recurso y no puede decirse que el interesado haya consentido el acto (SSTC 39/2006 y 175/2006).

5.2. LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

5.2.1. *Las pretensiones como objeto del recurso contencioso-administrativo*

Tradicionalmente, como se ha visto, el proceso contencioso-administrativo se construyó como un recurso contra el acto administrativo, lo que empobreció notablemente su objeto, reducido a pronunciarse sobre la legalidad del acto impugnado. El proceso judicial se entendía como una segunda instancia respecto del procedimiento administrativo, dando lugar a lo que se calificó como el *carácter revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa (T. R. FERNÁNDEZ, NIETO, PARADA), que tuvo su origen en la traslación de las reclamaciones administrativas previas —anteriores en el tiempo— al proceso contencioso-administrativo (SANTAMARÍA PASTOR, FERNÁNDEZ TORRES). De este modo, las sentencias se limitaban a declarar la anulación del acto objeto de litigio, pero no llegaban a incluir otros pronunciamientos de condena: por ejemplo, conceder al particular una indemnización por los daños y perjuicios que el acto anulado le hubiera conferido; sustituir el acto anulado por otro que permitiera al particular el ejercicio de un derecho (por ofrecer tan sólo un ejemplo, ante la desestimación de la solicitud de una licencia anulada en vía judicial los tribunales no llegaban a declarar un derecho ejecutivo del ciudadano, que debía aguardar todavía a que la Administración dictase un acto administrativo en ejecución de sentencia). Esta concepción restrictiva de la jurisdicción contencioso-administrativa se correspondía con la existente en otros ordenamientos como el francés o el italiano, concibiéndose el proceso contencioso-administrativo como un mecanismo de control de legalidad, dirigido únicamente a verificar la validez de los actos y reglamentos dictados por la Administración, depurando los inválidos.

En el Derecho comparado se observa una evolución, también presente en el español, que tiende a lograr —mediante soluciones diversas— un grado equiparable de protección judicial (MEDINA ALCOZ). Así, el modelo procesal alemán se erige sobre

unas premisas sensiblemente distintas: el objeto del proceso contencioso-administrativo son *las pretensiones de las partes*, esto es, aquello que el recurrente solicita al tribunal, aceptando que su petición no tiene por qué contraerse a la anulación del acto, sino que puede añadir otras peticiones de condena (indemnización, declaración de un derecho...) o incluso no llegar a interponerse contra acto alguno, sino contra una mera inactividad de la Administración frente a la cual el ciudadano dirige al juez peticiones concretas. De este modo, el proceso contencioso-administrativo conserva su función de control de la legalidad que le confiere el sistema tradicional, pero le añade el carácter de mecanismo de fiscalización plenaria de la actividad e inactividad de la Administración.

La pretensión es un concepto absolutamente central en el proceso (GUASP). A raíz de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y, sobre todo, de la de 1998, el Derecho español se ha sumado al modelo alemán y al esquema general del proceso civil: entre nosotros se considera ya pacíficamente que el objeto del recurso contencioso-administrativo son las pretensiones de las partes, también calificadas como *petitum*. En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 37/1995 y 136/1995, proclaman que «el orden Contencioso-Administrativo [...] ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva, como un proceso al acto sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados». En ese sentido, se ha defendido la conveniencia de que nuestra Ley jurisdiccional suprima toda referencia al objeto del recurso y pueda deducirse por el recurrente cualquier pretensión (HUERGO).

Así pues, el recurso se interpone contra la actividad o inactividad de la Administración, pero su objeto viene representado por las concretas pretensiones que las partes deduzcan en relación con dicha actividad o inactividad. En efecto, pueden existir diferentes pretensiones en relación con una misma acción u omisión de la Administración. Concretamente, son las siguientes (art. 31 LJCA):

- a) La declaración de nulidad, o la anulación, de un acto o disposición administrativa. Todavía existen algunos tipos o variantes de la actuación administrativa que sólo admiten esta pretensión: por ejemplo, los actos discrecionales puros.
- b) El reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Por ejemplo, que se reconozca al recurrente su derecho a la apertura de un establecimiento.
- c) El restablecimiento de una situación jurídica individualizada. Por ejemplo, la restitución de una finca expropiada.
- d) La indemnización de daños y perjuicios.

La Ley admite con carácter general la posibilidad de deducir todas las pretensiones anteriores frente a cualesquiera actos y reglamentos. En los ordenamientos jurídicos tradicionales sólo cabe deducir con carácter general la primera pretensión, dando lugar a recursos que calificamos como *de mera anulación*. Cuando además de ésta se permite deducir las otras tres —situación que en nuestro Derecho es la general— hablamos de un recurso *de plena jurisdicción*.

Además de las pretensiones ya expuestas se regulan las siguientes, para casos específicos (art. 32 LJCA):

- a) En el recurso contra la inactividad de la Administración, el particular puede pretender que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

b) En el recurso contra una vía de hecho, el recurrente puede pretender la declaración de invalidez de la actuación material realizada por la Administración, el cese de tal actividad y, en su caso, el restablecimiento de la situación original y la indemnización por los daños y perjuicios generados.

Varias pretensiones diferentes pueden coincidir en relación con una misma actuación u omisión de la Administración: por ejemplo, ante la revocación de una licencia de apertura de un establecimiento, el particular puede solicitar la anulación del acto de revocación, el reconocimiento de su derecho a ejercer la actividad, y la indemnización por el período en que el establecimiento hubiera permanecido cerrado como consecuencia de la revocación.

En este punto resulta preciso advertir sobre el tipo de pretensiones que puede perseguir cada recurrente, según sea su legitimación. Así, *los titulares de derechos pueden deducir todas las pretensiones anteriores; pero los titulares de intereses legítimos, y quienes actúen en ejercicio de la acción popular, sólo pueden pretender la anulación del acto o disposición*, sin que, por ejemplo, les quepa solicitar el reconocimiento de situaciones, la reparación de daños, o la realización de prestaciones concretas (en la opinión contraria, SÁNCHEZ MORÓN). En la Ley anterior, esto quedaba suficientemente claro en virtud de un artículo que lo establecía así. Al haber desaparecido este precepto del texto de la nueva Ley, debemos llegar a la misma conclusión por estricta lógica jurídica, pues quien no disfruta de un derecho no puede alegar la efectiva generación de daños, ni tampoco pretender que se reconozca una situación determinada o exigir una prestación. En este sentido, y a modo de ejemplo, la STS 24-7-2000, Ar. 289/2001, declara que del tenor del art. 29.1 LJCA se infiere que para deducir el recurso contencioso contra la inactividad de la Administración ha de ostentarse un derecho, careciendo de legitimación los titulares de meros intereses legítimos.

5.2.2. Principio de congruencia

Un relevante principio imperante en el orden contencioso-administrativo es el *principio de congruencia: el órgano judicial juzgará dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes* —art. 33.1 LJCA—. Por ejemplo, si un recurrente se limita a invocar en su demanda motivos de invalidez de un acto y no solicita indemnización por daños, no puede reconvertir luego su pretensión y lograr que el juez le conceda la indemnización (STS 14-6-2006, Rec. 2.057/2003). También podemos poner como ejemplo un acto anulable, que no adolezca de vicios de nulidad de pleno derecho: si el recurrente pretende la declaración de nulidad de un acto, pero no alega vicios de mera anulabilidad, ni pide ésta, el tribunal no podrá anular el acto administrativo, por cuanto que no existen vicios de nulidad, y la parte no señaló los de anulabilidad. El principio de congruencia limita por tanto la potestad jurisdiccional a aquello que las partes recojan expresamente en sus correspondientes escritos. Como consecuencia de orden práctico, es recomendable para quienes ejerzan la dirección letrada de los procesos contencioso-administrativos que deduzcan simultáneamente todas las pretensiones posibles, para evitar la frustración de sus expectativas: nada evita que, en un mismo recurso, se aleguen vicios de nulidad y mera anulabilidad, y se pretenda la obtención de una indemnización, todo ello mediante peticiones sucesivas o subsidiarias.

En relación todavía con el principio de congruencia, el art. 33.1 LJCA (complementado en cierto sentido por el art. 56.1) establece además que los órganos del orden contencioso-administrativo juzgarán dentro del *límite de los motivos que fundamenten*

el recurso y la oposición. Esto significa que el juez contencioso-administrativo sólo puede apreciar aquellos *fundamentos jurídicos* que hayan sido alegados por las partes. Por ejemplo, un acto anulable por generar indefensión, que no haya sido recurrido por este motivo sino por ilegalidad material, no podrá ser anulado en la sentencia, dado que el órgano jurisdiccional tiene que resolver dentro del límite de los motivos alegados por las partes. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que esta previsión no desplaza al principio *iura novit curia*, en el sentido de que el juez puede fundar su sentencia en preceptos distintos de los alegados por las partes si son pertinentes para resolver el asunto (STS 14-12-1998, Rec. 2.275/1994). Por analogía con lo recomendado anteriormente, debe sugerirse a los profesionales en ejercicio que aduzcan tantos motivos de impugnación como se aprecien en la actividad o inactividad de la Administración, pues puede ocurrir que el órgano judicial estime algunos, pero no otros.

El principio de congruencia presenta dos excepciones:

1. Las cuestiones de orden público, como la falta de jurisdicción o de competencia y otras causas de inadmisibilidad del recurso, pueden ser apreciadas de oficio aunque la parte demandada no las alegue (PAREJO). En particular, la nulidad de pleno derecho es un vicio de orden público apreciable de oficio por el juez —véase Tema 15—, quien puede señalarlo aunque las partes no lo hubieran alegado (SSTS 26-11-1996, Rec. apelación 10.175/1992; 23-6-1989, Ar. 5.504).

2. La segunda excepción es una posibilidad que contempla el art. 33.2 LJCA, y de la que tradicionalmente se ha hecho poco uso: si al dictar sentencia se aprecia que pudieran existir otros motivos susceptibles de fundar las pretensiones de las partes, el juez o tribunal lo someterá a éstas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen oportunas. En virtud de esta técnica pueden introducirse nuevos *motivos* de recurso, pero nunca nuevas *pretensiones* procesales.

5.2.3. *El efecto preclusivo de la vía administrativa previa*

De otro lado, las pretensiones de las partes se encuentran vinculadas por un tradicional privilegio de la Administración, conocido como *efecto preclusivo de la vía administrativa previa*: sólo pueden deducirse en vía judicial las pretensiones que se hubieran hecho valer ante la Administración en la vía gubernativa (es decir, administrativa) correspondiente. Este privilegio se ensarta directamente en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que expusimos un poco más arriba. Pero sus consecuencias son diferentes. El efecto preclusivo consiste en que, cuando un acto no agote la vía administrativa, para alegar una determinada pretensión ante el orden contencioso-administrativo el recurrente debe haber sustanciado esta misma pretensión con anterioridad en la vía administrativa previa (SSTC 98/1992, 160/2001, 158/2005). De no haberse formulado la pretensión en vía administrativa e introducirse *ex novo* en vía judicial se incurre en desviación procesal, por lo que tal pretensión se inadmite y el órgano judicial no se pronuncia sobre su fondo (SSTS 22-11-1999, Ar. 8.550; 30-10-1995, Ar. 7.715; 25-6-1992, Ar. 5.994; etc.). Por ejemplo, si el recurrente no reclamó daños y perjuicios al interponer el recurso de alzada, en vía contenciosa no podrá deducir esta pretensión; aunque sí podrá, evidentemente, formalizar la correspondiente reclamación ante la Administración, exigiendo la reparación, una vez que recaiga sentencia anulatoria del acto lesivo.

No obstante, a diferencia del principio de congruencia, *el carácter preclusivo es predicable en relación con las pretensiones, pero no con los motivos*: en vía conten-

ciosa pueden introducirse nuevos motivos no aducidos en la vía administrativa previa; así, la STS 30/11/2011, Rec. 146/2008, puntualiza que: «No cabe duda de que el recurrente puede deducir en la demanda argumentos nuevos en apoyo de su pretensión, distintos de los invocados en vía administrativa, pero es lo cierto que entre las pretensiones deducidas en vía administrativa y jurisdiccional ha de existir congruencia. Es decir, los fundamentos jurídicos de la pretensión pueden ser distintos pero la pretensión ha de ser esencialmente la misma, pues es la que configura el ámbito objetivo procesal, constituyendo desviación procesal el cambio sustancial de la pretensión» (en análogo sentido, SSTS 25-9-2000, Rec. 7.857/1994; 23-1-2002, Ar. 6.568; 1-2-2005, Ar. 1.383). Por ejemplo, si en vía administrativa sólo se pidió la anulación de un acto por infringir materialmente una Ley determinada, en vía contenciosa podrá señalarse que vulnera, asimismo, otras leyes diferentes, o alegar otros vicios de invalidez, como por ejemplo, de carácter formal. Es de notar que la posibilidad de introducir nuevos motivos en el proceso beneficia también a la Administración frente a lo que haya resuelto y motivado en el acto objeto de recurso (HUERGO).

Ejemplo de efecto preclusivo de la vía administrativa previa

Pretensión	Vía administrativa	Vía judicial
Deducida	Anulación del acto administrativo	— Puede alegarse la misma pretensión. — Pueden invocarse nuevos <i>motivos</i> (causas de invalidez no alegadas en vía administrativa).
No deducida	Responsabilidad patrimonial	— No puede solicitarse en vía judicial. — Puede iniciarse una nueva vía administrativa (reclamación de responsabilidad, art. 67 LPAC), posteriormente revisable en vía contenciosa.

El principio preclusivo provoca una serie de desafortunadas consecuencias en relación con la tutela judicial de los ciudadanos. Así, cuando tiene lugar un pronunciamiento de inadmisión en vía administrativa (por ejemplo, al interponerse un recurso de alzada si se considera que el recurrente carece de interés legítimo), la eventual revisión judicial de la decisión impide una sentencia sobre el fondo, de tal manera que el juez contencioso-administrativo se limita a anular el acto administrativo de inadmisión y a reponer el asunto ante la Administración, para que ésta dicte un pronunciamiento sobre el fondo del recurso administrativo interpuesto.

Otra consecuencia de la pervivencia de este principio es el hecho de que el juez no puede sustituir a la Administración cuando existan diferentes soluciones aplicables al caso en ejercicio de la discrecionalidad administrativa (PAREJO ALFONSO, SÁNCHEZ MORÓN); por ejemplo, si cuatro licitantes concurren a la adjudicación de un contrato administrativo, y el juez considera incorrecta la selección realizada por la Administración, deberá devolver el expediente a ésta para que repita el proceso corrigiendo las irregularidades y decida cuál de los licitantes resulta finalmente adjudicatario del contrato. Esta circunstancia introduce una demora tan escandalosamente amplia en la resolución definitiva del procedimiento que resulta desalentadora para muchos litigantes.

5.3. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Los arts. 34 ss. regulan la posibilidad de que se acumulen en un solo proceso pretensiones relativas a un mismo acto, disposición o actuación, o a actos, disposiciones

y actuaciones diferentes que sean reproducción unos de otros, o entre los que exista conexión directa. En virtud de la acumulación se tramitaría un sólo proceso, simplificándose las actuaciones procesales, lo que reviste interés tanto a los litigantes como al propio órgano jurisdiccional. Los preceptos citados regulan el modo de llevar a cabo la acumulación, cuestión que, por su especificidad, no puede ocuparnos aquí.

5.4. CUANTÍA DEL RECURSO

La cuantía del recurso es un dato de enorme relieve, sobre todo, en orden a conocer la posibilidad de recurrir o no las sentencias que recaigan. Los arts. 40 ss. LJCA establecen las reglas para la determinación de la cuantía de un recurso, que será, con carácter general, el valor económico de la pretensión objeto del recurso.

En relación con estas reglas, fácilmente accesibles en el texto de la Ley, sólo nos interesa destacar que existen asuntos de cuantía indeterminada, en los que no opera restricción alguna para recurrir las sentencias por razón de la cuantía; en particular, se reputarán de cuantía indeterminada los recursos contra reglamentos de cualquier especie.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL EN MATERIA DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J., y SANCHO MOYA, G.: *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- ARNALDO ALCUBILLA, E., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: *Jurisdicción contencioso-administrativa (comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)*, El Consultor, Madrid, 2007.
- AYALA MUÑOZ, D. M. y otros: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- AYUSO RUIZ DE TOLEDO, M. (coord.): *Puntos críticos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado*, CGPJ, Madrid, 2000.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., y BASSOLS COMA, M. (coords.): *Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Trivium, Madrid, 1999.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.): *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Cívitas, Madrid, 1993.
- BARRACHINA JUAN, E. y otros: *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Cívitas, Madrid, 2002.
- BOTO ÁLVAREZ, A.: *La Administración instrumental en el proceso*, Reus, Madrid, 2011.
- BUSTILLO BOLADO, R.: *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contencioso-administrativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- CABALLERO GEA, J. A.: *Procedimientos contencioso-administrativos: síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., y ZAPATA HÚJAR, J. C.: *La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.
- CORDÓN MORENO, F.: *Formularios contencioso-administrativos*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E.: *La nueva Ley de lo contencioso-administrativo. Práctica procesal y sus formularios*, Comares, Granada, 1999.
- *Práctica jurídica administrativa, económico-administrativa y contencioso-administrativa*, Comares, Granada, 1998.
- DEL CACHO FRAGO, A., y VACAS GARCÍA-ALÓS: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.
- EZQUERRA HUERVA, A. y otros: *Estudio de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los problemas de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Colex-Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, 1999.
- GARRIDO FALLA, F.: *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Tecnos, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., y SALA SÁNCHEZ, P.: *Derecho procesal administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; MORENO CATENA, C., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Derecho procesal administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Tecnos, Madrid, 1999.
- La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Cívitas, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- Manual de práctica forense administrativa*, Cívitas, Madrid, 2001.
- Manual de Derecho procesal administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., y ARANGUREN PÉREZ, I.: *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cívitas, Madrid, 2008.
- IGLESIAS CANLE, I. C.; ARDURA PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ-CORREDOR, J.: *Los recursos contencioso-administrativos. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (dir.): *Estudios sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Comares, Granada, 1999.
- LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M. (coords.): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F.: *Derecho administrativo. Control de la legalidad de los actos administrativos*, CEF, Madrid, 2014.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J.: *La elaboración parlamentaria de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: *El nuevo procedimiento contencioso-administrativo. Formularios*, Colex, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ MOYA, J.; SIGÜENZA LÓPEZ, J., y otros: *La Oficina Judicial y los nuevos procesos civil, penal y contencioso-administrativo*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- MORENO MOLINA, A. (dir.): *Procedimiento y proceso administrativo práctico*, La Ley, Madrid, 2012.
- PALOMAR OLMEDA, A. (dir.): *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 2 vols., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- PENDÁS GARCÍA, B. (coord.): *Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático*, Editorial Praxis, Barcelona, 1999.
- PERA VERDAGUER, F.: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2004.
- PÉREZ MORENO, A. (coord): *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- QUINTANA CARRETERO, J. P. y otros: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- RIVERO GONZÁLEZ, M., y TORRES FERNÁNDEZ, J. J.: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- SALA SÁNCHEZ, P.; XIOL RÍOS, J. A., y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Derecho procesal administrativo*, Bosch, Barcelona, 2013.
- Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo. Problemas de delimitación competencial en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Bosch, Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.; LOZANO CUTANDA, B.; QUINTANA CARRETERO, J. P., y CASTILLO BADAL, J. R.: *1700 dudas sobre la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Bosch, Barcelona, 2014.

- SANTOS VIJANDE, J. M. (dir.): *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, EDERSA, Madrid, 1999.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.): *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Cívitas, Madrid, 2003.
- TRILLO TORRES, R. (coord.): *Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, Madrid, 2010.
- VACA GARCÍA-ALÓS, L.: *Guía para los juzgados de lo contencioso-administrativo: competencia, tramitación, formularios, bibliografía*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- VVAA: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, número 100 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1998.
- Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, CGPJ, Madrid, 1992.
- XIOL RÍOS, J. A.; SALA SÁNCHEZ, P., Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Bosch, Barcelona, 1999 (13 vols.).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- AGUADO CUDOLÀ, V.: *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R.: *Las causas de inadmisibilidad en el contencioso-administrativo*, Cívitas, Madrid, 1996.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L.: *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2004.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Cívitas, Madrid, 1998.
- Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2007.
- La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Cívitas, Madrid, 1998.
- CORDERO LOZANO, F.: *Las competencias de los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- DE VICENTE DOMINGO, R.: *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *Razones de Estado y Derecho. El control judicial de los secretos oficiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ESPÍN TEMPLADO, E.; FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.
- GAMERO CASADO, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Cívitas, Madrid, 2007.
- Hacia una nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1992.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Alcance actual del control judicial de la actividad de la administración: ámbito, objeto y eficacia del recurso contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 2001.
- GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- GÓMEZ PUENTE, M.: «La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa», *REDA*, n.º 107, 2000.
- GONZÁLEZ CANO, M. I.: *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- HIERRO HERNÁNDEZ DE LORA, A.: *Práctica contenciosa para abogados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- HUERGO LORA, A.: *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- «Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 28, 2011.
- MARTÍN VALDIVIA, S. M.: *La jurisdicción contenciosa: análisis práctico*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- MEDINA ALCOZ, L.: *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MESEGUER YEBRA, J.: *La vía de hecho como objeto del recurso contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2002.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, A. M.: *La cuantía del recurso contencioso-administrativo*, Atelier administrativo, Barcelona, 2000.
- NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Las partes en el proceso contencioso-administrativo*, Editorial Ibarra de Arce, Córdoba, 2000.
- OLMEDA FREIRE, G. B.: *La problemática delimitación de competencias entre el Orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- REGO BLANCO, M.^a D.: *La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- TORRES LÓPEZ, M. A.: *Extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa en el urbanismo*, Comares, Granada, 2001.
- VVAA: *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 2000.

EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. INTERPOSICIÓN Y ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1.1. EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El art. 46 LJCA regula el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. El plazo general para recurrir es de dos meses. La Ley establece algunas excepciones, así como el modo de computar el plazo, de acuerdo con las reglas que estudiamos a continuación.

1.1.1. *Recurso contra reglamentos y actos administrativos expesos y presuntos*

En relación con los reglamentos y actos expesos el plazo es de dos meses, a contar desde la publicación del reglamento, o la notificación del acto. Es una regulación clara y precisa, que no requiere comentario.

En cuanto a los actos presuntos, el plazo de interposición del recurso en este caso es de seis meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto —art. 46.1 LJCA—. El acto presunto se produce por el mero transcurso del plazo de resolución, sin necesidad de obtener la certificación de acto presunto (teoría del silencio automático). Conforme al art. 46.1 LJCA, el plazo de seis meses habrá de computarse a partir del día siguiente a aquel en que venciera el plazo de resolución.

No obstante, como expusimos con anterioridad —Tema 17—, existe una jurisprudencia encabezada por el Tribunal Constitucional y con reflejo en el Tribunal Supremo que proclama que, *cuando se produce el silencio administrativo, el particular no se ve limitado por un concreto plazo de impugnación* de los actos administrativos, quedando abierta la vía de recurso indefinidamente (SSTC 6/1986, 204/1987, 188/2003, 220/2003, 14/2006, 39/2006, 106/2008; y SSTS 11-11-1988, Ar. 8.929; 13-2-1991, Ar. 351; 29-3-1993, Ar. 6.675; 29-3-1999, Ar. 4.443; 6-6-2007, Rec. 4.747/2001, entre otras muchas). La jurisprudencia considera que no se puede situar al particular en peor posición cuando recibe una notificación defectuosa que cuando es objeto de un acto presunto, puesto que en el primer caso estamos ante una resolución indebidamente notificada, pero en el segundo acontece una «no-resolución», una ausencia de actuación administrativa, falta de diligencia que debe verse correspondida por el ordenamiento con consecuencias aleccionadoras, de tal manera que, si en el caso de la notificación defectuosa el acto deviene ineficaz y queda permanentemente abierta la vía de recurso, lo mismo debe suceder cuando se produce el silencio administrativo. La STC 52/2014 llega a la misma conclusión y mantiene la doctrina de que

no existe plazo para recurrir el silencio administrativo, pero con un argumento cuestionable y distinto del tradicional: considera que tras la ley 4/1999 el silencio negativo no es un acto presunto, y al no existir acto alguno, no cabe decir que transcurra el plazo de presentación regulado en el art. 46.1 LJCA, que hace referencia a actos, pero no al silencio administrativo desestimatorio.

1.1.2. *Recursos contra la inactividad y contra la vía de hecho*

Como sabemos por el tema anterior, existen dos vías de impugnación contra la inactividad de la Administración, reguladas en el art. 29 de la LJCA: la primera, en caso de prestaciones debidas por la Administración; y la segunda, en caso de inejecución administrativa de actos firmes. Como requisito previo, el art. 29 exige la interposición de una reclamación, que la Administración debe atender en el plazo de tres meses en el primer caso, y de un mes en el segundo. En estos supuestos, *el plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo contará a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo con que cuenta la Administración para atender la reclamación del interesado* (art. 46.2 LJCA).

Frente a una vía de hecho el particular puede optar por dos soluciones diferentes; según cuál elija, se establece un plazo diferente de interposición del recurso contencioso-administrativo:

a) Si el interesado dirige un *requerimiento previo* a la Administración para que cese su actividad, la Administración deberá atenderlo en el plazo de diez días; el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo será de *diez días*, a contar desde el siguiente a aquel en que venciera el plazo de atención del requerimiento por la Administración.

b) Si el interesado decide *interponer directamente el recurso* contencioso-administrativo, disfrutará de un plazo de *veinte días*, a contar desde el momento en que se hubiera iniciado la vía de hecho. Debe notarse que si han transcurrido más de veinte días desde el comienzo de la vía de hecho, el interesado no queda desprovisto de tutela, pues podrá dirigir el requerimiento de cesación mencionado en el párrafo anterior, y beneficiarse así de la posibilidad de interponer ulteriormente el recurso contencioso-administrativo.

1.1.3. *Recurso de lesividad y recursos contenciosos interadministrativos*

El plazo de interposición del recurso de lesividad (de una Administración contra sus propios actos) será el general de dos meses, que contarán desde el día siguiente a la fecha de declaración de lesividad por la Administración.

Como sabemos, las administraciones públicas pueden litigar entre sí. Denominamos recurso contencioso interadministrativo el que plantea una Administración pública contra otra: por ejemplo, un Municipio contra la Comunidad Autónoma. La Ley establece en este sentido el siguiente régimen jurídico:

a) Excluye los recursos administrativos —alzada, reposición...— en este tipo de litigios —art. 44.1 LJCA—; por tanto, no cabe interponer recursos administrativos por parte de una Administración pública contra otra, aún cuando según las reglas generales el acto no agote la vía administrativa.

b) La Ley admite y regula, no obstante, un *requerimiento previo*, que podrá interponer *potestativamente* una Administración contra otra, para que «derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la prestación a que esté obligada». Este requerimiento recibe la siguiente regulación:

1.º Plazo de *interposición*: dos meses, a contar desde la publicación de la disposición, o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad (art. 44.2 LJCA).

2.º Plazo de *rechazo presunto* del requerimiento (supuesto especial de inactividad): un mes (art. 44.3 LJCA).

3.º Cuando se trata de recurrir las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público interpondrán el recurso directamente y sin necesidad de previo requerimiento o recurso administrativo.

c) Plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo: dos meses, a contar (art. 46.6 LJCA):

1.º Cuando no se hubiera efectuado el requerimiento previo: desde la publicación de la disposición, o desde que la Administración recurrente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

2.º Cuando se hubiera efectuado el requerimiento previo: desde su rechazo expreso o presunto.

Todo lo antedicho acerca del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo puede sintetizarse mediante la siguiente tabla:

FIGURA 1

Actuación recurrida		Plazo de interposición
Reglamentos y actos expesos		2 meses desde publicación o notificación
Actos presuntos		— Según la Ley: 6 meses desde producción del acto presunto — SSTC 6/1986, 39/2006, 108/2008, 52/2014: plazo abierto <i>sine die</i>
Inactividad (art. 29 LJCA); exige requerimiento previo del particular		2 meses desde fin del plazo de cumplimiento de requerimiento por la Administración (que es de tres meses en art. 29.1 y de un mes en 29.2)
Vía de hecho	Con requerimiento previo del particular	10 días desde fin del plazo de cumplimiento (que es también de 10 días)
	Sin requerimiento	20 días desde inicio de vía de hecho
Recurso de lesividad		2 meses desde declaración lesividad
Recurso interadministrativo	Sin requerimiento previo	2 meses, desde publicación o notificación
	Con requerimiento previo	2 meses desde rechazo expreso o presunto (que se produce al mes) del requerimiento previo

1.2. REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO, Y ESCRITO DE INTERPOSICIÓN

Según el art. 45 LJCA, «El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa». Esto constituye una particularidad muy destacable del régimen contencioso-administrativo: en el escrito de interposición únicamente se señala la actuación que se impugna, y se solicita que se tenga por interpuesto el recurso, *pero no se recogen los antecedentes de hecho, los fundamentos jurídicos, ni el objeto del recurso (pretensiones del recurrente)*. Esto se deja para un momento posterior: la presentación de la demanda por el recurrente.

La principal razón de esta especialidad es que el recurrente, quien normalmente es un tercero litigante contra la Administración, carece del expediente administrativo, y por consiguiente, no dispone de la totalidad de los datos que requiere para respaldar sus pretensiones. Por ello, como estudiaremos más tarde con detalle, la técnica que diseña la Ley es limitar la primera actuación a la simple interposición del recurso, de manera que el órgano judicial pueda reclamar el expediente a la Administración, y dar traslado del mismo al recurrente, para que formalice la demanda, a la vista de todas las actuaciones llevadas a cabo por la Administración durante el procedimiento.

No obstante, este régimen puede suponer una demora innecesaria en aquellos casos en que el recurrente conozca perfectamente el contenido del expediente y no precise su traslado en orden a formalizar la demanda. Por ello, *en los siguientes casos se permite iniciar el proceso contencioso-administrativo directamente mediante la interposición de la demanda* (arts. 45.4 y 5 y 78.2):

— Cuando el recurso se dirija contra una disposición administrativa general (reglamento), acto administrativo, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados.

— En el proceso de lesividad.

— En el procedimiento abreviado.

De otro lado, *junto al escrito de interposición del recurso deben aportarse ciertos documentos*, relacionados en el art. 45.2 LJCA: la acreditación de la representación (normalmente, el poder notarial que acredita la representación del Procurador o, en actuación ante órganos unipersonales, del Abogado); copia de los documentos en que se haya recogido la actuación o inactividad de la Administración que es objeto de impugnación; etc.

Caso de que el escrito de interposición adolezca de algún vicio (no se indica correctamente la actuación impugnada, no se aportan documentos preceptivos, etc.), *el órgano judicial concederá un plazo de subsanación de diez días*. Si los defectos no se subsanan en dicho plazo se ordenará el archivo de las actuaciones.

Por último, conviene saber que el escrito de interposición del recurso suele ser el lugar donde el recurrente solicita la adopción de las medidas cautelares, mediante otrosí, como estudiaremos en un epígrafe posterior.

1.3. ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Según previenen los arts. 47 y 48 LJCA, el órgano judicial acordará la *admisión* del recurso contencioso-administrativo, y podrá acordar también la *publicación de su*

interposición, tanto de oficio como a instancias del recurrente. En este sentido, el órgano judicial puede acordar potestativamente la publicación en todo caso; pero si el recurso se interpuso mediante formalización directa de la demanda, o si el recurrente lo pide expresamente, la publicación será obligatoria, concediéndose en tales casos quince días de personación a los terceros interesados.

El órgano judicial puede acordar, asimismo, la *inadmisión del recurso* (art. 51 LJCA). Podrá hacerlo en este mismo momento (tras la interposición del recurso), o bien aguardar el envío del expediente por la Administración, para resolver con mayor conocimiento de causa. Los motivos por los que puede inadmitirse el recurso pueden ser tanto de carácter formal como material:

a) *Motivos formales*: falta de jurisdicción o incompetencia del juzgado o tribunal (STSJ Navarra 28-4-2000, Rec. 34/2000: se impugnaba norma con rango de ley); falta de legitimación del recurrente (STSJ Cataluña 18-5-2000, Rec. 33/1999: una asociación de empresarios recurre acto que deniega licencia a un empresario particular: falta de legitimación); caducidad del recurso por haber transcurrido su plazo de interposición; falta de agotamiento de la vía administrativa previa (STSJ Cataluña 30-4-2001, Rec. 86/2000: inadmisión por no haberse interpuesto el preceptivo recurso de reposición pese a las correctas indicaciones de recursos contenidas en las resoluciones municipales impugnadas; carácter preceptivo y no subsanable del recurso de reposición en materia tributaria local). También es causa formal de inadmisión el incumplimiento de los requisitos del escrito de interposición que define el art. 45, y en particular la no aportación de los documentos exigidos en el apartado 2.º del mismo.

b) *Motivos materiales*: suponen una primera aproximación del órgano judicial al fondo del asunto, llegándose a la conclusión de que la actuación administrativa fue adecuada o no resulta susceptible de impugnación. Estos motivos tasados de inadmisión se contemplan en el art. 51.3 LJCA: en recursos contra la vía de hecho, si resulta evidente que la actuación administrativa ha sido correcta; y en recursos contra inactividad en exigencia de prestaciones, cuando fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración. La doctrina —GARCÍA DE ENTERRÍA— es especialmente contestataria con esta previsión, que entiende radicalmente contraria al art. 24 CE al denegar al recurrente la posibilidad de destruir esa aparente evidencia con plenitud de armas durante el proceso.

Caso de que el órgano judicial entienda que se debe decretar la inadmisión del recurso, la Ley regula un procedimiento en el que se contempla un trámite de alegaciones por las partes, así como la posibilidad de recurrir contra el auto de inadmisión.

1.4. ACUMULACIÓN

En aras de un elemental principio de economía, las partes podrán acumular en un solo proceso las pretensiones que deduzcan contra un mismo acto, disposición o actuación, y también los actos que sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa —art. 34—. En la misma línea, interpuestos varios recursos contra un mismo acto, disposición o actuación, todos ellos podrán ser acumulados por el órgano jurisdiccional en un mismo proceso, de oficio o a instancia de alguna de las partes, concediendo a éstas un plazo común de audiencia de cinco días —art. 37.1—.

La acumulación puede entrañar sin embargo un retraso en la tramitación, al multiplicarse las partes en el proceso. Por ello, cuando concurren las causas de acumulación, el juez, previa audiencia de las partes por plazo de cinco días, podrá decidir la tramitación de uno o varios de los procesos con carácter preferente, y suspender la tramitación de los restantes hasta que se dicte sentencia en los primeros —art. 37.2—; dicha sentencia será comunicada a las partes afectadas por la suspensión, que podrán interesar la suspensión de sus efectos en los términos que contempla el art. 111 y que analizaremos en su lugar —art. 37.3—. Se concilian, de esta forma, los diferentes intereses en presencia: la rápida tramitación del proceso y el derecho a beneficiarse de los efectos de la sentencia.

1.5. CÓMPUTO DE PLAZOS: DIFERENCIAS CON LA VÍA ADMINISTRATIVA

En el contencioso-administrativo rigen las normas procesales de cómputos de plazos, establecidas en los arts. 132 ss. LEC, algunas de cuyas reglas difieren de lo dispuesto en el art. 30 LPAC. Así, los sábados y el mes de agosto (íntegro) son inhábiles en vía procesal, a diferencia de lo que sucede en vía administrativa, en la que el mes de agosto es hábil. En particular:

a) Cuando un plazo expresado en días venciera en esas fechas, se entiende prorrogado hasta el primer día hábil siguiente, por lo que todos los plazos que venzan en agosto se prorrogan hasta el 1 de septiembre (si éste fuera domingo o festivo, hasta el día 2).

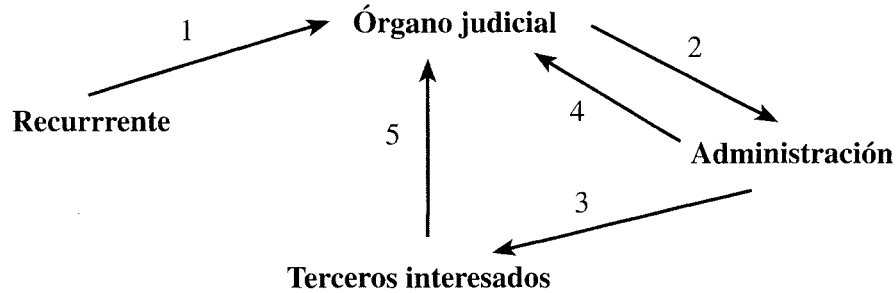
b) Para los plazos expresados en meses, el art. 128.2 LJCA establece la regla especial de que agosto se excluye del cómputo, por lo que deben contarse los meses excluyendo al de agosto. Por ejemplo, notificado un acto el 20 de junio, el plazo de dos meses para interposición del recurso contencioso-administrativo vencerá el día 20 de septiembre.

Otra particularidad de la vía procesal respecto de la administrativa es que muchos escritos —art. 135.1 LEC— pueden presentarse en el servicio común procesal o el propio órgano judicial hasta las quince horas del primer día hábil siguiente al del vencimiento —día de gracia—. Por lo demás, el art. 133.3 LEC señala que los plazos señalados por meses o años se computan de fecha a fecha.

2. EMPLAZAMIENTO Y PERSONACIÓN DE LAS PARTES

Emplazamiento de la parte es el acto por el que se convoca a una persona para que comparezca ante el órgano judicial; y personación es el acto en cuya virtud una persona comparece ante el órgano judicial, adquiriendo la condición de parte en el proceso. Como ya sabemos, el recurrente se persona mediante el escrito de interposición del recurso. Aquí estudiamos el mecanismo de personación y emplazamiento de otras partes en el proceso, que constituye uno de los rasgos distintivos más evidentes del proceso contencioso-administrativo frente al proceso civil. La figura siguiente representa las fases de emplazamiento y personación, salvo en los casos puntuales en que el proceso se inicie directamente por presentación de la demanda.

FIGURA 2

Interposición y admisión del recurso; emplazamiento y personación

1. Interposición del recurso (personación del recurrente).
2. Reclamación del expediente (emplazamiento a la Administración).
3. Notificación de emplazamiento por la Administración a terceros demandados.
4. Remisión de expediente y resguardos de emplazamientos (personación de la Administración): plazo de 20 días, incumplimiento → reiteración requerimiento, multas coercitivas.
5. Personación de terceros interesados: 9 días desde recepción de notificación de emplazamiento.

2.1. EMPLAZAMIENTO Y PERSONACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y RECLAMACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Al propio tiempo que acuerda la admisión del recurso, el órgano judicial requerirá de la Administración el *envío del expediente administrativo*, para lo que cuenta con un plazo de veinte días. Tradicionalmente se han producido frecuentes vulneraciones de este plazo, razón por la que la Ley establece ahora que el incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a la *reiteración del requerimiento* de envío, posteriormente, al apercibimiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia, y, seguidamente, a la imposición de *multas coercitivas* por parte del Juez o Tribunal, desde 300 hasta 1.200 euros, reiteradas por lapsos de veinte días, hasta el cumplimiento de la obligación (art. 48.7). En el caso de que no sea posible individualizar la autoridad responsable del retraso, abonará la multa la Administración, sin perjuicio de repetir después el pago contra el responsable —art. 48.7, inciso segundo—.

Si transcurre el plazo de envío con incumplimiento de este deber, el art. 53 faculta al recurrente a solicitar no obstante la concesión del plazo de formalización de la demanda, siéndole puesto de manifiesto el expediente en el caso de que se recibiera con posterioridad, al objeto de que formule las alegaciones que estime convenientes en el plazo de diez días. Ahora bien, cuando la Administración demandada fuese una entidad local, su no personación no supone la posibilidad de continuar el juicio en rebeldía, pues como establece la Ley —art. 54.4—, a pesar de no haberse personado se le dará traslado del escrito de demanda para que formule contra él las alegaciones que estime oportunas; la omisión de este trámite conduce a la infracción del derecho a la defensa (STS 13-9-2000, Rec. 2.214/1993).

El emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente (art. 50.1 LJCA), y la personación se entenderá efectuada por su envío (art. 50.2). La Administración conservará siempre copia autenticada o el original del expediente (art. 47.4); el ejemplar que remita estará completo y foliado (numerado).

2.2. EMPLAZAMIENTO Y PERSONACIÓN DE TERCEROS INTERESADOS

Frecuentemente sucede que, además de la Administración y del recurrente, se encuentran interesados en el proceso otras personas, cuyos derechos o intereses legítimos pueden verse afectados por la resolución que se adopte. Por ejemplo, si la empresa A recurre contra la adjudicación de un contrato por la Administración a la empresa B, además de ostentar derechos e intereses legítimos la Administración recurrida, también se ve afectada la empresa B, pues de estimarse el recurso, se anularía el acto de adjudicación del contrato. La Ley regula en su art. 49 cómo proceder al emplazamiento y personación de estos terceros.

En el mismo acto por el que se requiera a la Administración el envío del expediente, el órgano judicial le ordenará que emplaze a quienes figuren como interesados en el procedimiento administrativo. Existe, por consiguiente, una notable especialidad en el proceso contencioso-administrativo: *es la propia Administración quien, una vez recibido el requerimiento de remisión del expediente, debe emplazar a los terceros interesados*. Por otra parte, en los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público se emplazará como parte demandada a las personas, distintas del recurrente, que hubieren comparecido en el recurso administrativo —art. 49 LJCA—.

La Administración cursará las correspondientes notificaciones, en el plazo de cinco días, y conforme al régimen general regulado por la LPAC, concediendo a los interesados un plazo de nueve días para que se personen en los autos. La personación, en este caso, se articula mediante un simple escrito, en el que los interesados se limitan a solicitar que se les tenga por personados en el procedimiento, y aportan la correspondiente acreditación de la representación procesal.

Una vez efectuadas estas notificaciones, la Administración remitirá el expediente al órgano judicial, acompañándolo de los resguardos que acrediten haber realizado los emplazamientos. El juzgado o tribunal revisará que se hayan efectuado todos los emplazamientos y, caso de faltar alguno, ordenará su práctica a la Administración.

Cuando no fuera posible emplazar mediante notificaciones (por ejemplo, si se desconocen los domicilios de los interesados), o bien éstas hayan sido infructuosas (por ausencia del interesado, cambio de domicilio, etc.), se procederá a la publicación del emplazamiento mediante edicto en el mismo periódico oficial en que se hubiera publicado la interposición del recurso.

Caso de que alguno de estos interesados no pueda personarse como demandado en los plazos que se les reconocen, continuará el procedimiento sin que se les practique notificación alguna; no obstante, podrán personarse posteriormente, teniéndoles por partes en los trámites no precluidos (art. 50 LJCA).

3. LA TUTELA CAUTELAR

3.1. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

Las tutela cautelar es el término genérico que designa las *medidas que pueden adoptarse por los tribunales para evitar la generación de los perjuicios que podrían derivarse para las partes, y especialmente para el recurrente, como consecuencia de la necesidad de aguardar a que recaiga sentencia en el caso*. Su etiología parte de la

máxima «**la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón**», enunciada en la Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990, y ampliamente recibida en nuestro Derecho como después se verá. En efecto, la necesidad de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo se comprende claramente al recordar el privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos (esto es, la potestad de ejecución de oficio): los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios (arts. 56, 57 y 94 LRJPAC), y la mera interposición de un recurso no determina, de suyo, la suspensión de la ejecución del acto, pudiendo procederse a su ejecución aunque se haya interpuesto un recurso contencioso-administrativo. Este orden de cosas se agrava por la dilatada duración de los procesos contencioso-administrativos. Cuando recaiga una sentencia, aún cuando se estimen las pretensiones del recurrente, el acto administrativo puede estar ya ejecutado. Queda así de manifiesto que, la necesidad de proseguir un proceso para obtener la razón (la sentencia estimatoria) puede convertirse en un perjuicio para quien tiene razón (el recurrente cuyas pretensiones se estiman), si se ejecuta el acto administrativo antes de que recaiga sentencia. Por estas razones, la doctrina ha resaltado la extraordinaria importancia que adquiere la tutela cautelar en el contencioso-administrativo (CHINCHILLA, GARCÍA DE ENTERRÍA, BACIGALUPO, GIL IBÁÑEZ).

Pensemos en un acto por el que se ordena la demolición de un edificio, al considerarse que vulnera la ordenación urbanística: si el particular interpone un recurso, pero la Administración ejecuta subsidiariamente el acto antes de que recaiga sentencia, se está generando un perjuicio evidente al recurrente, que resultaría totalmente injustificable si la sentencia estimase finalmente el recurso y declarase la legalidad de la construcción. Sirva también de ejemplo la orden de cierre de un establecimiento: si no se suspende cautelarmente la ejecución de este acto, el negocio puede estar cerrado todo lo que dure el proceso (varios años, como ya sabemos), por lo que una sentencia final en la que se anule la orden de cierre sería completamente inútil para el interesado, al haber soportado daños irreparables.

Pero al mismo tiempo, y por expresar el problema en toda su complejidad desde el principio, también puede ser contraproducente suspender la ejecución del acto: por ejemplo, si en el caso anterior el negocio presenta incumplimientos en materia de higiene y salubridad, o de protección ambiental contra el ruido, durante todo el tiempo que dure el proceso y el recurrente se beneficie de la suspensión cautelar de la orden de cierre pueden ocasionarse un graves perjuicios al interés público y a terceros.

En conclusión, debido al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, su ejecución antes de que se produzca el pronunciamiento judicial sobre el fondo puede generar daños o perjuicios que lesionen los derechos e intereses de las partes, provocando una defectuosa tutela judicial, e incluso llegando a privar de objeto el recurso contencioso-administrativo, pero de otorgarse la tutela cautelar también pueden verse resentidos importantes intereses públicos y de terceros. Por esta razón, la tutela cautelar es una cuestión absolutamente crucial en el proceso contencioso-administrativo, presentando notables particularidades frente al régimen del proceso civil debido a la concurrencia de principios y criterios específicos, como enseguida hemos de ver.

3.2. MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN ADOPTARSE

Debido al privilegio de la ejecutoriedad, la tutela cautelar contencioso-administrativa ha basculado tradicionalmente sobre la técnica de la suspensión de los actos ad-

ministrativos. Esto ha representado una constante limitación de las facultades judiciales, que se ha ido diluyendo como consecuencia del art. 24 CE: el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota con la obtención de un pronunciamiento fundado en Derecho, sino que se extiende a otra serie de manifestaciones, que alcanzan a la necesidad de articular una tutela cautelar adecuada, en orden a asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (SSTC 14/1992, 66/1984, y 237/1991, entre otras).

Por esta razón, la jurisprudencia contencioso-administrativa posterior a la promulgación de la Constitución española extendió progresivamente el espectro de las medidas cautelares, ofreciendo un panorama mucho más rico y efectivo que la simple técnica de la suspensión, la única que recogía la LJCA de 1956. Tales pronunciamientos constituyen hitos evidentes de la jurisprudencia contencioso-administrativa, siendo representativos de su audacia, progresismo y rigor técnico, pues el fundamento jurídico en que se basan no sólo radica en la Constitución española, sino que también se apoyan en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o en la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria a la LJCA, como ya sabemos). Los avances jurisprudenciales se consolidaron a nivel normativo por la Ley 29/1998.

La generosidad de la LJCA en este punto llega al extremo de que no recoge ninguna concreta medida cautelar, entregando completamente la decisión a la discrecionalidad judicial. El art. 129.1 permite que se soliciten «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia». En este sentido, la LJCA se ha aproximado a la regulación contenida en la LECiv., cuyo art. 726 recoge las llamadas *medidas cautelares innominadas*, esto es las que, «según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere». No obstante, resulta oportuno ofrecer una mínima aproximación al tipo de medidas cautelares que suelen adoptarse por el orden contencioso-administrativo.

3.2.1. *Suspensión de eficacia del acto o disposición impugnado*

Conforme a lo expuesto anteriormente, se comprenderá que la suspensión del acto o disposición administrativa impugnado es la medida de mayor operatividad y empleo por el orden contencioso-administrativo. Supone un bloqueo de la ejecutoriedad del acto, que por consiguiente, no podrá ser ejecutado de oficio por la Administración. Así, se puede suspender la ejecución de una sanción de retirada del permiso de conducir; o de expulsión de un centro o servicio público; la demolición de una construcción ilegal; el desahucio o lanzamiento de quienes ocuparan un bien público; etc.

No obstante, la suspensión no sólo alcanza a bloquear la actuación de la Administración, sino también, en ciertos casos, la de los particulares. Por ejemplo, si se concede una licencia municipal de construcción en una zona protegida, un tercero recurrente (incluso en ejercicio de la acción popular) puede provocar que el constructor tenga que paralizar las obras, si consigue un acuerdo judicial de suspensión de los efectos de la licencia. Otro ejemplo viene representado por la suspensión de la ejecución de un contrato, instada por una empresa a la que no se le adjudicó.

Debe aclararse que la suspensión judicial es distinta de la administrativa. Al analizar la eficacia de los actos administrativos —Tema 16—, se estudiaron las causas de suspensión de los actos en vía administrativa (por la propia Administración), y el procedimiento que debe seguirse al respecto, que es tramitado por la propia Adminis-

tración. En cambio, la suspensión judicial es acordada por los órganos judiciales, y sus requisitos, causas y procedimiento de adopción difieren abiertamente de la suspensión administrativa. No obstante, siendo tales causas y requisitos generales a toda medida cautelar, los analizaremos un poco más tarde.

3.2.2. *Medidas positivas*

La suspensión es, por naturaleza, una medida de carácter pasivo o negativo: impone una obligación de no hacer, impidiendo la prosecución de la actuación contemplada en el acto o disposición impugnado. Con ella no quedan convenientemente salvaguardados los derechos e intereses del recurrente cuando para garantizar la efectividad de la sentencia resulte precisa una determinada conducta de hacer.

Por ejemplo, recurrido un acto que deniega la admisión en un centro público, el órgano judicial puede conceder la admisión cautelar, de modo que se permita al alumno seguir las clases y examinarse, sin aguardar a la resolución del recurso, para no lesionar su derecho al estudio, algo que viene ocurriendo con frecuencia en la asignación de centros escolares, cuando el niño no es admitido por falta de plaza en el centro elegido por los padres. También podría acordarse el depósito judicial de bienes que hayan sido embargados por la Administración, para evitar su venta.

Como hemos dicho, la LJCA no condiciona en modo alguno el *tipo* de medidas cautelares que pueden acordarse. De tal manera que, siendo extraordinariamente diversa la actuación administrativa, también pueden serlo las medidas cautelares que se adopten. De este modo, los instrumentos judiciales de protección y garantía pueden adecuarse al supuesto concreto, concediendo una tutela judicial idónea según las circunstancias singulares que concurren en el caso.

3.3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El procedimiento de adopción de las medidas cautelares y sus criterios de otorgamiento se resumen con el gráfico de la página siguiente.

Las medidas cautelares pueden solicitarse, y adoptarse, en cualquier momento del proceso (art. 129.1 LJCA), salvo la suspensión de vigencia de reglamentos impugnados en recurso directo, que deberá solicitarse necesariamente en el escrito de interposición del recurso, o en el de demanda (art. 129.2). Lo habitual es que el recurrente solicite las medidas cautelares en el propio escrito de interposición del recurso, sea cual sea su objeto, de manera que el órgano judicial pueda acordarlas prontamente. Por ello, resulta oportuno exponer la tutela cautelar en este lugar sistemático, advirtiendo, no obstante, que las partes pueden reclamarla también en otras fases procesales posteriores. Para razonar la necesidad de adoptar las medidas cautelares, el solicitante deberá ofrecer al órgano judicial argumentos que, en muchos casos, versan sobre el fondo del asunto, pues de otro modo no quedaría suficientemente justificada la adopción de la medida, sobre todo cuando se invoca como causa de suspensión el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho (véase más abajo). Al recogerse estos razonamientos en el escrito de interposición del recurso, este transforma en cierto sentido su naturaleza (escrito en el que se solicita simplemente que se tenga por interpuesto el recurso), y viene convirtiéndose, en muchos casos, en un verdadero anticipo de la demanda (lugar en el que procede recoger los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la pretensión).

FIGURA 3

*Tutela cautelar***PROCEDIMIENTO:**

Solicitud: cualquier momento (normalmente, en recurso), salvo:

- Reglamentos: sólo en recurso o demanda
- Inactividad y vía de hecho: incluso previas al proceso

Trámites:

- Previa audiencia por diez días
- Notificación a la Administración

Duración: pueden revocarse o modificarse en cualquier momento

CRITERIOS:

Criterio legal: cuando de otro modo se haga perder su finalidad legítima al recurso

Criterios judiciales y doctrinales:

- *Periculum in mora*: daño de reparación imposible o difícil
- *Fumus boni iuris*: apariencia de buen Derecho (convierte el recurso en demanda)

Casos especiales:

- Denegación cuando pueda seguirse perjuicio grave de intereses generales o de tercero
- Pueden otorgarse imponiendo garantías al peticionario
- Adopción preceptiva: en inactividad y en vía de hecho

Jurisprudencia consolidada:

- Conceder cautelar en demolición de construcciones y cese de actividades
- Denegar cautelar: pago de deudas líquidas, licencias de apertura

El proceso se inicia mediante la interposición del recurso, y como regla general no cabe solicitar una medida cautelar antes de haberlo interpuesto. Sin embargo, *el art. 136.2 LJCA permite adoptar medidas cautelares previas a la interposición del recurso, sólo cuando se impugne la inactividad de la Administración o una vía de hecho*. En el caso de concederse, el interesado habrá de solicitar su ratificación cuando interponga el recurso; de no interponerse el recurso, estas medidas quedarán sin efecto.

En cuanto a los *trámites a seguir*, las medidas cautelares se adoptan mediante auto; para dictarlo es preceptivo conceder audiencia a la parte contraria a la proponente, por plazo de diez días (art. 131 LJCA). Excepcionalmente, y cuando el asunto revista extraordinaria urgencia, podrá adoptarse provisionalmente la medida cautelar sin oír a la parte contraria (art. 135), lo que se conoce como cautelar *provisionalísima*. En todos los casos, una vez acordada la medida, se notifica al órgano administrativo afectado, y cuando se trata de suspensión de eficacia de reglamentos, se publica en el diario oficial correspondiente (art. 134).

Por lo que se refiere a su *duración*, las medidas cautelares se mantienen hasta que el procedimiento en que se hubieran acordado finalice por cualquiera de las causas previstas en la Ley (art. 132 LJCA). No obstante, podrán revocarse o modificarse en cualquier momento.

3.4. REQUISITOS SUSTANTIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

La Ley establece un *requisito previo general para la adopción de cualquier medida cautelar: sólo podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación del*

reglamento pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Por ejemplo, cuando la ejecución del acto impugnado pueda provocar la destrucción irreparable de una determinada situación. Pensemos en la expulsión de un ciudadano extranjero por denegación del permiso de residencia: la ejecución de este acto durante la pendencia del litigio privaría a éste de finalidad legítima, pues frecuentemente la repatriación bloquea por completo cualquier posibilidad de retorno del interesado a nuestro país.

Esta fórmula parece ser una mano que se cierra: la generosidad en la amplitud de medidas cautelares que pueden adoptarse queda claramente condicionada por el cumplimiento de este requisito previo. La restricción ha sido objeto de furibundos ataques doctrinales (GONZÁLEZ PÉREZ). No obstante, habida cuenta de los precedentes judiciales en la materia, y de la tendencia general que se percibe en el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia concede un tratamiento flexible a la cuestión, haciendo primar, sobre el texto literal de la Ley, una interpretación concorde con el art. 24 CE y la doctrina recaída ante el Tribunal Constitucional en materia de medidas cautelares. De este modo se mantienen en la práctica los dos criterios clásicos de otorgamiento de medidas cautelares: el hecho de que puedan generarse daños de reparación imposible o difícil —*periculum in mora*—, y cuando el asunto exhiba una apariencia de buen derecho —*fumus boni iuris*— a favor del recurrente, aunque en el texto literal de la Ley no se mencionan ninguno de estos criterios.

El criterio del *periculum in mora* significa que procederá conceder la medida cautelar cuando de la ejecución del acto pudieran derivarse *perjuicios de reparación imposible o difícil*. Constituye una fórmula próxima a la articulada para la suspensión en vía administrativa (STS 26-9-2007, Rec. 10.097/2003). En el contexto de una interpretación extensiva, los daños de reparación imposible o difícil se encuentran incluidos en la expresión «hacer perder su finalidad al recurso», que es la actualmente operativa en la materia, por lo que no existe obstáculo a conceder la medida cautelar cuando hubiera riesgo de que se produjeran tales daños (STS 20-5-2008, Rec. 5.104/2006).

En cuanto a la doctrina conocida como *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho), encuentra su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia de 19 de junio de 1990 (Asunto *Factortame*), y fue incorporada al acervo de nuestro Tribunal Supremo mediante el Auto de 20-12-1990, Ar. 10.412 (ponente: GONZÁLEZ NAVARRO), que posteriormente se ha visto seguido de otros muchos, asentando un criterio jurisprudencial absolutamente consolidado (STS 29-12-2008, Rec. 2.161/2007). Los tribunales contencioso-administrativos han venido concediendo la adopción de medidas cautelares cuando, a primera vista, el recurso pareciera bien fundado, y las pretensiones del recurrente presentaran claramente una gran solidez. Si de una primera aproximación al caso parece evidente que la actuación de la Administración se encuentra viciada, la correcta defensa del recurrente exige la adopción de medidas cautelares que eviten la lesión de su derecho; especialmente, la suspensión del acto impugnado, para evitar que despliegue efectos a pesar de su invalidez. Esta doctrina se aplica con mesura, como recuerda el propio Tribunal Supremo, y su ámbito natural de proyección se contrae a dos supuestos: «sólo cabe considerar su alegación cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados» (SSTS 28-1-2008, Rec. 4.390/2006; 11-11-2003, Rec. 7.323/1999; ATS 27-11-2006, expte. cautelares 53/2006).

Entrando en el contenido de la decisión, queda a la discreción del órgano judicial *denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de*

los intereses generales o de tercero (art. 130.2). No se trata, por tanto, de un requisito previo, sino de un argumento que debe sopesar el juez antes de conceder la medida cautelar: por ejemplo, si el interés público en ejecutar un acto es superior a los perjuicios que la ejecución deriva sobre intereses privados, debe procederse a la ejecución (SSTS 19-12-2007, Rec. 5.582/2005; 6-6-2008, Rec. 982/2007). No obstante, caso de que pudiera derivarse perturbación grave, *el juez también podría optar por conceder la medida cautelar, e imponer simultáneamente al beneficiario ciertas condiciones, dirigidas a evitar o paliar estos perjuicios* (art. 133.1). Por ejemplo, puede suspender un embargo, imponiendo al recurrente la prestación de caución, garantía o aval, lo que asegura el cobro de lo debido si finalmente se desestima el recurso (STS 28-1-2008, Rec. 4.390/2006). O también, ante la sanción de cierre de un local, derivada del incumplimiento reiterado de los límites de emisión acústica por su equipo de sonido, el tribunal podría suspender la ejecución de la sanción, ordenando simultáneamente el precintado del equipo de sonido. En definitiva, para adoptar o denegar la medida cautelar, y someterla o no a condiciones o garantías, la cuestión que debe decidir el juez «se centra en determinar los intereses en conflicto y determinar cuál debe prevalecer, esto es, qué sacrificio sería más soportable para una u otra de las partes» (ATS 24-3-2000, Ar. 3.633).

Por otra parte, el art. 136.1 LJCA contempla un supuesto de *adopción preceptiva de la medida cautelar*: cuando se trate de un recurso contra la inactividad o la vía de hecho. En este caso, el órgano judicial deberá proceder automáticamente a acordar la medida cautelar, salvo que se aprecie con evidencia que no se da un supuesto de inactividad o vía de hecho, o que la medida cautelar pueda causar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Otros pormenores relacionados con las medidas cautelares pueden observarse acudiendo a los arts. 129 ss. LJCA. Como última consideración, y una vez expuesta toda la problemática relativa a la tutela cautelar, se comprenderá fácilmente que, *en esta materia, resulta esencial conocer la jurisprudencia*. Primero, porque como mejor se percibe la dinámica de las medidas cautelares es mediante el estudio del caso concreto. De otro lado, porque la propia abstracción de la Ley hace imprescindible el manejo de los precedentes judiciales, para conocer cuándo es previsible u operativo que se acuerde una medida cautelar, y cuándo el órgano judicial la rechazará de plano. El propio Tribunal Supremo recuerda en esta materia «la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes» (AATS 23-1-1990, Ar. 557; 8-10-1991, Ar. 7.598; 31-10-1994, Ar. 8.288; luego reiterados en otros muchos pronunciamientos).

A título práctico, conviene saber que la jurisprudencia suele conceder la suspensión en materias como demolición de construcciones (STS 10-9-2007, Rec. 2.522/2005), expulsión de extranjeros (SSTS 31-1-2008, Rec. 8.807/2003; 8-11-2007, Rec. 8.074/2002) o cese forzoso de actividades (como clausura de establecimientos) que constituyan el medio de vida de sus titulares; pero acostumbra a denegar la suspensión en otros supuestos, por ejemplo, cuando se trate simplemente del pago de deudas líquidas o de la invocación de intereses puramente económicos (SSTS 29-9-2008, Rec. 1.048/2007; 5-3-2008, Rec. 2.992/2006; ATS 3-10-2007, expte. cautelares 127/2007), o la denegación de apertura de establecimientos (ATS 17-12-2007, Rec. 165/2007). Pero importa notar que los anteriormente referidos son tan sólo criterios generales, que pueden modificarse en casos concretos en razón de las circunstancias: por ejemplo, concediendo la cautelar de suspensión del pago de una multa muy elevada porque su ejecución supone un grave daño a la empresa (STS 23-1-2008, Rec. 5.560/2006).

4. ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN. EL ESCRITO DE ALEGACIONES PREVIAS

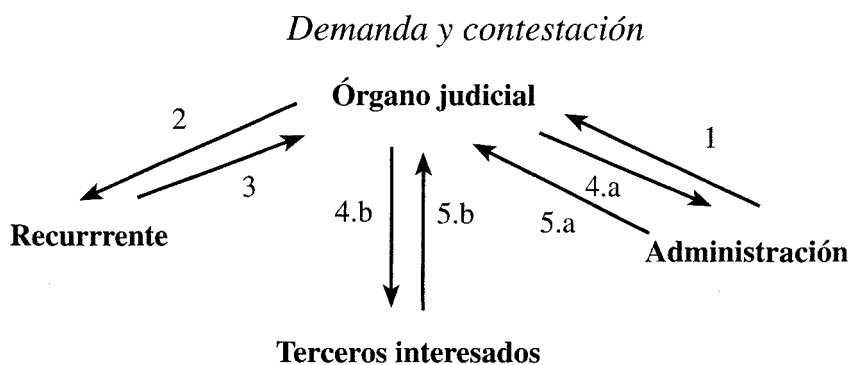
4.1. ALEGACIONES PREVIAS

Según el art. 58 LJCA, los demandados, dentro de los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda, podrán alegar mediante escrito la incompetencia del órgano jurisdiccional, o la inadmisibilidad del recurso (por ejemplo, por falta de legitimación del recurrente, o por interposición extemporánea del recurso). Los supuestos de inadmisibilidad se recogen en el art. 69 de la Ley. El demandante podrá contestar las alegaciones previas del demandado en idéntico plazo de cinco días, y eventualmente, subsanar los defectos de la demanda. Si el órgano jurisdiccional estima las alegaciones previas, y declara la inadmisibilidad del recurso, concluirá el proceso.

4.2. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

Una vez recibido el expediente por el órgano judicial, se dará traslado del mismo al recurrente para que, en el *plazo de veinte días*, deduzca la demanda (art. 52 LJCA). Si vence el plazo de remisión del expediente sin haberlo recibido el órgano judicial, el recurrente puede pedir que se le conceda no obstante plazo para deducir la demanda; si lo hiciera y posteriormente llegare el expediente, se le dará traslado del mismo para que efectúe las alegaciones complementarias que estime oportunas en el plazo de diez días (art. 53).

FIGURA 4



1. Envío del expediente por la Administración al órgano judicial.
2. Traslado del expediente al recurrente y plazo de 20 días para la presentación de la demanda.
3. Presentación de la demanda (en su caso, solicitud de práctica de prueba).
- 4.a y 4.b. Remisión de la demanda y del expediente a los demandados para que deduzcan el escrito de contestación en el plazo común de 20 días (en su caso, solicitud de práctica de prueba).
- 5.a y b. Presentación de los escritos de contestación y devolución del expediente.

El plazo de presentación de la demanda es improrrogable, ya que afecta a la formalización del propio recurso, aunque *se permite la admisión de la demanda si se presenta dentro del día en que se notifique el auto en que se declara la caducidad del recurso* (art. 52.2 LJCA y STS 2-7-2001, Rec. 8.135/1995), previsión legal que se separa de la rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la improrrogabilidad

del plazo de presentación de demanda que recayó durante la vigencia de la Ley de 1956 (así, STS 21-12-2000, Rec. 3.227/95).

Como sabemos ya, existen ciertos casos en los que el proceso debe iniciarse directamente mediante formalización de la demanda —véase § 1.2—, no siendo en ellos de aplicación lo recogido en el párrafo anterior.

Una vez presentada la demanda, se dará traslado de ella, junto con el expediente, a las partes demandadas, para que la contesten en el plazo de veinte días (art. 54). Cuando además de la Administración hubiera varios demandados, todos ellos habrán de contestar a la demanda simultáneamente, incluso si actúan con distintos abogados; en este caso, no se remitirá el expediente a tales demandados, pudiéndose consultar en la Secretaría del órgano judicial (art. 54.3).

Demanda y contestación son, habitualmente, los escritos esenciales del proceso contencioso-administrativo. En ellos se recogen los *antecedentes de hecho* del asunto, los *fundamentos de derecho* de las partes, y se formalizan sus respectivas *pretensiones*, respaldadas por los correspondientes *motivos* (art. 56).

Las partes acompañarán a estos escritos los *documentos en que funden su derecho*, sin que puedan aportarlos una vez vencido el correspondiente plazo de presentación (de la demanda o de la contestación, según la parte de que se trate). La única excepción a la preclusión de este plazo radica en la posibilidad que se reconoce al demandante de aportar nuevos documentos, dirigidos a desvirtuar lo recogido por el demandado en su escrito de contestación; en tal caso, los documentos pueden aportarse antes de la citación judicial a la vista o a la formulación del escrito de conclusiones (actuaciones procesales que estudiaremos más tarde).

El art. 56.2 LJCA, separándose de la doctrina jurisprudencial consolidada anterior, establece que el Letrado de la Administración de Justicia examinará la demanda y requerirá de oficio la subsanación de las faltas de que adolezca en el plazo de diez días, ordenando el archivo de las actuaciones si la subsanación no tiene lugar en plazo.

Asimismo, la demanda y el escrito de contestación son los lugares donde las partes deben *proponer la práctica de prueba* (art. 60). Pero en el caso de no entender preciso el trámite, el recurrente también podrá pedir en la demanda que se falle el pleito sin más trámite, declarándose concluso el proceso si la parte demandada no se opone (art. 57).

De todo lo dicho se desprende claramente que *la demanda es una actuación procesal esencial en el orden contencioso-administrativo*. En efecto, como recuerda la STS 20-4-2001, Rec. 3.919:

El escrito de demanda es esencial en el proceso Contencioso-Administrativo. Es el acto de parte en que el actor formula y fundamenta su pretensión o pretensiones en relación con el acto o la disposición que se impugna en sede jurisdiccional, individualizado en el escrito de interposición, y solicita la aplicación del Derecho a su favor. Por eso el art. 69 de la Ley jurisdiccional aquí aplicable (LJCA) —y en igual sentido el art. 56 de la L 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA)— exigen que se consignen en la misma con la debida separación los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan en el proceso y que se acompañen a ella los documentos en que directamente se funde (art. 69.2 LJCA y 56.3 LRJCA). Esta Sala ha interpretado tradicionalmente los requisitos en la formulación de la demanda con un espíritu antiformalista, pero también ha exigido siempre un mínimo en la delimitación de la pretensión y en su fundamentación de hecho y de Derecho.

La demanda mantiene una conexión lineal con el recurso en cuanto al objeto: con ocasión de la presentación de la demanda no se puede ampliar el objeto del proceso a actos que no fueron incluidos en el recurso, pues en tal caso se incurre en vicio de desviación procesal (STS 18-3-2002, Rec. 2.185/1998).

Por la propia naturaleza de los asuntos, el proceso contencioso-administrativo es esencialmente escrito, siendo la demanda y la contestación los documentos de mayor relevancia en orden a obtener un fallo favorable a las pretensiones de las partes. Si recordamos además el principio de congruencia, que vincula la resolución judicial a los extremos alegados por las partes, llegaremos a la inevitable conclusión de que, en la práctica forense contencioso-administrativa, los letrados deben esmerarse muy especialmente con ocasión de la presentación de la demanda y del escrito de contestación.

La Ley 13/2009 ha introducido una importante novedad en este momento procesal, modificando el art. 57 LJCA a fin de agilizar la tramitación de los asuntos: una vez contestada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia declarará concluso el pleito, sin más trámite para sentencia, en los siguientes supuestos:

1.º Si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba, ni tampoco de vista o conclusiones, y la parte demandada no se opone. Esto puede suponer un considerable ahorro temporal en procesos cuya tramitación no precise de práctica de prueba, pero priva al recurrente de la posibilidad de oponerse a las alegaciones formuladas por el demandado (en su escrito de contestación), al eliminarse el escrito de conclusiones. Corresponde al letrado del recurrente ponderar este riesgo y, en su caso, asumirlo, a cambio de una mayor celeridad procesal.

2.º Si en los escritos de demanda y contestación no se solicita el recibimiento a prueba ni los trámites de vista o conclusiones, salvo que el Juez o Tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, acuerde la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

En ambos supuestos, si el demandado solicita la inadmisión del recurso, se dará traslado al demandante para que en el plazo de cinco días formule las alegaciones que estime procedentes sobre la posible causa de inadmisión, y seguidamente se declarará concluso el pleito. Por otra parte, en el caso de que el Juez ejerza la facultad de proponer de oficio la práctica de pruebas aunque las partes no lo hayan hecho —art. 61 LJCA—, se sustanciará el trámite de prueba, sin declararse concluso el pleito.

5. LA PRUEBA

Como ya sabemos, la práctica de prueba ha de solicitarse en la demanda y en el escrito de contestación, o en el escrito de alegaciones complementarias, mediante *otrosí* (art. 60.1). Por otra parte, si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba y expresar los medios de prueba que se propongan dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos (art. 60.2 LJCA, en la redacción que le confiere la Ley 37/2011). Lo que se hace al pedir el recibimiento a prueba es sencillamente solicitar al órgano judicial que proceda ulteriormente a la apertura de un período probatorio. Cuando lo haga, se concederá a las partes un plazo de quince días para que propongan las pruebas que estimen convenientes; las admitidas por el tribunal habrán de practicarse, como regla general, en el plazo de treinta días (art. 60.4). No obstante, se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

Las partes podrán solicitar la práctica de prueba acerca de hechos que no consten en el expediente administrativo, o bien cuando exista disconformidad acerca de los hechos. Para que el órgano jurisdiccional acepte la práctica de prueba, los hechos sobre los que se solicita deben resultar de transcendencia para la resolución del pleito (art. 60.3). Según este mismo artículo, cuando exista disconformidad en los hechos en relación con un procedimiento sancionador, siempre habrá de practicarse prueba: ello se debe al principio constitucional de presunción de inocencia, que hace recaer la carga probatoria sobre la Administración cuando se ejerza la potestad sancionadora (STC 37/1985, de 8 de marzo, y concordantes).

El órgano judicial puede denegar la apertura del período probatorio o la práctica de una prueba. Si se deniega una prueba procedente, o se incurre en otros vicios con ocasión de este trámite, se vulnera el art. 24 CE (STC 246/2000). Pero para lograr el restablecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, la parte perjudicada habrá de interponer inmediatamente recurso de queja contra el vicio o la denegación del trámite de prueba, pues de aguardar a la sentencia para impugnar esta última alegando tal motivo, no será estimada su pretensión (STS 23-5-2001, Rec. 3.469/1995).

De otro lado, aunque las partes no lo hubieran pedido en la demanda y contestación, el propio órgano judicial podrá decidir, de oficio, el recibimiento a prueba, o incluso la práctica de las que estime convenientes para la más acertada decisión del asunto, pudiéndolo acordar en cualquier momento anterior a la declaración del pleito como concluso para sentencia (art. 61); no es frecuente esta actuación, que tiene lugar no obstante en ocasiones (así, STS 2-3-1999, Rec. 7.754/94).

Las pruebas se desarrollarán de acuerdo con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por tanto pueden ser testificales, documentales, periciales, etc. Ahora bien, debe destacarse la particularidad que representa en materia contencioso-administrativa la profusión de documentos públicos, como los expedidos por funcionarios legalmente facultados para dar fe —art. 317.5.º y 6.º LECiv.—: por ejemplo, actas de inspección (sanitaria, tributaria...), atestados policiales, etc. En efecto, el expediente, que se incorpora al proceso y adquiere automáticamente la consideración de prueba —es excepción el procedimiento sancionador—, goza de un valor probatorio reforzado en cuanto que incorpore documentos públicos administrativos, cuya veracidad se presume, y debe ser destruida por el demandante mediante prueba *a contrario* —art. 319 LECiv.—. En la misma línea, algunas actuaciones ostentan esa misma presunción *iuris tantum* por la especial cualificación de los órganos que la realizan, como sucede con los justiprecios fijados por los jurados provinciales de expropiación (STS 22-3-2011, Rec. 3036/2007), o las valoraciones catastrales (STS 18-9-2014, Rec. 3463/2012).

También conviene notar que, cuando la parte actora alegue discriminación por razón del sexo, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (art. 60.7, introducido por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

6. VISTA O ESCRITO DE CONCLUSIONES

Antes de dictarse sentencia procede efectuar una especie de *recapitulación de lo acontecido en el proceso*, a cuyo efecto podrá celebrarse vista, o bien presentarse conclusiones; unos trámites regulados en los arts. 62 ss. LJCA. Para ello se exige que

las partes lo hayan pedido en los escritos de demanda o contestación, o bien tras la conclusión del período de prueba. Será preceptivo el trámite:

1. Cuando ambas partes lo pidan coincidentemente (tras la Ley 13/2009 no basta con que lo pida la demandante).
2. Cuando lo pida cualquier parte siempre que se haya practicado prueba.

El proceso contencioso-administrativo es esencialmente escrito, por lo que resulta *poco frecuente que se celebre vista*, esto es, un juicio oral y público. Lo normal es que se proceda a la presentación de *conclusiones*, esto es, un escrito en el que se recogerán «unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones», que presentará cada parte por plazo sucesivo de diez días (art. 64.1 LJCA).

En el *orden para las vistas o conclusiones* (y por tanto, también para dictar sentencia) gozan de preferencia los recursos interpuestos en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, y seguidamente, los referentes a disposiciones generales (art. 66); los restantes asuntos se tramitarán por riguroso orden de antigüedad del recurso, pudiendo anteponerse algún otro asunto tan sólo por circunstancias excepcionales debidamente motivadas (arts. 63.1 y 64.3). Es en esta fase donde se produce un mayor retraso en el proceso, que sufre normalmente una prolongada paralización entre la demanda o prueba y el trámite de vista o conclusiones.

Con ocasión de la vista o conclusiones *no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación* (art. 65.1), limitación que afecta a los hechos, pero naturalmente, no al Derecho: podrán aducirse nuevos motivos para sustentar las pretensiones de cada parte. Una vez celebrado el trámite correspondiente, el juez o tribunal declarará que el juicio ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de su facultad de proponer de oficio la práctica de nuevas pruebas (art. 64.4), lo cual es muy infrecuente. Además, si se celebra vista, el juez o tribunal podrá pedir a las partes que concreten los hechos y aclaren cuanto sea preciso para delimitar el objeto del debate (art. 63.2), novedad que concede mayor protagonismo al órgano judicial durante la vista. La Ley 13/2009 regula la grabación de la vista y su validez a efectos de constancia siempre que se garantice la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías (art. 63.3 a 7).

7. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO

7.1. LA SENTENCIA

La sentencia es el modo usual de terminación del proceso contencioso-administrativo. Aparece regulada en los arts. 67 ss. de la Ley. Naturalmente, es un momento procesal de la máxima relevancia; pero prácticamente conocemos ya todos sus extremos.

La sentencia puede recoger cuatro tipos de decisiones: inadmisibilidad, estimación (total o parcial), y desestimación (art. 68). Como sabemos, la inadmisión deja imperejuzgado el asunto, en tanto que los demás pronunciamientos contienen decisiones sobre el fondo del litigio.

En cuanto a los *requisitos y límites de la sentencia*, ésta se dictará en el plazo de diez días desde que se declare concluso el proceso, y resolverá todas las cuestiones

controvertidas durante el mismo (art. 67.1). Además, el órgano judicial se encuentra vinculado por el principio de congruencia, debiendo resolver dentro del límite de lo alegado por las partes. Si declarase la anulación de una disposición general, la sentencia no podrá indicar el modo en que han de quedar redactados los preceptos anulados, como tampoco el contenido discrecional de los actos administrativos anulados (art. 71.2); esta última previsión zanja *ex lege* una encendida polémica doctrinal —suscitada, principalmente, entre los profesores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SÁNCHEZ MORÓN— acerca de las facultades sustitutorias de los jueces contencioso-administrativos, que quedan de este modo claramente reducidas: el precepto conlleva la *imposibilidad de que el Tribunal dicte una nueva resolución en sustitución de la que anule*, debiendo remitir el asunto de nuevo a la Administración para que lo resuelva conforme a Derecho —véase sobre el particular lo expuesto en el Tema 2, apdo. 3.3—.

Los *efectos de la sentencia* difieren según la actuación objeto de impugnación. Si se interpuso un recurso directo contra reglamentos, la sentencia estimatoria tendrá efectos generales, procediéndose a la publicación del fallo en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada; pero en el resto de casos, la sentencia sólo producirá efectos entre las partes (art. 73). Debe notarse que, si se interpuso un recurso indirecto contra reglamentos —véase Tema 4—, ello significa que la sentencia sólo beneficiará al recurrente: para conseguir que el pronunciamiento alcance efectos generales, se anuda a este proceso otro ulterior, denominado *cuestión de ilegalidad*, que estudiaremos más adelante. Por otra parte, los arts. 110 y 111 de la Ley reconocen la posibilidad de extender a terceros los efectos de ciertas sentencias firmes, como también estudiaremos en su momento.

7.2. OTROS MODOS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

Existen otros modos, mucho menos usuales, de terminación del proceso contencioso-administrativo.

El *desistimiento* (art. 74) consiste en una renuncia por parte del demandante a continuar el proceso. La Ley asimila a este modo de terminación la llamada *satisfacción extraprocesal en vía administrativa* (art. 76), supuesto que ostenta caracteres específicos. Por ejemplo, tras la desestimación presunta de un recurso de alzada, objeto ulteriormente de un recurso contencioso-administrativo, la Administración podría resolver expresamente el recurso de alzada, estimando las pretensiones del recurrente, con lo que éste recibe una satisfacción extraprocesal de sus pretensiones, privando de objeto al recurso contencioso-administrativo. Pero cuando el reconocimiento extrajudicial realizado por la Administración infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico el órgano judicial dictará sentencia ajustada a Derecho (art. 76.2); así, la STSJ Castilla-La Mancha 7-5-2001, Rec. 18/2001, estima que resultaba improcedente la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal aunque en relación con un procedimiento expropiatorio la Administración extendió una nueva hoja de aprecio, pues abonó el principal pero no los intereses legales solicitados, por lo que se estima que debe continuar el proceso hasta su terminación por sentencia con arreglo a Derecho.

El *allanamiento* (art. 75) consiste en la aceptación de las pretensiones del demandante por parte del demandado; exige presentación del acuerdo en que la Administración pública haya decidido el allanamiento. En la Administración del Estado corresponde concederlo al Servicio Jurídico del Estado (art. 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas). En las Comu-

nidades Autónomas la autorización suele corresponder al Consejo de Gobierno, y en las corporaciones locales al Pleno (art. 22 LRBRL). A la luz del allanamiento, el órgano judicial dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Por último, en los procedimientos en primera o única instancia también cabe que el órgano judicial promueva un intento de *conciliación o transacción* entre las partes (art. 77), esto es, un acuerdo sobre el asunto, que en este caso se beneficia del efecto de cosa juzgada. Debe entenderse que la transacción debe reunir también la exigencia de ser autorizada por el órgano correspondiente de cada Administración pública, al igual que el allanamiento. Además, la transacción exige colmar algunos requisitos adicionales: por ejemplo, el art. 7.3 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, exige acuerdo del Consejo de Ministros y Dictamen del Consejo de Estado en Pleno para transigir acerca de los derechos de la Hacienda Pública; y el art. 31 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece las mismas previsiones para que pueda transigirse en juicio acerca de los bienes y derechos patrimoniales del Estado. Estas exigencias hacen muy poco frecuente el uso de la transacción.

Así como los particulares pueden disfrutar fácilmente de todas estas opciones, la Administración encuentra grandes dificultades en orden a beneficiarse de estos instrumentos de terminación del proceso. Ello se debe a que, por imperativo constitucional, la Administración se encuentra abocada a la persecución del interés general, razón por la que la doctrina le niega tradicionalmente la posibilidad de allanarse o transigir en juicio. No obstante, cada vez adquiere mayor fuerza la opinión de que la Administración podría transigir en aquellos supuestos en que goce de facultades discrecionales, o de un margen de apreciación suficientemente amplio, y siempre que la solución definitiva no resulte contraria al interés general (GONZÁLEZ PÉREZ, GIMENO SENDRA).

8. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El extraordinariamente extenso art. 78 LJCA regula un procedimiento abreviado en primera o única instancia. Es un procedimiento general, no especial: procede para todos los recursos que se ventilen ante los Juzgados —provinciales o centrales— de lo contencioso-administrativo, cuando:

- a) Su cuantía no exceda de 30.000 euros.
- b) Versen sobre cuestiones de personal.
- c) Se refieran a cuestiones de extranjería y petición de asilo político.
- d) Se trate de asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje.

Las principales características del procedimiento abreviado son las siguientes:

1.º *Se inicia directamente por la presentación de demanda*, a la que se acompañará de los escritos oportunos. Puede ocurrir que por error del demandante, se interponga recurso en lugar de demanda, de modo que el escrito de interposición no satisfaga los requisitos de la demanda que exige el art. 56 LJCA; en este caso la jurisprudencia entiende que se debe conceder un plazo de subsanación del vicio, en preservación del art. 24 CE, y mediante aplicación de los artículos 78.23 y 56.2 LJCA (SSTSJ Madrid 16-5-2000, Rec. 60/1999; y TSJ Andalucía-Granada 22-5-2000, Rec. 190/1999). Una vez admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia la comunicará al demandado señalando el día de la vista, y ordenando la remisión del

expediente con al menos quince días de antelación respecto de la celebración de la vista. Una vez recibido el expediente, el Letrado de la Administración de Justicia lo remitirá al actor para que pueda realizar alegaciones en el acto de la vista.

2.º *El proceso bascula todo él sobre una vista oral.* En principio, la Ley pretende que con ocasión de la vista se sustancie toda la tramitación del proceso (art. 78.5 a 11). El demandante expone sus pretensiones y los fundamentos que las respaldan, y el demandado formulará las alegaciones que convengan a su derecho; alegará en primer lugar las excepciones de inadmisibilidad, que el juez resolverá según proceda, pronunciándose después el demandado acerca del resto de sus alegaciones. La vista se grabará en los mismos términos que se han expuesto para el procedimiento ordinario, con algunas particularidades (art. 78.22). En este punto, si las partes no desean formular conclusiones el juez puede incluso dictar sentencia sin más dilación en los siguientes casos:

- Cuando exista conformidad de los demandados con las pretensiones del actor.
- Cuando la controversia tenga carácter meramente jurídico.
- Cuando no se proponga prueba o se inadmitan las propuestas.

3.º *Contempla previsiones específicas en materia de prueba* (apdos. 12 a 20). La necesidad de practicar prueba es una de las razones que pueden impedir que el proceso concluya con ocasión del trámite de vista. La Ley pormenoriza cómo llevar a cabo las pruebas, para permitir su práctica durante la propia vista (apdos. 12 a 17). Cuando fuere preciso interrumpir la vista para practicar la prueba ésta se suspenderá, reanudándose tras su práctica en la fecha que el Juez haya determinado durante la primera vista, sin necesidad de nueva notificación (apdos. 18 y 19).

Tras la práctica de las pruebas, y de la exposición de las conclusiones que a cada parte le merezcan las mismas, las partes podrán exponer lo que crean oportuno para su defensa; este trámite supone el equivalente al escrito de conclusiones, y da fin a la vista. Tras su conclusión, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días (apdo. 20).

El procedimiento abreviado se inspiró en el juicio verbal tradicionalmente existente en la jurisdicción social, que posteriormente también se ha extendido a la LE-Civ. como uno de los dos procedimientos judiciales generales. Fue introducido en la LJCA durante la tramitación parlamentaria, y por ello presenta algunas deficiencias fuertemente criticadas —MARTÍN VALDIVIA, PERA VERDAGUER, MORENO CATENA—. No obstante, supuso una gran novedad en un orden jurisdiccional caracterizado tradicionalmente por el carácter escrito de los procesos. Su instauración ha dinamizado extraordinariamente el funcionamiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, agilizando la tramitación de una gran cantidad de procesos: multas de tráfico, exacciones de tasas e impuestos locales, autonómicos y estatales, etc. Por ello, merece una valoración contradictoria (CHAMORRO Y ZAPATA): *positiva*, en la medida que ha contribuido a mejorar el rendimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; y *negativa*, por cuanto que sigue adoleciendo de deficiencias normativas y dificultades de interpretación.

9. RECURSOS CONTRA PROVIDENCIAS Y AUTOS

Contra las providencias y autos dictados por los órganos judiciales contencioso-administrativos cabe interponer cuatro recursos diferentes, según el tipo de auto o providencia que se impugne:

9.1. RECURSO DE APELACIÓN

Es un recurso con efecto *devolutivo* (art. 80 LJCA), esto es, que corresponde conocer del mismo a un órgano judicial diferente del que dictó la resolución impugnada. La tramitación de este recurso de apelación es la misma que analizaremos más adelante en relación con la apelación contra sentencias. El órgano competente para conocer de la apelación será el que corresponda según las reglas de competencia que estudiamos en el Tema anterior. No todos los autos y providencias son susceptibles de apelación: sólo los que recoge expresamente el art. 80.1 LJCA: únicamente los que dicten los juzgados provinciales y centrales de lo contencioso-administrativo, en procesos de que conozcan *en primera instancia*, en los siguientes casos:

- a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.
- b) Los recaídos en ejecución de sentencias.
- c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- d) Los recaídos en relación con la autorización judicial para entrada domiciliaria (art. 8.5 LJCA), y con las autorizaciones judiciales relativas a los servicios de la sociedad de la información (arts. 9.2 y 122 *bis* LJCA).
- e) Los que acuerden la ejecución provisional de una sentencia recurrida en apelación, inclusive los que adopten medidas cautelares relativas a la ejecución de sentencias (art. 83 y 84 LJCA).
- f) Los que se dicten al objeto de extender los efectos de una sentencia, conforme a lo dispuesto por los arts. 110 y 111 LJCA (la ejecución de sentencias es objeto de estudio un poco más tarde); en este supuesto —y sólo en éste—, son también susceptibles de apelación los autos dictados por los juzgados en única instancia, rigiéndose por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende.

9.2. RECURSO DE CASACIÓN

También es un recurso devolutivo (art. 87 LJCA). Conocerá del mismo el Tribunal Supremo. El procedimiento a seguir será el mismo que opera para la casación contra sentencias, con la salvedad que contempla el art. 87.2: para interponer recurso de casación será preciso interponer previamente un recurso de súplica. Cabe interponerlo contra los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia y por la Audiencia Nacional en procedimientos de que conozcan en *única* instancia —no en segunda—, en los supuestos siguientes:

- a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.
- c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decidida, directa o indirectamente, en aquélla, o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.
- d) Los que se dicten en ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación, inclusive los relativos a medidas cautelares adoptadas como consecuencia de la ejecución provisional.

e) Los que se dicten al objeto de extender los efectos de una sentencia, conforme a lo dispuesto por los arts. 110 y 111 LJCA.

9.3. RECURSO DE QUEJA

Es muy semejante al recurso de apelación, pero para un supuesto concreto: procede interponerlo para recurrir los autos que inadmitan un recurso de apelación contra sentencias de los juzgados (art. 85.2), o de casación contra sentencias de la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia (art. 90.2). También cabe el recurso de queja contra los actos que inadmitan la práctica de pruebas. La LJCA no regula el procedimiento a seguir para el recurso de queja, remitiendo a lo que en esta materia determinan los arts. 494 y 495 LECiv. Es un recurso devolutivo, que cuenta con una fase de preparación ante el órgano autor de la resolución objeto de recurso, siendo el plazo de preparación de cinco días.

9.4. RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA PROVIDENCIAS Y AUTOS

La Ley 13/2009 introduce una nueva disposición adicional 8.^a en la LJCA sustituyendo la denominación del anterior recurso de súplica por la de recurso de reposición. La presentación del recurso no produce efecto devolutivo, sino que es conocido y resuelto por el mismo órgano judicial que dictó el auto o providencia impugnado (art. 79 LJCA). Procede en aquellos casos en que no quepa interponer los recursos de queja, apelación o casación contra el auto o providencia (se trata por tanto de un criterio residual). El art. 79.2 LJCA impide que puedan recurrirse en reposición las resoluciones expresamente exceptuadas en la Ley, ni contra los autos que resuelvan los recursos de reposición y los de aclaración. Su tramitación es sumamente breve, y aparece regulada en el art. 79.3 y 4.

9.5. RECURSOS DE REPOSICIÓN Y DE REVISIÓN CONTRA DECISIONES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Estos recursos para oponerse a las decisiones procesales —llamadas decretos y diligencias de ordenación— que adopte el Letrado de la Administración de Justicia. Se regulan en el art. 102 *bis* LJCA.

Según el tenor literal de la Ley, el *recurso de revisión* puede interponerse tan sólo en los casos expresamente previstos por ella: en particular, contra los decretos del Letrado de la Administración de Justicia por los que se ponga fin al procedimiento o se impida su continuación. Sin embargo, la STC 58/2015 ha declarado la inconstitucionalidad del apartado 1.º del art. 102 *bis* LJCA, por considerarlo lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que a todos garantiza el art. 24.1 CE y del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE); por consiguiente, todos los decretos y diligencias de ordenación adoptados por el Letrado de la Administración de Justicia son susceptibles de recurso. El recurso carece de efectos suspensivos, y debe interponerse en el plazo de cinco días mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que la resolución hubiera incurrido. Si se cumplen los anteriores requisitos, el Letrado, mediante diligencia de ordenación, admitirá el recurso, concediendo a las demás

partes personadas un plazo común de cinco días para impugnarlo, si lo estiman conveniente. La resolución del recurso (mediante auto), o la inadmisión del mismo (mediante providencia), corresponden al Juzgado o Tribunal (no al Letrado), debiendo dictarse en el plazo de cinco días.

En cuanto al *recurso de reposición*, cabe interponerlo contra las decisiones del Letrado de la Administración de Justicia que no sean susceptibles de ningún otro recurso, si bien no es admisible el recurso de reposición contra las resoluciones expresamente exceptuadas del mismo en la propia Ley. Su plazo de interposición es de cinco días. Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el Letrado dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de tres días, a fin de que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el propio Letrado resolverá mediante decreto dentro del tercer día. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

10. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

10.1. CUESTIONES GENERALES

Constituye una segunda instancia, y por consiguiente, permite revisar o completar tanto los hechos como los fundamentos de derecho que hubieran sido analizados en primera instancia. El recurso puede ser interpuesto por cualquiera de las partes (demandante o demandadas). La parte que lo interpone se califica como *apelante*, y la contraria, como *apelada*. La interposición del recurso se produce en ambos efectos, esto es el *devolutivo* (el recurso es resuelto por un órgano judicial diferente) y el *suspensivo*, es decir, que puede suspenderse la ejecución de la sentencia. En este último sentido, la parte a quien favorezca la sentencia recurrida puede instar su ejecución (art. 84.1), aunque el órgano judicial que conozca del recurso podrá adoptar medidas cautelares para garantizar la ejecución de la sentencia que recayere después en apelación (art. 83.2), y asimismo, acordar las medidas que sean adecuadas para paliar los perjuicios que pudieran derivarse de la ejecución provisional de la sentencia recurrida (art. 84.1), salvo que pudieran producirse situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación, en cuyo caso habría de suspenderse la ejecución de la sentencia (art. 84.3). Al final de este Tema se incluye una tabla-resumen que explica los rasgos principales de este recurso.

10.2. CASOS EN QUE PROCEDE

Cabe interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados (provinciales o centrales). La Ley declara como *regla general la posibilidad de interponer este recurso*, y contempla excepciones a esta regla (como aclaración, podemos añadir que cuando se incurra en la excepción, y por consiguiente la sentencia no sea susceptible de apelación, el juzgado habrá conocido en única instancia). *Los casos en que no cabe apelación son los siguientes:*

- a) Los asuntos de cuantía inferior a 30.000 euros.
- b) Los asuntos en materia electoral que corresponden a los juzgados provinciales (art. 8.4).

A su vez, la Ley establece *excepciones a la excepción*, esto es, supuestos en que las sentencias de los juzgados son susceptibles de apelación aunque estén incluidas en alguno de los casos anteriores; son los siguientes:

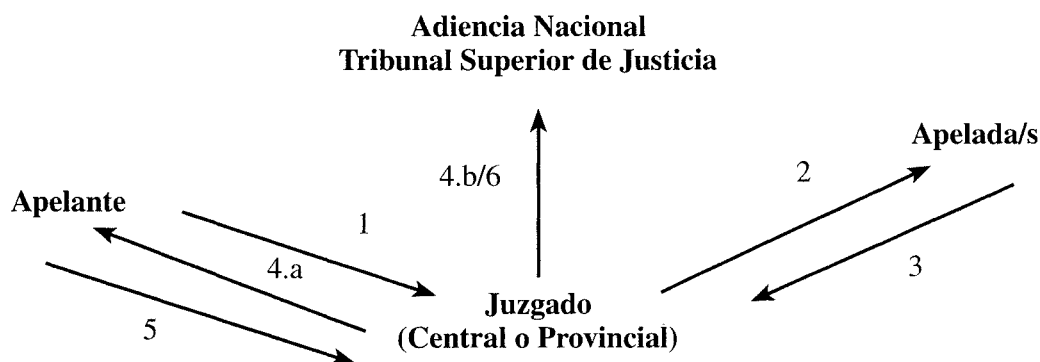
- a) Las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso.
- b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (se trata de un procedimiento especial que estudiaremos más tarde).
- c) Las que resuelvan contenciosos interadministrativos (litigios entre administraciones públicas).
- d) Las que resuelvan recursos indirectos contra reglamentos.

10.3. PROCEDIMIENTO

Cabe distinguir dos fases: una, de interposición del recurso, que se desarrolla ante el mismo juzgado que dictó la sentencia; otra, que comprende el resto del procedimiento, y se sustancia ante la Sala del Tribunal correspondiente (Tribunal Superior de Justicia, o Audiencia Nacional, según los casos).

FIGURA 5

Recurso de apelación contra sentencias



1. Interposición del recurso: 15 días desde notificación de sentencia; el escrito incluirá alegaciones y, en su caso, solicitud de práctica de pruebas, vista, etc.
2. Inadmisión del recurso, o bien traslado a la apelada para oposición en el plazo de 15 días.
3. Oposición o adhesión al recurso por la apelada.
- 4.a. Si existe adhesión, plazo de 10 días al apelante para formular oposición a la adhesión
5. Formalización de la oposición a la adhesión.
- 6 o 4.b. Según el caso, formulada oposición al recurso (4.b), u oposición a la adhesión (6), el juzgado da traslado de lo actuado a la Sala competente (AN o TSJ).

a) *Fase de interposición*: El recurso de apelación se interpone ante el juzgado que dictó la sentencia, en el plazo de quince días desde la notificación de ésta. El escrito de interposición contendrá las alegaciones que sustenten el recurso (hechos y fundamentos de derecho). El juzgado puede inadmitir el recurso, mediante auto, contra el que cabe interponer recurso de queja (como apuntamos anteriormente). Si el

Letrado de la Administración de Justicia decide admitirlo, dará traslado del escrito a la otra u otras partes, para que en el plazo de quince días formulen *oposición*. En los escritos de interposición y oposición las partes pueden solicitar recibimiento a prueba, la celebración de vista, del trámite de conclusiones, o que el pleito sea declarado concluso para sentencia. Puesto que la parte apelada puede estar también disconforme con la sentencia, podrá *adherirse* a la apelación, en cuyo caso la apelante contará con un nuevo plazo de diez días para oponerse a la adhesión. También podrá la parte apelada oponerse a la admisión del recurso.

b) *Resto del procedimiento*: transcurridos los plazos anteriores, el Juzgado remitirá los autos de la primera instancia, el expediente administrativo, y los escritos presentados por las partes en apelación, a la Sala correspondiente, que decidirá en primer término sobre la admisión del recurso, y procederá después a la tramitación del procedimiento, en las fases correspondientes: recibimiento a prueba, vista o conclusiones, etc.

11. RECURSO DE CASACIÓN

11.1. NATURALEZA

El recurso de casación tiene asignada subyacentemente una función unificadora y uniformadora del Ordenamiento jurídico, atribuyéndose al Tribunal Supremo la competencia para conocerlo, en coherencia con su función de máximo intérprete de la legalidad ordinaria y conformadora de jurisprudencia con valor de fuente del Derecho —art. 1.6 Cc.—. Más tarde veremos, no obstante, que existe una variante del recurso de casación que compete a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

El recurso de casación se limita a cuestiones de derecho, con exclusión de cuestiones de hecho —art. 87 *bis* LJCA—; se trata, por consiguiente, de un debate circunscrito a la argumentación jurídica, sin que la tramitación del recurso contemple una fase probatoria, manejándose únicamente los hechos tal y como hayan sido aportados al proceso en las anteriores instancias.

En esta materia se han introducido importantes modificaciones por la Ley Orgánica 7/2015, reduciendo las variedades anteriores de la casación a una sola (se suprime la casación en interés de ley y para unificación de doctrina), y cambiando sustancialmente los supuestos en que cabe interponer el recurso. Al final de este Tema se incluye una tabla-resumen que explica los rasgos principales de este recurso.

11.2. CASOS EN QUE PROCEDE

En este aspecto se han producido cambios muy sustanciales, que obligan a estudiar el recurso bajo un prisma diferente al tradicional. Articulamos la explicación en dos apartados sucesivos.

11.2.1. *Criterios generales*

Cabe interponer el recurso de casación ordinario contra sentencias dictadas por los Juzgados, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia, de acuerdo con las siguientes reglas (art. 86 LJCA):

1.^a Las sentencias dictadas por los Juzgados sólo son susceptibles de casación cuando se cumplan estos tres requisitos:

- a) Que se hayan dictado en única instancia (es decir, que no quepa apelación);
- b) Que contengan una doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales. Esta exigencia reduce el ámbito objetivo de la casación de sentencias favorables a los ciudadanos, y lo centra especialmente en recursos que interpongan las Administraciones públicas;
- c) Que las sentencias sean susceptibles de extensión de efectos, lo que sucede en ciertos asuntos tributarios y de personal —véase § 14.2 de este Tema—.

2.^a Las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia son susceptibles de casación conforme a las siguientes coordenadas —art. 86.4—:

i) Sólo son susceptibles de casación ante el Tribunal Supremo si el recurso se funda en normas de Derecho estatal o comunitario europeo que resulten determinantes del fallo recurrido y hayan sido invocadas en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Esto supone reconocer que los TSJ culminan la organización judicial cuando se trata de aplicar Derecho propio de las Comunidades Autónomas. Para fundamentar la infracción de normas estatales o comunitarias el escrito de preparación del recurso de casación debe incluir un *juicio de relevancia*, a partir del cual el Tribunal Supremo analiza su concurrencia, de la que ha hecho una interpretación extraordinariamente rigorista, inadmitiendo el recurso cuando el escrito de preparación no incorpora ese juicio (SSTS 03/05/2011, Rec. 1.524/2007; 07/06/2006, Rec. 2.583/2003; algún ejemplo de sentencias que revisan el juicio de relevancia y admiten el recurso: STS 21/07/2011, Rec. 561/2008; 09/06/2010, Rec. 6.143/2006).

ii) Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del propio Tribunal Superior de Justicia (el precepto regula cómo se conforma dicha Sección). Esta previsión regula, en realidad, una suerte de recurso de casación *autonómico*, para supuestos en que, existiendo interés casacional (tal y como estudiaremos más tarde), el debate se centra en normas autonómicas. Con ello se refuerza el carácter de máximo intérprete del Derecho autonómico que se confiere a los Tribunales Superiores de Justicia.

3.^a No son susceptibles de casación en ningún caso las sentencias dictadas en el procedimiento especial para la protección del derecho fundamental de reunión —art. 86.2—; pero sí cabe casación en el resto de procedimientos de protección de derechos fundamentales (véase § 13.1 de este Tema).

4.^a Tampoco son susceptibles de casación las sentencias recaídas en los procesos contenciosos-electorales —art. 86.2—.

11.2.2. *El interés casacional objetivo*

Además de superarse las limitaciones anteriores, para que una sentencia pueda ser recurrida en casación el asunto debatido ha de tener *interés casacional objetivo* —art. 88 LJCA—. La Ley deja abiertos los motivos por los que se puede suscitar ese interés, por lo que en principio cualquier asunto podría llegar a ser recurrido en casación (de esta manera se evita que, por algún fleco legal, no alcance la casación un asunto que

de hecho lo merezca), pero establece tres acotaciones sucesivas que deben ser tomadas en consideración:

i) Existen una serie de supuestos en los que *puede apreciarse la existencia* de interés casacional. En tales casos, el recurrente deberá esforzarse por mostrar la existencia de interés casacional, y en el trámite de admisión —art. 90.3.a) LJCA— la Sala podrá inadmitir el recurso mediante simple providencia si considera que no existe tal interés; en cambio, para admitir el recurso, debe hacerlo razonadamente mediante auto. Una sentencia puede tener interés casacional —art. 88.2— cuando:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

ii) Otra lista señala los asuntos en los que *se presume que existe* interés casacional. En este segundo nivel se deberá admitir a trámite el recurso con carácter general. Se presumirá el interés casacional objetivo —art. 88.3— cuando:

a) En la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

b) La resolución impugnada se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

c) La sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que ésta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) La sentencia resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) La sentencia resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

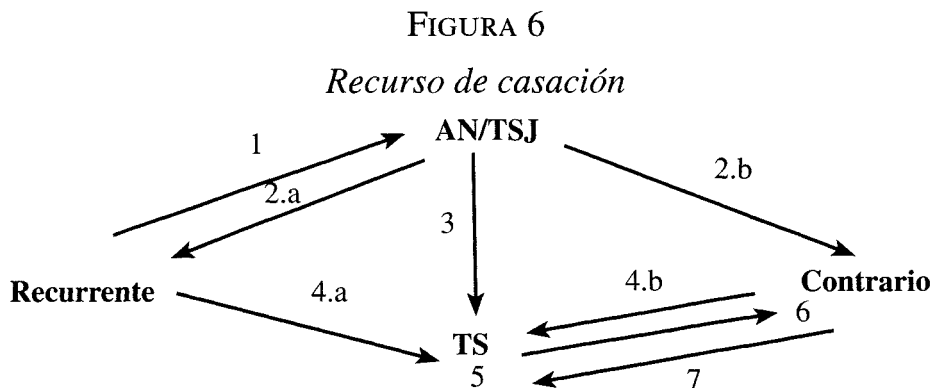
iii) Dentro de la segunda lista la Ley excluye tres supuestos —los que corresponden a las letras a), d) y e)— en los que se podrá inadmitir el recurso cuando carezca

manifiestamente de interés casacional para la formación de jurisprudencia. En realidad, hay que incluir en este grupo también la letra c), dada su redacción, pues excluye la casación cuando la disposición general «carezca de la trascendencia suficiente». El acceso a la casación en estos supuestos es menos problemático que en el primer grupo, pues en principio se presume el interés casacional, pero en el trámite de admisión la Sala podrá diluir esa presunción exponiendo, mediante auto, las razones por las que considera que carece de interés casacional.

Debido a la congestión judicial, las últimas reformas procesales restringieron sucesivamente los supuestos de casación, endureciendo el acceso a este recurso. La Ley Orgánica 7/2015 supone un cambio radical de planteamiento en los postulados de este recurso, derogándose algunos de sus criterios más restrictivos, como el de la cuantía. Sin embargo, sí podría recurrirse en casación la denegación de recibimiento o práctica de alguna prueba, en la medida que constituya una infracción procesal porque el particular tuviera derecho a este medio de defensa.

11.3. FASES DEL PROCEDIMIENTO

Podemos distinguir cuatro fases diferentes en la tramitación del recurso de casación. El recurso comienza por prepararse ante la misma Sala que dictó la resolución recurrida, en un escrito sucinto comparable al de interposición del recurso en primera o única instancia; una vez superado este filtro, se interpone el recurso propiamente dicho ante el Tribunal Supremo, mediante un escrito en el que ya se recogen los motivos que lo respalden. Tras esto prosiguen los trámites procedentes ante el Tribunal Supremo.



1. Preparación del recurso: 30 días desde notificación de sentencia.
- 2.a y b. Emplazamiento a las partes para que, en el plazo común de 30 días, se personen ante el Supremo (recurrida) e interpongan el recurso (recurrente).
3. Remisión de los autos y escrito de preparación al Supremo.
- 4.a y b. Interposición del recurso (recurrente) y personación de los contrarios.
5. Estudio de admisibilidad por TS. Eventuales alegaciones de las partes en plazo común de 10 días.
6. Traslado del recurso al contrario para que formule oposición en plazo de 30 días.
7. Presentación de la oposición al recurso.

11.3.1. *Preparación*

El recurso de casación se preparará ante la misma Sala que dictó la resolución recurrida (Sala de instancia), en el plazo de treinta días desde su notificación, mediante escrito reducido a expresar la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos. Si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos, y se refiere a una resolución susceptible de casación, la Sala de instancia tendrá por preparado el recurso, emplazando a las partes (recurrente y recurrida) para su comparecencia en el plazo de treinta días ante el Tribunal Supremo. La parte recurrente, además, deberá interponer el recurso propiamente dicho en ese mismo plazo. Si la Sala de instancia considera que no se reúnen los requisitos, tendrá por no preparado el recurso, mediante un auto que solo es susceptible de recurso de queja.

11.3.2. *Interposición del recurso*

El recurrente deberá interponer el recurso en el plazo citado de treinta días, mediante escrito en el que expresará el motivo o motivos en que se ampare, con cita de la norma o de la jurisprudencia que entienda infringida. Si transcurre el plazo sin que se hubiera interpuesto, el recurso se declarará desierto.

La interposición del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la resolución recurrida, que podrá llevarse a efecto a instancia de la parte favorecida por la sentencia, denegándose cuando pueda dar lugar a situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación (art. 91.3).

11.3.3. *Admisión*

Regulada en el art. 90 LJCA, la admisión es un trámite de enorme importancia, del que conoce una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.. Con ocasión de la fase de admisión se analiza la concurrencia de los supuestos de interés casacional establecidos en el art. 88, aunque también se revisan otras exigencias procesales específicas —art. 90.4—, como el plazo, la legitimación, o los requisitos de preparación del recurso.

El art. 24 CE debe ser tomado en consideración con ocasión del análisis de las causas de inadmisibilidad, como sostiene la doctrina académica (MONTROYA MARTÍN), para que no se preste a una inadmisión generalizada de los recursos en casación.

Antes de tomar su decisión —art. 90.1—, la Sala, excepcionalmente y sólo si las características del asunto lo aconsejan, podrá oír a las partes personadas, por plazo común de treinta días, acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo, por lo que la admisión puede ser total o parcial (en este último caso, se admiten unos motivos de casación, pero no otros); asimismo, se identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso —art. 90.4—. Contra los autos y providencias que resuelvan acerca de la admisión no cabe recurso alguno —art. 90.5—.

11.3.4. *Resto del procedimiento*

El resto de la tramitación es muy simple. Sólo nos interesa retener que, admitido el recurso, se dará traslado del mismo a la parte o partes recurridas para que formalicen por escrito oposición en el plazo de treinta días. Podrá celebrarse vista o declararse directamente concluso el pleito para sentencia. Como no se trata de una nueva instancia, no existe fase probatoria, reduciéndose el debate al derecho, y apoyándose en el relato de los hechos debatidos en la instancia y recogidos en los autos (art. 88.3) aunque no fuesen entonces tomados en consideración.

La sentencia conllevará consecuencias diferentes según hubiera sido el motivo de la casación (art. 95): si se alegó incompetencia jurisdiccional, se indicará el orden competente; si se estima que existió falta procesal, se mandará reponer las actuaciones al estado en que se produjo; si se alegó infracción de las normas o de la jurisprudencia, se dictará nuevo fallo; etc.

12. RECURSO DE REVISIÓN

Es un recurso extraordinario, que sólo procede contra sentencias firmes, y en los supuestos tasados que recoge el art. 102.1:

a) Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

b) Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

c) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

d) Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta

e) Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas

Los plazos, procedimiento y efectos de este recurso son los que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 102.3 LJCA).

13. PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

La Ley regula dos procedimientos generales (ordinario y abreviado), que ya conocemos, y otros de carácter especial, que abordamos seguidamente. Con esto se pretende resolver adecuadamente las características particulares de determinados recursos, en los que se exige la articulación de reglas especiales, principalmente por razón de la materia. Parece obvio que no debe recibir una misma regulación un procedi-

miento en el que se dilucida la procedencia o no de una licencia de apertura, que otro en el que se discute la validez de un reglamento, o el respeto de un derecho fundamental de la persona. Dado que conocemos ya los procedimientos generales, la exposición subsiguiente será sucinta, y dirigida a consignar las especialidades más destacables de los procesos especiales.

13.1. PROCESO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

El art. 53.2 CE establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales de la persona ante los tribunales ordinarios por un *procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad*. Los arts. 114 ss. LJCA regulan este procedimiento preferente y sumario en el ámbito contencioso-administrativo.

Como primera precisión debe saberse que *este recurso es opcional*, puesto que el interesado puede interponer asimismo el recurso ordinario frente a una lesión de un derecho fundamental. Sin embargo, las consecuencias difieren en cada caso:

a) Si interpone el recurso especial, gozará de preferencia y sumariedad, pero sólo podrá alegar la vulneración del derecho fundamental, y no otras eventuales irregularidades en que se hubiera incurrido por la Administración demandada.

b) Si interpone el recurso ordinario podrá alegar cualesquiera vicios, tanto los ordinarios como la vulneración del derecho fundamental, pero no disfrutará de preferencia y sumariedad en la tramitación.

Un consejo práctico de gran utilidad es que para conseguir beneficiarse al propio tiempo de los efectos positivos de cada una de estas vías el recurrente inicie simultáneamente ambos procesos: el primero, sólo en relación con la vulneración del derecho fundamental, y el segundo, sólo en relación con los restantes vicios. Si obtiene satisfacción procesal en el primero, podrá desistir del segundo; y si no la obtiene, podrá continuar la tramitación de este último.

La vulneración del derecho fundamental puede alegarse en relación con la actividad o inactividad de la Administración, o las vías de hecho, en los términos generales que conocemos acerca del objeto del recurso. El particular puede sustentar las mismas pretensiones que en el recurso ordinario: nulidad o anulación, indemnización, etc.

Este proceso especial conlleva una *generalizada reducción de los plazos*. Por ejemplo, el recurso se interpone en el plazo de diez días; el expediente debe remitirse en el plazo de cinco días; la demanda y contestación se formalizan en el plazo de ocho días; etc.

Por otra parte, del art. 115.1 LJCA cabe colegir que cuando se utiliza esta vía preferente y sumaria *los recursos administrativos previos son meramente potestativos*, como sostienen la doctrina académica (MARTÍN REBOLLO, SÁNCHEZ MORÓN) y jurisprudencial (SSTS 11-10-2002, Rec. 6.190/98; 20-9-2004, Rec. 5.621/2001; y 23-5-2008, Rec. 3.016/2006). Ante un acto que conculque un derecho fundamental y no agote la vía administrativa, el interesado puede optar entre: a) interponer directamente el recurso contencioso-administrativo especial; o bien, b) recurrir el acto previamente en alzada y acudir después a la jurisdicción contencioso-administrativa, en el plazo de diez días desde la desestimación de la alzada, utilizando el recurso especial en examen.

Contra las sentencias recaídas en esta materia ante los juzgados (provinciales o centrales) contencioso-administrativos *cabrá en todo caso apelación, pero en un sólo efecto* (art. 121.3). Es decir, que por una parte se amplía la posibilidad de apelar, sin que operen las excepciones que conocemos en la materia; pero de otro lado, la interposición del recurso no suspenderá la ejecución de la sentencia de la primera instancia. En cuanto a las sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Nacional y por los Tribunales Superiores de Justicia cabrá siempre casación, como ya sabemos [art. 86.2.b) LJCA]. Un problema adicional para la tramitación de los recursos de apelación y casación en defensa de derechos fundamentales deriva del hecho de que no existe reducción de plazos en esta materia, sustanciándose el procedimiento de acuerdo con las reglas generales que ya conocemos.

FIGURA 7

Especialidades del proceso de protección de derechos fundamentales

	PROCESO ORDINARIO	PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN	
		General	Derecho de reunión
Agotamiento vía administrativa	Preceptivo	Potestativo	
Plazo de interposición del recurso	2 meses (regla general)	10 días	48 horas
Plazo de remisión del expediente	20 días	5 días	Inmediatamente
Plazo de formalización de demanda y contestación	20 días	8 días	Alegaciones presentadas directamente en la vista
Motivos alegables	Cualesquiera, incluso vulneración de derechos fundamentales	Únicamente vulneración de derechos fundamentales	Únicamente vulneración de derechos de reunión
Orden de vista o conclusiones y sentencia	El orden de entrada de los recursos	Se anteponen a cualquier otro asunto	En plazo máximo de 4 días
Recurso de apelación	Supuestos tasados (art. 81.1)	Cabe en todo caso	No cabe

Por otra parte, el art. 122 regula íntegramente un procedimiento especial específico para el ejercicio del derecho de reunión. Esta regulación trae causa de la propia naturaleza del derecho, cuyo ejercicio debe garantizarse con una celeridad mayor aún que los restantes, para evitar que transcurra el día en el que se encontrara previsto celebrar la reunión o manifestación. La reducción de los plazos es aún más radical, y la sentencia se dicta tras una vista oral, sin que medien escritos de demanda y contestación. Esta sentencia no es susceptible de apelación (art. 122.2) ni casación [art. 86.2.c)].

La Ley también regula —art. 122 *bis* LJCA— un procedimiento específico para las autorizaciones judiciales necesarias a fin de aplicar las decisiones de interrupción de servicios de la sociedad de la información en los casos legalmente previstos: principalmente, páginas web que vulneren los derechos de propiedad intelectual. Estas

decisiones corresponden a la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, pero requieren autorización judicial para su aplicación, a cuyo efecto la resolución de la Comisión se notifica al juzgado competente, quien en plazo de dos días ha de poner de manifiesto el expediente, convocando a las partes a audiencia pública, tras cuya celebración dispone de tan sólo dos días para autorizar o denegar la medida mediante auto.

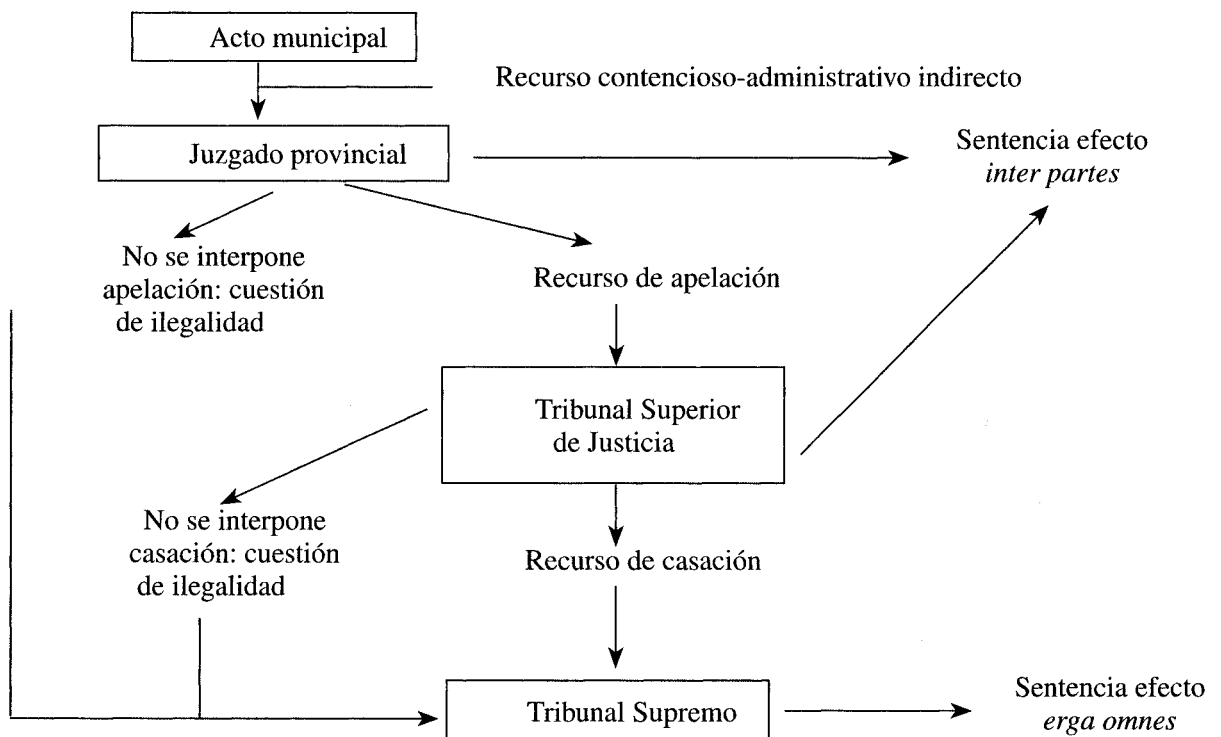
En conexión con esta materia debemos comentar la inexistencia de un procedimiento especial de otorgamiento de la autorización judicial para entrada domiciliaria en ejecución de actos administrativos, que no cuenta con reglas específicas a pesar de que son necesarias, dada la singularidad de ese proceso (SALAMERO).

13.2. CUESTIÓN DE ILEGALIDAD CONTRA REGLAMENTOS

Este proceso especial supuso una de las novedades más destacables de la Ley de 1998. Contempla la situación que provoca la estimación de un recurso indirecto contra reglamentos, en el que, a pesar de considerarse inválida la disposición general, sólo puede anularse su acto de aplicación, debido al principio de congruencia —sobre los recursos contencioso-administrativos directos e indirectos contra reglamentos, véase Tema 4—. Mediante la cuestión de ilegalidad se articula un segundo proceso, anudado al anterior, y dirigido a declarar la nulidad o validez de la disposición, con efectos generales. Su finalidad es, por consiguiente, la depuración del ordenamiento jurídico, contribuyendo a la seguridad jurídica (STS 14-3-2002, Ar. 4.595), operando una especie de *diálisis* del ordenamiento reglamentario (MAGÁN).

FIGURA 8

Cuestión de ilegalidad



En este punto debemos retomar en primer término el tema de la competencia de los órganos judiciales contencioso-administrativos. El recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos es competencia de concretos órganos judiciales:

a) los Juzgados centrales conocen de los recursos directos contra reglamentos dictados por organismos públicos y entidades con personalidad jurídica propia con competencia en todo el territorio nacional [art. 9.c)].

b) los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos directos contra reglamentos autonómicos y locales [art. 10.1.b)], así como de los interpuestos contra reglamentos dictados por autoridades de la Administración territorial del Estado con rango inferior al de Ministro o Secretario de Estado [cláusula residual del art. 10.1.j)].

c) la Audiencia Nacional conoce de los recursos directos contra reglamentos dictados por los Ministros y Secretarios de Estado [art. 11.1.a)].

d) el Tribunal Supremo conoce de los recursos directos contra reglamentos dictados por el Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno, y órganos constitucionales (art. 12.1).

Pues bien, según el art. 27.2 LJCA, cuando el juez o tribunal que conozca del recurso indirecto fuera competente también para conocer del directo (conforme a las reglas anteriores), la sentencia tendrá efectos generales, sin que resulte preciso sustanciar la cuestión de ilegalidad; esto constituye una excepción al principio de congruencia, que amplía sensatamente los efectos de la sentencia. El art. 27.3 también aclara que cuando el recurso indirecto se hubiera sustanciado ante el Tribunal Supremo, la sentencia recaída tendrá asimismo efectos generales en todo caso.

Por el contrario, si no conoció el Supremo, o si la competencia para conocer del recurso directo correspondiese a otro órgano judicial distinto del que dictó sentencia, *una vez adquirida firmeza* por ésta se sustanciará la cuestión de ilegalidad (art. 27.1). La competencia para conocer la cuestión de ilegalidad corresponde al mismo órgano que fuera competente para conocer del recurso directo contra reglamentos. El siguiente gráfico muestra el esquema de formulación de una cuestión de ilegalidad, en el supuesto de un reglamento dictado por el Consejo de Ministros que es objeto de aplicación por un Municipio en un asunto susceptible de apelación y casación (las sentencias que declaren la nulidad de una disposición general son siempre susceptibles de casación, art. 88.3).

La cuestión de ilegalidad, salvando las distancias, se construye análogamente a la cuestión de inconstitucionalidad, hecho que destaca la Exposición de Motivos de la Ley. Los arts. 123 ss. señalan el modo de tramitarla, cuestión que no podemos abordar con detalle. Baste con saber que tienen cabida en el procedimiento todas las partes afectadas, entre las que se incluye a la Administración autora del reglamento (art. 21.3). La sentencia se beneficia de efectos generales y será publicada conforme a lo previsto en el art. 72.2. Una vez recaída, se comunicará al Juez o Tribunal promotor de la cuestión de ilegalidad. Importa notar que el resultado de este proceso no afectará a la sentencia que recayó en el recurso indirecto del que trae causa (art. 126.5).

13.3. PROCESOS CON SUSPENSIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA DE ACUERDOS

En virtud del principio constitucional de autonomía (art. 137 CE), como regla general una Administración pública no puede suspender los acuerdos dictados por otra. No obstante, en algunos casos, sí resulta posible hacerlo: así sucede, por ejemplo, con algunos actos de organismos autónomos u otras entidades, que pueden ser suspendidos provisionalmente por la Administración de que dependan. También es

destacable el art. 67 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que permite al Delegado del Gobierno suspender los acuerdos dictados por las Entidades Locales radicadas en la correspondiente Comunidad Autónoma en el caso de que tales actos atenten gravemente al interés general de España, debiendo recurrirlos necesariamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa en plazo de diez días desde que se acordare la suspensión.

El art. 127 LJCA regula el procedimiento que debe seguirse cuando estas y otras leyes sectoriales imponen la necesidad de que la Administración que suspendió el acuerdo interponga después un recurso contencioso-administrativo contra el mismo.

13.4. PROCEDIMIENTO PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), crea un nuevo proceso especial dirigido a articular una vía judicial expeditiva con la que reaccionar ante eventuales incumplimientos de sus postulados. Tal y como se expone más adelante (Tema 26 § 2.4.4), esta ley pretende limitar los obstáculos que establezcan las Administraciones públicas al ejercicio de la libertad económica. El art. 27 LGUM reconoce a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (sobre esta Comisión, véase el Tema 23 § 1.2.1) legitimación para presentar el recurso contencioso-administrativo especial en comentario. La CNMC puede actuar de oficio o a solicitud de cualquier operador económico —art. 27 LGUM—; estos últimos no pueden presentar el recurso especial, pero el plazo de interposición del ordinario se suspende en tanto que la CNMC resuelva la solicitud, para lo que dispone de un plazo de cinco días.

Este proceso especial se encuentra regulado en los arts. 127 *bis* ss. LJCA, adquiriendo unos rasgos perfectamente asimilables al proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona. La suspensión del acto o disposición impugnado es prácticamente automática, y la tramitación procesal, velocísima: cinco días para envío del expediente y personación de la Administración; diez días para presentación de la demanda y la contestación; máximo de veinte días para el período probatorio; y sentencia en el plazo de cinco días, pudiendo dictarse en forma oral con grabación de la vista y certificación expedida por el Letrado de la Administración de Justicia con los pronunciamientos del fallo.

La similitud de este proceso con el de protección de los derechos fundamentales resulta expresiva de la importancia que concede el legislador a las libertades de establecimiento y circulación; pero también plantea la duda de admitir que una ley ordinaria pueda extender de hecho a dichas libertades, reconocidas en el art. 38 CE, una protección jurisdiccional que la Constitución sólo concede a los derechos fundamentales en sentido estricto (arts. 14 a 29 CE). Por otra parte, este proceso especial muestra otros puntos críticos y discutibles, como la reserva de la legitimación a la CNMV, o la suspensión automática de las medidas objeto de recurso (SANTAMARÍA).

14. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

14.1. RÉGIMEN GENERAL DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

El art. 103.1 LJCA establece que «la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribuna-

les de este orden jurisdiccional». Ello se corresponde con el art. 117.3 CE. Sin embargo, como veremos más tarde, esta declaración se encuentra limitada en la práctica por una serie de condicionamientos que reducen las facultades judiciales y conceden un amplio margen de maniobra a la Administración, a pesar de que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE (SSTC 32/1982, 61/1984, 125/1987 y concordantes).

El art. 103.2 y 3 LJCA declara la obligación de las partes y de todas las personas y entidades públicas de colaborar para la debida y completa ejecución de las sentencias. La ejecución de las sentencias judiciales por parte de la Administración no es un poder, sino un deber, actuando como colaboradora instrumental del poder judicial (TORNOS). El *plazo general de ejecución de sentencias es de dos meses*, a contar desde la fecha de su notificación, aunque puede acordarse un plazo menor (art. 104). Si existe imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias y, en su caso, fijará la indemnización que proceda (art. 105.1).

Pero, como decíamos, *existen límites incuestionables a las facultades judiciales en materia de ejecución de sentencias*. En cierto sentido, el art. 71.2, que restringe el contenido de las sentencias, también limita su ejecución, al disponer que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados, lo cual supone que el modo de ejecutar la sentencia es devolver el asunto a la Administración para que dicte una nueva resolución sobre el fondo.

Las limitaciones judiciales son especialmente sensibles en todos aquellos casos en que la ejecución de la sentencia depende verdaderamente de la Administración, a la que el juez condena a dictar un acto, o a desarrollar una determinada actividad: por ejemplo, a admitir al interesado en un centro público, o a obtener una prestación asistencial. La ejecución de la sentencia no queda entonces en manos del juez, sino de la Administración, situación cuya constitucionalidad acepta la jurisprudencia (SSTC 67/1984, 109/1984, 65/1985, 125/1987 y concordantes; STS 18-5-2004, Ar. 3.522). En tales casos, si la Administración se resiste a cumplir el fallo, resulta ciertamente complicado articular mecanismos que garanticen la ejecución de la decisión judicial.

Para mitigar estas consecuencias, el art. 71.1.c) LJCA establece que si el Juez o Tribunal acordase imponer a la Administración una medida que consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer el plazo para que se ejecute el fallo, previsión que resulta operativa tanto en relación con el supuesto comentado de la discrecionalidad administrativa, como también en casos de inactividad. *En caso de incumplimiento, el Juez o Tribunal podrá ejecutar la sentencia por sus propios medios, o bien requiriendo la colaboración de autoridades y agentes de la misma u otra Administración*, y asimismo, adoptar las medidas necesarias para garantizar la *eficacia del fallo*, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria de lo ordenado, con cargo a la Administración condenada (art. 108.1). Transcurridos los plazos de cumplimiento, el Juez o Tribunal, tras la acreditación de responsabilidad y previo apercibimiento del Letrado de la Administración de Justicia, también podrá acordar la *imposición de multas coercitivas* —de 150 a 1.500 euros— a las autoridades, funcionarios o agentes cuya responsabilidad en el incumplimiento haya quedado acreditada, reiterándolas hasta la completa ejecución del fallo (art. 112), así como deducir testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder. A fin de imponer las multas, el juez o tribunal dirigirá al responsable del incumplimiento un apercibimiento previo, notificado personalmen-

te, para la formulación de alegaciones, siendo de aplicación a este supuesto el régimen de las multas coercitivas por retraso en el envío del expediente administrativo que contempla el art. 48 de la Ley, de manera que, en el caso de no ser posible identificar al responsable, el juez o tribunal podrá imponer la multa a la Administración.

Otro límite importante a la ejecución de las sentencias de condena contra la Administración es el *privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos*. Este privilegio deriva de la propia Constitución en el caso del dominio público en sentido estricto (bienes *demaniales*), y se extiende al conjunto de bienes de la Administración afectados al funcionamiento de un servicio público. El privilegio de la inembargabilidad impide que un Juez o Tribunal pueda dirigir en vía ejecutiva un embargo contra la Administración, lo que supone, sencillamente, que la ejecución de la sentencia queda en manos de la Administración, quien deberá consignar en sus presupuestos la partida correspondiente para la ejecución de la sentencia, y proceder después, unilateralmente, a su pago, con arreglo a un procedimiento cuya tramitación puede extenderse por períodos de tiempo excesivos. No obstante, el art. 106 de la Ley contempla ciertas garantías en beneficio de los recurrentes, para mitigar estos efectos: imposición de plazos máximos para la realización de las necesarias adaptaciones presupuestarias, reconocimiento de intereses de demora desde la fecha de notificación de la sentencia, etc. El Tribunal Constitucional estima que la adaptación presupuestaria no debe dilatarse más allá del tiempo estrictamente preciso para realizar las correspondientes adaptaciones presupuestarias (STC 32/1982). Actualmente es común que los presupuestos de todas las Administraciones públicas incluyan cada año una partida presupuestaria específicamente destinada al pago de las sentencias de condena que recaigan durante el ejercicio.

Hasta fechas muy recientes, el privilegio alcanzaba a todos los bienes de titularidad administrativa, ya fueran demaniales o privados lo que fue objeto de rigurosas críticas doctrinales —GARCÍA DE ENTERRÍA—, debido a que ponía en entredicho el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, últimamente se vienen produciendo grandes avances que han desmantelado este privilegio por lo que hace a determinados tipos o categorías de bienes. En este cambio de orientación ha sido determinante la STC 166/1998, que acogiendo justamente el argumento de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, considera que carece de justificación que todos los bienes públicos, indiscriminadamente, sean inembargables. El Tribunal Supremo —STS 29-1-1999, RJ 573— ha tenido ocasión de aplicar los planteamientos del Tribunal Constitucional a casos análogos relativos a entes institucionales.

Como consecuencia de la sentencia constitucional citada se promovió la modificación de una serie de textos legales. Así, el art. 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dispone: «Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general»; interpretado *contrario sensu*, este precepto supone que sí puedan embargarse los bienes privados de la Administración que no se encuentren incluidos en la anterior relación.

Un problema adicional en la cuestión es la posibilidad de que la Administración no sólo no incumpla lo ordenado, sino que además *dicte actos o realice actuaciones contrarias al sentido del fallo de condena*. En previsión de esta eventualidad, el art. 103.4 declara nulos de pleno derecho los actos y disposiciones que resulten contra-

rios a los pronunciamientos que éstas contengan, y se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento. Y según el art. 108.2, cuando la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios derivados del incumplimiento sin necesidad de un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

Por último, la Ley contempla también causas de utilidad pública por las que pueden expropiarse los derechos derivados de una sentencia (art. 105.2).

14.2. LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LAS SENTENCIAS FIRMES

El art. 110 LJCA contempla un régimen en cuya virtud *pueden extenderse los efectos de una sentencia que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada a una persona, a favor de otra u otras personas que se encuentren en una situación jurídica idéntica a la encausada*. El mecanismo resulta de aplicación tan sólo en *materia tributaria y de personal*, lo que ha sido criticado por la doctrina (MAGÁN), aunque se justifica en el hecho de que esta técnica se introduce en la ley con carácter experimental para intentar descongestionar la jurisdicción contencioso-administrativa (LÓPEZ BENÍTEZ). Persigue obtener un ahorro procesal: las sentencias dictadas en estas materias suelen afectar a un sinnúmero de interesados, que si no dispusieran del mecanismo previsto por la Ley deberían interponer un nuevo recurso contencioso-administrativo para obtener el mismo efecto, generando un enorme volumen de procesos cuyo objeto es idéntico al que ya se resolvió. En virtud de este precepto, los interesados se beneficiarían de los efectos de la sentencia sin necesidad de instar un nuevo proceso, siempre que *a) Se encuentren en la misma situación jurídica que los favorecidos por el fallo, y b) El juez o tribunal sentenciador sea también competente por razón del territorio para conocer sus pretensiones.*

La solicitud de extensión de efectos de la sentencia deberán formularla los interesados al órgano judicial que dictó la resolución en el plazo de un año desde que la sentencia se notificó a quienes fueron parte en el proceso. Se planteará mediante petición, incluida en escrito razonado al que se acompañarán los documentos que acrediten la identidad de situaciones.

La tramitación tiene lugar mediante una pieza incidental separada, impulsada directamente en fase de ejecución, y comprende una petición de informe a la Administración acerca de la viabilidad de la extensión así como otros pormenores (art. 110.4). La resolución judicial del incidente adopta la forma de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica individualizada distinta de la definida en la sentencia firme de que se trate. El incidente se desestimarán:

- a) Si existiera cosa juzgada (material).
- b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretende sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso de casación para unificación de doctrina de sus diferentes salas o secciones.
- c) Si el asunto hubiera adquirido firmeza por no haberse recurrido en vía contencioso-administrativa la resolución administrativa correspondiente (cosa juzgada formal).

Este incidente de extensión de efectos de la sentencia está resultando tremendamente útil para agilizar el funcionamiento de los tribunales contencioso-adminis-

trativos en asuntos de carácter masivo, para los que el acceso directo a la fase de ejecución supone además una gran ventaja relativa por acortar sensiblemente la duración del proceso. Sin embargo, está suponiendo algunos problemas de gestión para los órganos judiciales que dictan sentencias de este tipo y se ven posteriormente sepultados bajo una avalancha de peticiones de extensión de efectos de la sentencia, sin contar con los medios humanos y materiales necesarios para atenderlas en plazo.

15. LAS COSTAS Y LAS TASAS PROCESALES

15.1. LAS COSTAS PROCESALES

Llamamos costas procesales a los gastos que se originan durante la sustanciación del proceso: honorarios de letrados y peritos, costes de realización de pruebas, etc. Estos gastos pueden imponerse a una sola de las partes, o bien ser repartidos entre ellas, según las circunstancias que hubieran concurrido en el proceso y la instancia en que se hubieran generado.

En esta materia se han introducido significativas modificaciones mediante la Ley Orgánica 7/2015, que confiere nueva redacción al art. 139.1 LJCA. Según dicho precepto, en *primera o única instancia* juegan las siguientes reglas:

1. Se impondrán las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el órgano judicial aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

2. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

A fin de entender este régimen se debe tener en cuenta que la Administración dicta actos ejecutivos, que resulta preciso recurrir para anular: cuando la cuantía del asunto es reducida (p. ej., una multa de 90 euros), al ciudadano le resulta más oneroso interponer el recurso que avenirse al acto administrativo. Ante tales coordenadas, el régimen de las costas puede suponer un obstáculo a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. La nueva regulación del art. 139.1 LJCA no parece cuidar suficientemente esa dimensión, pero este resultado no es inocente, sino buscado, pues la sobrecarga que soportan los órganos judiciales ha llevado a modificar el régimen de las costas para que desistan de recurrir quienes duden de las posibilidades de éxito de sus acciones. Por desgracia, esto perjudica especialmente al ciudadano medio y a sus pequeños problemas vitales (multas, declaraciones tributarias), pues las grandes empresas, con asuntos muy gravosos, pueden preferir el castigo de pagar las costas dado el beneficio de retrasar la ejecución del acto administrativo recurrido, suspendiendo su ejecución mediante aval o caución.

En *segunda instancia* las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano judicial las imponga por mala fe o temeridad (art. 139.2).

Por lo que se refiere a la *casación*, el art. 93.4 establece que cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad, si bien en sentencia se pueden imponer las costas a una sola de las partes cuando se aprecie temeridad o mala fe.

La decisión judicial de imponer las costas ha de encontrarse debidamente razonada (art. 139.1), sin que resulte bastante una declaración meramente formularia (SSTC 153 y 154/1995).

15.2. LAS TASAS PROCESALES

El art. 35 de la Ley 53/2002 (de 30 de diciembre, de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado para 2003) estableció una «Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo», que grava la interposición de los recursos contencioso-administrativos tanto en instancia, como en apelación y casación, acabando pues con el régimen de gratuidad de la justicia en el orden contencioso-administrativo. La Ley 10/2012, incrementó considerablemente sus cuantías y amplió el ámbito de los sujetos pasivos de la tasa. Quedan exentos, no obstante:

— Con carácter objetivo, la interposición de recursos (primera o única instancia) por funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, el proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, los recursos contra la actuación de la Administración electoral, así como los recursos en primera y única instancia contra la desestimación presunta por silencio y la inactividad de la Administración.

— Con carácter subjetivo, están exentas las personas físicas (aunque esta exención originaria fue suprimida por la Ley 10/2012, la volvió a instaurar el RDL 1/2015).

La propia Ley establece unas determinaciones mínimas, posteriormente desarrolladas mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se desarrolla el procedimiento de liquidación de este tributo.

La base imponible de la tasa se fija en función de la cuantía del procedimiento judicial. Las cantidades a satisfacer por la interposición de los recursos (acompañados o no de demanda), se componen de un módulo unitario al que se le añade una cantidad adicional en función de la cuantía del proceso (cuando sea indeterminada la base imponible se estipula en 18.000 €), con arreglo a las tablas siguientes:

— Cuantías básicas unitarias:

Abreviado	Ordinario	Apelación	Casación
200 €	350 €	800 €	1.200 €

— Cantidades adicionales calculadas sobre la base imponible:

De	A	Tipo en %	Máximo
0	1.000.000 €	0,5	
	Resto	0,25	10.000

No obstante, cuando el recurso contencioso-administrativo tenga por objeto la impugnación de resoluciones sancionadoras, la cuantía de la tasa (incluida la cantidad variable), no podrá exceder del 50 por 100 del importe de la sanción económica impuesta.

La exigencia de tasas judiciales es objeto de un profundo rechazo social y de las críticas de los operadores jurídicos, pues supone un obstáculo al ejercicio de acciones judiciales en el orden contencioso-administrativo, y conducirá a un descenso de la litigiosidad. Así, en un porcentaje muy elevado de asuntos le será más oneroso al recurrente abonar los gastos judiciales necesarios para anular un acto administrativo que avenirse a su cumplimiento, pues sumando a los gastos tradicionales (abogado, procurador, pruebas periciales) esta nueva tasa, el coste del proceso se dispara y reduce su utilidad a asuntos de elevada cuantía. Así, se ha advertido que la jurisdicción contencioso-administrativa desempeña un relevante papel de control de las Administraciones públicas que trasciende del mero interés de los ciudadanos, y dicho control se resiente cuando se implantan medidas disuasorias de carácter económico (CIERCO). Frente a esto, se alega la elevada litigiosidad que se presenta en España, muy por encima de nuestro entorno. En vista del escenario, cobra aún más fuerza la necesidad de articular medios alternativos de resolución de conflictos, una materia en la que hemos avanzado muy poco en el orden contencioso-administrativo.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

Además de las obras generales sobre jurisdicción contencioso-administrativa citadas en el Tema anterior, pueden verse:

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (dir.): *Control administrativo y justicia administrativa*, INAP, Madrid, 2016.
- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *El proceso contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 2013.
- ALONSO FURELOS, J. M.: *Juicio de relevancia y casación administrativa*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Donostia-San Sebastián, 2006.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R.: *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Cívitas, Madrid, 2000.
- ALONSO MAS, M. J.: «Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y Derecho autonómico», *RAP*, n.º 190, 2013.
- BACIGALUPO SAGESSE, M.: *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BELTRÁN DE FELIPE, M.: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1995.
- BENSUSAN MARTÍN, M. P.: *El procedimiento abreviado de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Comares, Granada, 1999.
- BERLANGA RIBELLES, E. V.: *Los Tribunales Superiores de Justicia como tribunales de casación en el orden contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *La revisión casacional de la prueba en el contencioso-administrativo*, Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- BLANQUER CRIADO, D.: *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BOUAZZA ARIÑO, O.: *El recurso de casación contencioso-administrativo*, Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CALDERÓN GONZÁLEZ, J. M.: *La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo tributario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: *Nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., y ZAPATA HÍJAR, J. C.: *El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991.
- CIERCO SEIRA, C.: *Tasas judiciales y justicia administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- CORDÓN MORENO, F.: *El proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- DE LA SIERRA, S., y SARMIENTO, D.: «La ejecución de sentencias de los tribunales contencioso-administrativos», *Revista de Administración Pública*, n.º 166, 2005.
- ESCUÍN PALOP, V.: *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*, Cívitas, Madrid, 2004.
- FERNANDO PABLO, M. M., y RIVERO ORTEGA, R.: *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo*, Cívitas-CGPI, Madrid, 2001.
- FONT LLOVET, T.: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cívitas, Madrid, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Cívitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA GIL, F. J.: *El proceso contencioso-administrativo*, Dilex, Madrid, 1998.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *El recurso de casación contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 2016.
- GIL IBÁÑEZ, J. L.: *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Colex, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ BRIONES, J.: *La reparación por daños derivados de la justicia cautelar en el Derecho administrativo*, Cívitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *La revisión extraordinaria de sentencias contencioso-administrativas*, Tecnos, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Colex, Madrid, 1992.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2016.
- IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: *Práctica procesal del procedimiento abreviado contencioso-administrativo*, La Ley, Madrid, 2014.
- LOPERENA ROTA, D.: *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2000.
- LUACES GUTIÉRREZ, M. P.: *La prueba pericial en el proceso administrativo: incidencias prácticas por la aplicación de la LEC*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- MARTI DEL MORAL, A.: *El recurso de casación contencioso-administrativo. Estudio jurisprudencial de los motivos de casación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- MARTÍN CONTRERAS, L.: *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Comares, Granada, 1999.
- La extensión de efectos en las sentencias contencioso-administrativas en materia tributaria y de personal*, Comares, Granada, 2000.
- MARTÍN VALDIVIA, S.: *Los juzgados de lo contencioso-administrativo y el procedimiento abreviado*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *La ejecución provisional de las sentencias en lo contencioso-administrativo*, Cívitas, Madrid, 1999.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo*, Atelier, Barcelona, 2000.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *El recurso de casación contencioso-administrativo: en especial, las causas de inadmisión*, McGraw Hill-Instituto García Oviedo, Barcelona-Sevilla, 1997.
- MORENILLA ALLARD, P.: *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, EDIJUS, Zaragoza, 1997.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo*, Reus, Madrid, 2011.
- OSORIO ACOSTA, E.: *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons-Gobierno de Canarias, Madrid, 1995.
- PALAO TABOADA, C.: «La prueba en el proceso contencioso-administrativo», *REDA*, n.º 163, 2014.
- PECES MORATE, J.: *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- PEÑALVER CABRÉ, A.: «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la defensa de los intereses colectivos», *RAP*, n.º 190, 2013.
- PÉREZ ANDRÉS, A. A.: *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, J.: *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999.

- ROSADO PACHECHO, S.: *El proceso de personal en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ROSENDE VILLAR, C.: *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- RUIZ RISUEÑO, F.: *El proceso contencioso-administrativo*, Colex, Madrid, 2011.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «El contencioso de la unidad de mercado», *RAAP*, n.º 87, 2013.
—«Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», *RAP*, n.º 198, 2015.
- SIEIRA MÍGUEZ, J. M. y QUINTANA CARRETERO, P.: *El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: *El procedimiento contencioso-administrativo abreviado*, Edisofer, Madrid, 2000.
- TORRES FERNÁNDEZ-NIETO, J. J.: *Los recursos de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- VVAA: *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999.
- VVAA: *Recurso de casación contencioso-administrativo. Cómo lograr su admisión*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

TABLAS-RESUMEN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS

RECURSO DE APELACIÓN, ART. 81

Objeto	sentencias de todos los juzgados
casos en que procede	todos, salvo cuantía < 30.000 €, o materia electoral; en estos casos cabe si: <ul style="list-style-type: none"> • se recurre contra inadmisión • procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales • contenciosos interadministrativos • recursos indirectos contra reglamentos
motivos	tanto de hecho como de derecho
tribunal <i>ad quem</i>	<ul style="list-style-type: none"> • AN - sentencias de juzgados centrales • TSJ - sentencias de juzgados provinciales
interposición	<ul style="list-style-type: none"> • ante el juzgado, en plazo de 15 días • oposición o adhesión de la apelada, en plazo de 15 días
efectos	suspensivo y devolutivo
tramitación	remisión por el juzgado de autos y escritos de interposición, etc.; resto del procedimiento ante AN o TSJ igual que en primera instancia
efectos de la sentencia	igual que en primera instancia

RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS

Objeto	<p>A) Todas las sentencias, tanto en segunda como en única instancia, de Juzgados (siempre que se cumpla B), TSJ (siempre que se cumpla C), y AN (en todo caso)</p> <p>B) Sentencias de los Juzgados: sólo cuando su doctrina se repute gravemente dañosa para intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos (art. 86.1-parágrafo 2)</p> <p>C) Sentencias de los TSJ (art. 86.3): sólo cuando el recurso se funde en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hayan sido invocadas en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora</p> <p>D) No cabe casación (art. 86,2):</p> <ul style="list-style-type: none"> — En asuntos relativos a ejercicio de derecho de reunión — En materia electoral
Casos en que procede	<p>Cuando concorra <i>interés casacional objetivo</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Se presume que existe en los casos del art. 88.3 — Puede apreciarse en los casos del art. 88.2
Motivos	Reducido a cuestiones de derecho; no cabe plantear nuevas pruebas, pero sí valorar las de anteriores instancias, aunque no se hayan tomado en consideración en el fallo
Tribunal <i>ad quem</i>	Tribunal Supremo
Preparación	<ul style="list-style-type: none"> • Ante el órgano que dictó la sentencia recurrida, plazo de 30 días • Escrito de preparación suficientemente fundamentado sobre muchos y variados aspectos (art. 89.2) • El órgano judicial resuelve mediante auto o providencia, según el caso (art. 89.4 y 5)

Interposición	<ul style="list-style-type: none"> • Ante el TS, plazo de 30 días • Resuelve mediante auto o providencia, según el caso (art. 90.3)
Efectos	Devolutivo y suspensivo
Tramitación	<ul style="list-style-type: none"> • Fase de preparación, con verificación de requisitos por órgano que dictó la sentencia recurrida (Juzgado, AN o TSJ) • Fase de admisión previa, en el propio TS, de enorme importancia: verificación de que existe interés casacional • Resto del proceso de gran sencillez
Efectos de la sentencia	<p>Casa y anula la del tribunal <i>a quo</i>, y:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reenvía el asunto si hubo infracción procesal, o bien • Dicta nueva decisión si hubo infracción de normas o jurisprudencia

BLOQUE TEMÁTICO 6

LA GARANTÍA PATRIMONIAL

TEMA 21

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La teoría general de la responsabilidad patrimonial, entendida como el deber que tiene un sujeto de reparar el daño patrimonial que se ha ocasionado a otro, corresponde al Derecho civil, que distingue entre la que dimana de un contrato suscrito por ambas partes —responsabilidad contractual— y la que se produce al margen de todo vínculo negocial —responsabilidad extracontractual—. La responsabilidad contractual surge, por ejemplo, cuando tras la compraventa de un producto se observan vicios ocultos que suponen un demérito. La responsabilidad patrimonial extracontractual, por el contrario, nace en ausencia de un vínculo negocial: por ejemplo, los daños que ocasionan unas obras en el edificio colindante, provocando su desplome; o la caída de un objeto desde un balcón, golpeando a un viandante. En este tema nos interesa el estudio de este último tipo, cuando sean precisamente las acciones u omisiones de los poderes públicos las que generan daños a terceros.

El Derecho civil también regula el régimen general de responsabilidad extracontractual aplicable en nuestro ordenamiento jurídico —arts. 1.902 ss. del Código Civil—, siendo sus parámetros y principios los que han generado una teoría general que posteriormente se ha extendido a otras ramas del Derecho, dando lugar a regímenes jurídicos específicos. En la actualidad podemos hablar de un sistema de responsabilidad extracontractual propio de los poderes públicos, distinto del que se aplica en el Derecho civil, aunque fundado en institutos comunes.

En la evolución del sistema se ha pasado desde un principio general de impunidad del poder público por los daños derivados de su actuación —expresado con la máxima *The King can do no wrong*, cuyo origen se atribuye en el siglo V al Papa Gelasio I, en aplicación de las teorías de San Agustín sobre la separación de poderes— hasta la situación actual, en la que el grado de responsabilidad de los poderes públicos es amplísimo. El sistema vigente de responsabilidad de la Administración prescinde en términos generales de la culpa para construirse sobre pilares de carácter objetivo —como hemos de ver: requisitos del daño, relación de causalidad, etc.—, y es estrictamente de carácter jurídico administrativo, tanto en su régimen jurídico como en su procedimiento de exigencia y en su control judicial —confiado a la jurisdicción contencioso-admini-

nistrativa—. Su vanguardia es tal que ha llegado incluso a considerarse que la cobertura del sistema es excesiva, reclamando un redimensionamiento de los supuestos de responsabilidad que modere la enorme carga que viene derivando sobre las arcas públicas (MARTÍN REBOLLO, NIETO, SÁNCHEZ MORÓN, PARADA, SANTAMARÍA PASTOR, MIR PUIGPELAT, BELADÍEZ ROJO, GAMERO, BLANQUER, DOMÉNECH, PANTALEÓN), aunque otro sector doctrinal considera que no debe producirse un retroceso en el nivel actual de garantía que representa el sistema de responsabilidad administrativa extracontractual (GARCÍA DE ENTERRÍA, MUÑOZ MACHADO, JORDANO FRAGA).

Como pórtico de todo el sistema, la Constitución española proclama en su art. 9.3 un principio general de responsabilidad de los poderes públicos. Es una proclamación que alcanza a todos los poderes del Estado y que, como ya hemos notado, supone una conquista del Estado de Derecho. Además de esta proclamación genérica, la Constitución recoge manifestaciones concretas del principio de responsabilidad aplicables a cada poder público. En relación con la responsabilidad extracontractual de la Administración, el art. 106.2 CE dispone: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». La expresión «servicios públicos» que recoge este artículo se utiliza en una acepción amplia, sin que se circunscriba a las concretas actividades que hayan sido declaradas formalmente como servicios públicos en virtud de una norma con rango de ley, sino alcanzando a toda actividad realizada por la Administración.

De otro lado, el art. 149.1.18.^a reserva al Estado la competencia exclusiva para la determinación del sistema de responsabilidad extracontractual de todas las Administraciones Públicas. Establece por tanto una competencia estatal exclusiva para la regulación del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de la Administración, competencia que no se reduce al establecimiento de las bases en la materia, sino que se extiende a la totalidad de la misma. Los arts. 139 ss. de la Ley 30/1992 desarrollaban esta materia de manera unitaria, consignando los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y las principales reglas de su procedimiento de exigencia, que fueron desarrolladas por el RD 429/1993, sobre procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial. La nueva legislación administrativa ha modificado esta sistemática: los arts. 32 ss. LRJSP recogen los principios y reglas sustantivas de la responsabilidad patrimonial; en tanto que las normas de procedimiento se inoculan a lo largo de la LPAC —derogándose el RD 429/1993—, estableciendo las especialidades de cada fase del procedimiento de responsabilidad patrimonial a lo largo del articulado de la Ley.

Con la articulación del sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual se pretende evitar que las consecuencias lesivas derivadas de las actividades públicas sean soportadas por el concreto sujeto que, accidentalmente, sufre una lesión. Si se revoca una licencia por razón de oportunidad, el titular deberá ser indemnizado, para no soportar él sólo un acto dictado en persecución del interés general. Si al disolverse una manifestación estalla la luna de un escaparate, o se dispara accidentalmente sobre un transeúnte, tales daños no tienen por qué soportarse por quienes padecen singularmente una medida que beneficia a todos. Al repararlos la Administración, el daño ocasionado se repercute sobre la colectividad, que sufraga de hecho la indemnización satisfecha al perjudicado.

Las características generales del sistema vigente de responsabilidad administrativa extracontractual pueden resumirse con la figura 1.

FIGURA 1

<p>Art. 106.2 CE</p> <p>Los ciudadanos tienen derecho en los términos <i>establecidos por la ley</i>, a ser indemnizados por toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos</p>	<p>Art. 149.1.18.ª CE</p> <p>El Estado tiene competencia <i>legislativa</i> exclusiva para establecer el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas</p>	
<p>Arts. 32 ss. LRJSP y diversos arts. LPAC: sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas:</p>		
<p>ESPECÍFICO</p>	<p>UNITARIO:</p>	<p>DIRECTO:</p>
<ul style="list-style-type: none"> • La responsabilidad se configura con criterios propios, distintos del Derecho civil. • El resultado no es ni más ni menos favorable que el civil, tan sólo es diferente. 	<p>Se aplica a:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Todas las Administraciones públicas (Estado, CCAA, entes locales). • Bajo cualquier forma de personificación (organismo autónomo, entidad pública empresarial...). • Salvo formas privadas (empresas mercantiles, fundaciones). 	<ul style="list-style-type: none"> • Se aplica tanto a la Administración como a su personal y dependientes. • Aunque el daño lo ocasione un concreto funcionario, la responsabilidad se reclama directamente a la Administración. • En su caso, la Administración podrá reclamar posteriormente al funcionario lo que ella pagó.

El sistema es *específico*, porque es distinto del que opera para el resto de operadores jurídicos, y concretamente es diferente del que establecen los arts.1902 Cc. en relación con la responsabilidad patrimonial en relaciones de Derecho privado. Ciertamente, ambos sistemas guardan estrecha conexión, y en su configuración material el sistema jurídico-administrativo ha partido de las nociones preexistentes en el Derecho civil, e incluso maneja criterios de imputación similares. Pero el hecho es que se encuentra regulado en disposiciones propias, y su aplicación se revisa por un orden jurisdiccional diferente, el contencioso-administrativo, alumbrándose especialidades y criterios propios. Por ejemplo, la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias parte de un criterio común, la *lex artis ad hoc*, en cuya virtud no se indemnizarán las consecuencias lesivas de intervenciones sanitarias cuando se compruebe que se han aplicado las reglas propias del arte y oficio —por expresarlo en términos coloquiales—; pero sobre esa base común, el sistema jurídico-administrativo despliega criterios propios, como por ejemplo el *estándar de prestación del servicio* —cuyas características se exponen más tarde—, que permite exonerar de responsabilidad a la Administración si su actuación se acomodó al nivel de prestación que la organización administrativa había dispuesto para esa concreta actividad sanitaria.

El sistema es *unitario* porque se aplica al conjunto de Administraciones públicas, ya sea Estatal, autonómica o local; y bajo cualquier forma de personificación de Derecho público. Y se aplica a estos sujetos tanto si actúan en relaciones de Derecho público como de Derecho privado —art. 35 LRJSP—, lo que veta una antigua jurisprudencia civil, ya superada, que se consideraba competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad cuando la reclamación versaba sobre actividades prestacionales de la Administración (mantenimiento de vías públicas, actividades sanitarias, etc.). En cambio, no se aplica a las entidades instrumentales con forma de personificación jurídico-

privada, que se rigen por el sistema común de responsabilidad patrimonial establecido en el Código civil. Por lo demás, la LRJSP —art. 33— regula la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, esto es, las pautas que han de aplicarse cuando son varias Administraciones las concausantes del daño.

El sistema es, por último, *directo*, pues a pesar de que pueda identificarse un concreto empleado público causante del daño, los ciudadanos exigen la responsabilidad directamente a la Administración —art. 36.1 LRJSP—, lo cual es una conquista frente a regímenes precedentes y representa una garantía para los ciudadanos, puesto que se afronta la indemnización con el conjunto del patrimonio de la Administración en cuestión y no con el del concreto empleado público actuante.

2. REQUISITOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL

2.1. LOS REQUISITOS DEL DAÑO: EFECTIVO, EVALUABLE, INDIVIDUALIZABLE Y ANTIJURÍDICO

Las Administraciones Públicas pueden generar daños tanto dictando actos administrativos —p. ej., revocando ilegalmente una licencia de apertura de un establecimiento—, como llevando a cabo actuaciones de ejecución material —p. ej., intervención quirúrgica en un hospital público que ocasiona daños al paciente—, como por omisión de un deber de actuación —p. ej., retraso injustificado en las obras de una calle que reducen drásticamente el negocio de los comercios—. Pero para que surja la responsabilidad administrativa no basta con que tal daño se haya ocasionado, además, es preciso que reúna ciertos requisitos: ha de ser un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas —art. 32.2 LRJSP—, y debe tratarse, asimismo, de un daño antijurídico —art. 32.1 LRJSP—; analicemos estas exigencias:

1.º *Daño efectivo*: significa que no resultarán indemnizables las meras expectativas de derecho. Por consiguiente, puede repararse el daño emergente y el lucro cesante —STS 20-1-2001, RJ 641—, pero no meras suposiciones de futuro. Por ejemplo, la revocación de una licencia de un local recién reformado debe incluir los gastos de traslado de negocio y la pérdida de beneficios que se pueda documentar con facturación de ejercicios anteriores, pero no el potencial incremento de negocio esperado de la obra de reforma.

2.º *Daño evaluable económicamente*: impide la reparación de daños carentes de reflejo patrimonial. Ha de demostrarse la realidad del daño y su cuantía. Sin embargo, la jurisprudencia entiende indemnizables los daños físicos —como las lesiones corporales, STS 21-4-1998, RJ 4.045—, o morales —como el fallecimiento de un familiar, STS 8-10-1998, RJ 7.815; o el extravío de un cadáver en un cementerio, STS 18-7-2000, RJ 5.952—. Más adelante se exponen los criterios de valoración de estos daños.

3.º *Daño individualizable*: no resultan indemnizables las cargas generales que pesen sobre la colectividad —STS 18-3-1999—. Por ejemplo, no ha de indemnizarse el hecho de que se establezcan nuevos requisitos para el desempeño de una actividad, lo que provoca la necesidad de adaptarse a la nueva regulación por parte de quienes ya la estuvieran realizando, pues esto es una carga general que también deberán satisfacer cualesquiera otros sujetos que deseen desempeñar esa misma actividad. Para que exista lesión indemnizable el daño debe recaer sobre un concreto sujeto, o sobre

un grupo determinado de ellos. Esto introduce un factor de inevitable ambigüedad, pues en ocasiones se producen limitaciones patrimoniales que afectan a un grupo tremendamente numeroso, como es el caso de la anticipación de la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos.

4.º *Daño antijurídico*: el daño reúne este requisito cuando el interesado no tiene el deber jurídico de soportarlo —art. 34.1 LRJSP—.

A) Por una parte, pueden existir obligaciones constitucionales, que determinan el carácter jurídico de las limitaciones patrimoniales que conllevan: es el caso de los tributos, o de las prestaciones personales forzosas, como los deberes de colaboración que pueden imponerse en casos de catástrofe o calamidad pública.

B) Por otra parte, se producen ciertas incomodidades inherentes a la existencia de los servicios públicos, que deben ser soportadas por los afectados sin derecho a reparación, como el retraso inevitable en la instalación de un negocio derivado de la tramitación de la correspondiente licencia de apertura; tendremos ocasión de comentar estos daños con detenimiento más adelante, cuando estudiemos los criterios de imputación de responsabilidad administrativa.

C) Además, conforme al art. 34.1 LRJSP: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos». Se trata de la conocida como *cláusula de progreso*. Por ejemplo, cuando comenzó a detectarse la existencia del virus del SIDA, no existían pruebas médicas que permitieran determinar las reservas de bancos de sangre que estuvieran contaminadas, por lo que se contagió el virus mediante transfusiones realizadas en centros públicos sin conocimiento de que la sangre transfundida era portadora del VIH; en virtud del precepto en examen, situaciones como ésta no darían derecho a indemnización, conclusión a la que ha llegado frecuentemente la jurisprudencia y que salvo alguna excepción —JORDANO FRAGA— también comparte la doctrina, pero que carecía de apoyo legal expreso.

D) La anulación de un acto administrativo no supone necesariamente que se indemnice a los ciudadanos que se hayan visto afectados por su aplicación. La jurisprudencia no considera antijurídico este daño (y por tanto, no es indemnizable), cuando la interpretación subyacente en el acto administrativo anulado fuese razonable y se encontrase razonada (p. ej., SSTs 8-5-2007, RJ 3.161; 16-2-2009, RJ 1.238; 12-4-2012, RJ 2012); la doctrina académica (MEDINA, DOMÉNECH, MUÑOZ GUIJO-SA) ha sostenido la necesidad de perfilar mejor este criterio, pues si se produce un daño efectivo, evaluable e individualizable, no siempre deberá soportar el ciudadano la lesión aunque el acto anulado se sustente en una interpretación razonable y razonada.

E) Cuando se declara inconstitucional una norma con rango de ley, los daños que hayan causado los actos administrativos derivados de su aplicación deben suponerse antijurídicos y resultan por tanto indemnizables (STS 29/11/2013, Ar. 2014\124).

2.2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que surja el deber de reparación, el daño generado deberá encontrarse vinculado con la actividad de la Administración en una relación de causa-efecto, puesto que la lesión es indemnizable «siempre que la lesión *sea consecuencia* del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» —art. 32.1 LRJSP—. Es lo que se conoce como *imputabilidad* del daño, esto es, la determinación de *quién* lo ha ge-

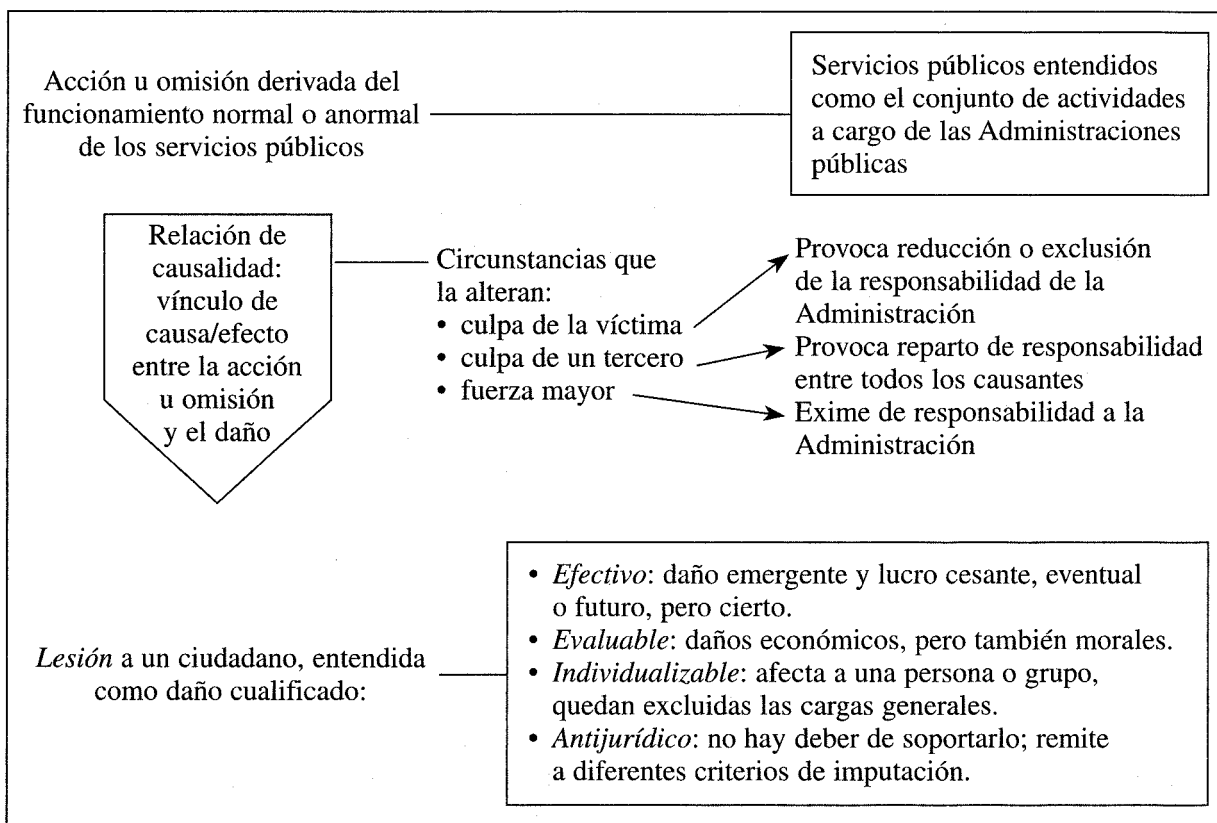
nerado. En este sentido, la relación de causalidad puede interrumpirse, o debilitarse, debido a tres circunstancias diferentes:

1.^a *Culpa de la víctima*. El propio sujeto lesionado ha podido realizar alguna acción que interrumpa el vínculo causal o lo atempere. Por ejemplo, con ocasión de una operación policial de liberación de los retenidos por unos atracadores en una entidad bancaria, un curioso se introduce en la zona delimitada por la policía y recibe un disparo efectuado por un agente. O un vehículo se accidenta debido a la existencia de un animal en una autopista, pero circulaba con exceso de velocidad.

2.^a *Culpa de un tercero*. En el mismo sentido, un sujeto distinto del perjudicado ha podido influir en la generación del daño. Por ejemplo, en el mismo caso anterior, el disparo se recibe de un atracador y no de un agente de la policía.

3.^a *Fuerza mayor*. El sistema de responsabilidad administrativa consiente la reparación de los daños generados por caso fortuito, pero no los producidos por *fuerza mayor* —arts. 106.2 CE y 32.1 LRJSP—. La fuerza mayor es un hecho exterior e irresistible, ante el que no puede sobreponerse quien lo soporta. Por ejemplo, si en caso de temporal se producen unas lluvias torrenciales, que hacen insuficiente la red de alcantarillado de una población, y a consecuencia de ello se provocan inundaciones y riadas que generan daños a los vecinos, no surge responsabilidad. Por el contrario, si se produce una rotura en esa misma red de alcantarillado en condiciones meteorológicas normales, y a consecuencia de ello se inunda el sótano de un vecino generándole daños, la Administración debe responder, pues se trata de un caso fortuito.

FIGURA 2



La existencia de culpa de la víctima o de un tercero no determina necesariamente la exoneración de responsabilidad administrativa, pero puede provocar, cuando me-

nos, una reducción de la cuantía de la reparación que corresponda satisfacer a la Administración. Ha de efectuarse un análisis casuístico, en cuya virtud se determinará la responsabilidad que corresponde a cada causante del daño. Por ejemplo, si como consecuencia de unas obras de construcción de túneles para el metro se provocan fisuras en un edificio colindante provocadas por su mal estado de conservación, la Administración puede reducir su responsabilidad, o incluso exonerarse de la misma, si dispone de informes periciales que prueban que la causa de los daños no son exclusivamente las obras, sino la situación en que se encontraba el edificio antes de acometerlas.

2.3. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

Tradicionalmente se viene sosteniendo que la responsabilidad administrativa es objetiva, lo que parece dar a entender que basta con que se genere un daño para que resulte indemnizable. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce cláusulas de exoneración del deber de reparar incluso en supuestos en que se ha producido un daño ligado causalmente con la actividad o inactividad de la Administración. En este sentido, cada vez son más numerosas las voces que insisten en matizar el pretendido carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, bien sosteniendo la posibilidad de calificarla en algunos casos como culposa, bien estableciendo cláusulas de exoneración de acuerdo con diferentes criterios de imputación (MARTÍN REBOLLO, BLASCO, BELADÍEZ, MIR, MEDINA, DOMÉNECH, DÍEZ SASTRE...).

En efecto, *no todo daño es reparable*: en ciertas circunstancias, los ciudadanos deben soportar las lesiones derivadas del funcionamiento de los servicios públicos sin reparación. El criterio de imputación es un término equívoco con el que no hacemos referencia a *quién* debe responder, sino que constituye una técnica que permite decidir *cuándo* la lesión debe ser reparada y *cuándo* debe soportarse sin indemnización. A continuación esbozamos muy sintéticamente estos criterios y supuestos.

2.3.1. *El criterio objetivo en sentido estricto*

Cuando la actividad de la Administración se encuentra incluida en estos supuestos, el daño debe ser reparado en todo caso, con independencia de cualquier valoración adicional relativa a si el servicio funcionó correcta o incorrectamente. Los principales supuestos incluidos en este criterio de imputación son los siguientes:

1.º Las *revocaciones de actos administrativos por razón de mera oportunidad* —Tema 17—. Por ejemplo, la revocación de una licencia urbanística por razón de oportunidad —STS 23-5-1995, RJ 4.024—.

2.º Los actos por los que se imponen *limitaciones a un concreto sujeto sobre derechos patrimoniales preexistentes*. Por ejemplo, la declaración de un inmueble como patrimonio histórico-artístico, lo que le impide realizar obras de ampliación de acuerdo con el plan urbanístico preexistente —STS 18-12-1996, RJ 9.525—.

3.º Los *daños derivados de la ejecución subsidiaria de actos administrativos desfavorables, cuando estos actos fueran anulados posteriormente*. Por ejemplo, se ordena el derribo de un muro, que se ejecuta subsidiariamente, anulándose después en vía contencioso-administrativa el acto por el que se ordena el derribo —STS 19-11-1996, RJ 8.220—. En este supuesto se incluye, asimismo, la indemnización

por los gastos que haya provocado a un particular la suscripción de un aval que suscribió para evitar la ejecución subsidiaria del acto que después fue anulado —STS 30-4-1997, RJ 3.475—.

4.º Las *vías de hecho* —STS 19-12-1996, RJ 9.630—; sobre la vía de hecho, véase el Tema 16.

2.3.2. *El criterio objetivo circunstancial*

El segundo criterio de imputación incluido en el contexto de la responsabilidad objetiva es el criterio circunstancial. En el marco de estos supuestos se trata principalmente de efectuar una valoración que pone a prueba la actividad de la Administración —el «servicio público» en sentido amplio—, y cuando concurren ciertas circunstancias o cláusulas de exoneración permite excluir la responsabilidad de la Administración a pesar de que se haya generado un daño efectivo, evaluable e individualizable, vinculado causalmente con su actividad.

En este sentido, existen diversas cláusulas de exoneración del deber de reparar. La primera viene representada por el denominado *estándar de funcionamiento de los servicios públicos* (MARTÍN REBOLLO). Consiste en analizar si el servicio público funcionó correctamente, o por debajo de su nivel exigible de prestación: la responsabilidad surge si la Administración omitió una actuación que resultaba exigible, o bien ejerció la actividad incorrectamente, generando daños. Puede servir de ejemplo el caso resuelto por la STS 21-11-1995, RJ 8.281, en el que la policía actuó para disolver una manifestación ilegal. Instó a los reclamantes a disolverse, concediéndoles un plazo razonable de cumplimiento de su orden. Los manifestantes no sólo incumplieron la orden, sino que agredieron a la policía. La policía actuó por la fuerza, y generó lesiones físicas. El Supremo entiende que la respuesta policial fue proporcionada y, por consiguiente, que no debe repararse el daño a pesar de que, efectivamente, se produjo; por el contrario, en la STS 1-7-1995, RJ 6.013, debido a las circunstancias del caso, se entiende que la respuesta policial en otro supuesto diferente del anterior fue desproporcionada y, por consiguiente, que deben indemnizarse los daños que se produjeron.

El segundo criterio es el del *riesgo inherente al funcionamiento de los servicios públicos* (BELADÍEZ). El servicio público —la actividad de la Administración— es susceptible de generar riesgos. La Administración deberá indemnizar los daños derivados de los servicios públicos si se cumplen los siguientes requisitos —todos ellos—: 1) Que el riesgo sea inherente al servicio; 2) Que el riesgo se materialice en un resultado lesivo —esto es, que se produzca el daño—; 3) Que el riesgo no se encuentre socialmente admitido. Por ejemplo, se encuentra socialmente admitido que la extinción de un incendio por los bomberos puede generar daños: rotura de la puerta para acceder al inmueble, destrozo de algunos enseres como consecuencia del producto extintor, etc. La Administración no debe indemnizar estos daños, porque es natural —e inevitable— que se produzcan y, por consiguiente, se entiende que no surge deber de reparación —sobre el ejemplo de los bomberos, véase STS 27-4-1996, RJ 3.605—.

Un tercer argumento, acuñado en este caso por la jurisprudencia, es el llamado *margen de tolerancia*: cuando la actuación administrativa se ha desarrollado dentro de unos parámetros razonables, no cabe reprochar que los daños que genere sean susceptibles de indemnización. Por ejemplo, cuando se anulan actos administrativos que fueron dictados con interpretaciones iniciales razonables, aunque finalmente se revelasen inválidos (SSTS 8-5-2007, Ar. 3161; 16-2-2009, Ar. 1238; 12-4-2012, RJ 2.012; 28-3-2014, Ar. 2858).

Los supuestos incluidos en el criterio objetivado de imputación son los siguientes:

1.º Las *actividades prestacionales* realizadas por las Administraciones Públicas. Por ejemplo, daños generados por circulación en vías públicas —carreteras con baches que provocan accidentes, aceras estropeadas que provocan caídas, etc.—, por actuaciones policiales o del parque de bomberos, por asistencia sanitaria en centros públicos, por redes de abastecimiento de aguas, etc.

2.º Las *actividades materiales de ejecución* de los actos administrativos. Por ejemplo, el derribo de un inmueble en ruina que provoca daños en otros colindantes; la ejecución de una obra que provoca un temblor que hace desmoronarse la cubierta de un edificio; la retirada de vehículos de la vía pública; etc.

3.º La *inactividad de la Administración*. En efecto, la inactividad de la Administración también puede provocar responsabilidad. Debemos precisar con GÓMEZ PUENTE que puede tratarse tanto de inactividad *formal* —falta de resolución de expedientes— como *material* —omisión de deberes de prestación—. En particular, por lo que se refiere a la inactividad formal, genera responsabilidad la falta de tramitación de un expediente instado por vecinos a quienes molestaban ruidos de los bares colindantes, sin que el Ayuntamiento tramitara procedimiento alguno para atender la situación (STSJ Galicia 26-1-2007, RJCA 233; STSJ Madrid 20-10-2005, RJCA 534/2006), y también genera responsabilidad que la Administración no resuelva una petición cursada por los vecinos de cierre de una actividad molesta que se estaba ejerciendo sin licencia (STSJ Cataluña 16-3-2001, RJCA 667). En algunos casos la jurisprudencia entiende que el mero transcurso del plazo de resolución no genera de suyo responsabilidad, y que debe producirse un retraso significativo en la actuación administrativa: por ejemplo, la Administración del Estado debe indemnizar a un Ayuntamiento por el retraso injustificado en resolver una reclamación administrativa que supuso la prescripción tributaria y con ello, la imposibilidad de que el Ayuntamiento cobrara la deuda (SAN 2-3-2001, RJCA 889). Por lo que se refiere a la inactividad material, el Supremo también valora las circunstancias del caso. Por ejemplo, las molestias derivadas de la pavimentación de una calle deben soportarse sin indemnización, pero cuando el plazo de ejecución de la obra se demora injustificadamente, y los comerciantes han de soportar durante un período de tiempo excesivo el descenso de clientela que ello comporta, se les debe indemnizar este daño (así, la STSJ Andalucía 19-3-2009, condena al Ayuntamiento de Sevilla a abonar 170.000 euros a un negocio por el retraso de dos años en la construcción de un aparcamiento que bloqueó el acceso al comercio). Asimismo, un contratista tiene derecho a indemnización cuando no puede ejecutar unas obras debido al retraso de la Administración en desalojar las industrias que ocupaban el suelo (STSJ C. Valenciana de 29-12-2005, JUR 144.625/2006). La inactividad de la Administración también puede generar responsabilidad por *culpa in vigilando*: por ejemplo, cuando un preso agrede a otro y le provoca lesiones, o cuando un enfermo psiquiátrico se autolesiona, y la Administración no atendió debidamente sus deberes de vigilancia para impedir estos sucesos (SSTS 18-7-2002, RJ 6.606; 28-3-2000, RJ 4.051; 12-7-1999, RJ 7.150).

2.3.3. *El criterio culposo de imputación*

Este criterio, que se apoya sobre una valoración volitiva, sólo puede operar sobre sujetos físicos, que se encuentran dotados de voluntad psíquica. Por ello, se comprende que el criterio culposo de imputación opera en relación con la conducta de los funcionarios públicos y, en general, de su personal y demás sujetos dependientes de la Administración.

La responsabilidad de la Administración es directa, de modo que la Administración responde frente a terceros de los daños ocasionados por su personal —art. 36.1 LRJSP—. Una vez satisfecha la indemnización, podrá exigir su reintegro al funcionario o agente cuya negligente actuación provocó el daño, lo que es llamado *vía de regreso*. Así, el art. 36.2 LRJSP dispone que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

El mismo régimen se aplica, según el art. 36.3 LRJSP, cuando el personal de la Administración generó un daño a los bienes o derechos de ésta —no a terceros—. Por ejemplo, cuando por negligencia grave de un operario del servicio de mantenimiento de un edificio público se produce un corte general de suministro eléctrico que provoca daños patrimoniales.

FIGURA 3

Criterios de imputación

CRITERIO	CONCEPTO	SUPUESTOS INCLUIDOS
Objetivo en sentido estricto	La mera generación del daño determina la obligación de repararlo.	<ul style="list-style-type: none"> • Revocación de actos declarativos de derechos. • Imposición de limitaciones sobre derechos patrimoniales preexistentes. • Daños derivados de ejecución de actos administrativos desfavorables posteriormente anulados.
Objetivo circunstancial	Existen cláusulas de exoneración: <ul style="list-style-type: none"> — Estándar de funcionamiento. — Riesgo inherente e inadmitido. 	<ul style="list-style-type: none"> • Actividades prestacionales: mantenimiento de vías públicas, actividades policiales o de bomberos... • Actividades materiales de ejecución de actos. • Inactividad de la Administración: <ul style="list-style-type: none"> — Formal: falta de resolución de expedientes. — Material: omisión de prestación debida, retrasos en ejecución, culpa <i>in vigilando</i>.
Culposo	Análisis subjetivo.	<p>Aplicable al personal de la Administración:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En la acción de regreso dirigida al reintegro de las indemnizaciones satisfechas por la Administración a terceros. • En resarcimiento de daños causados a bienes y derechos de la Administración.

En conclusión, debe recordarse que la responsabilidad extracontractual de las autoridades y personal de la Administración tiene un régimen jurídico-administrativo, que excluye la aplicación de las reglas civiles generales. Su determinación se produce a través de un procedimiento administrativo, y el acto resolutorio puede ser ejecutado de oficio. Este procedimiento habrá de iniciarse automáticamente por la Administración cuando se hubieran satisfecho indemnizaciones a terceros. Volveremos sobre esta cuestión un poco más tarde —apartado 3.3—.

2.4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

2.4.1. Clases de reparación

La reparación del daño puede ser *in natura* o mediante prestación sustitutiva:

— La indemnización o reparación sustitutiva. Consiste en la compensación en metálico de los daños y perjuicios (también llamado *cumplimiento por equivalencia*). El principal problema que se plantea consiste en determinar el importe de la indemnización. Hay que recordar aquí que la CE —art. 106.2— obliga a la *reparación integral* de los daños o *principio de indemnidad*, en el sentido de que indemnizar significa justamente eso: dejar indemne a la víctima, lo cual exige la reparación de todos los daños y perjuicios ocasionados efectivamente, incluyendo (como hemos visto) tanto al daño emergente como el «lucro cesante» (por ejemplo, por pérdida de clientela). Ahora bien, debido al requisito de la efectividad del daño, no se incluye en el lucro cesante las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes. Algún autor (GARCÍA DE ENTERRÍA) entiende, además, que, en aplicación del Código Civil —arts. 1.106 y 1.107—, el alcance de la indemnización debe ser diferente según se trate del funcionamiento normal del servicio (culpa leve o sin culpa) o funcionamiento anormal (culpa grave o dolo), debiendo la Administración en este caso resarcir todos los daños que conocidamente se deriven, incluso los indirectos.

— La reparación *in natura*. Consiste en la compensación en especie de los daños y perjuicios. La LRJSP —art. 34.4— admite expresamente que la indemnización procedente puede «sustituirse» por una *compensación en especie* cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado. Por tanto, la Ley acertadamente subordina la *restitutio in natura* a la conformidad de la víctima.

2.4.2. Valoración de los daños

Los criterios que utiliza la jurisprudencia varían en función de la clase de daños de que se trate.

— *Daños materiales*. Ante la ausencia de reglas legales, la jurisprudencia venía ateniéndose al valor real de los bienes en el momento de causarse los daños. En cambio, la Ley 30/1992 estableció que la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes del mercado, criterio que reproduce el art. 34.2 LRJSP. Es decir, la Ley ordena la utilización de módulos objetivos (establecidos en disposiciones sectoriales), normalmente inferiores a los valores de mercado, si bien inmediatamente ordena su ponderación con éstos. Se trata, por tanto, de una solución intermedia: entre los valores fiscales por los que se declara y tributa a la Hacienda Pública y los valores del mercado, que inevitablemente incorporan elementos especulativos. Por otra parte, también es indemnizable la «pérdida de oportunidad», esto es, algo que dejó de hacer la persona perjudicada como consecuencia de la actividad administrativa y que podría haberle proporcionado algún beneficio (MEDINA ALCOZ); opera, principalmente, en materia sanitaria, p. ej. cuando un error de diagnóstico o tratamiento suponga la pérdida de oportunidad de seguir otro tratamiento más beneficioso, lo cual constituye un daño moral indemnizable (SSTS 13-7-2005, Rec. 453/2004; 24-11-2009, Rec. 1.593/2008) 3-12-2012, Rec. 815/2012).

— *Daños personales*. En los casos de daños personales (como lesiones físicas, psíquicas y el fallecimiento mismo) la Ley 30/1992 no contemplaba criterio alguno, remitiendo la cuestión a lo que resultase de la práctica y de la doctrina jurisprudencial; aunque la casuística es muy variada, como regla general, la jurisprudencia calculaba el importe de la indemnización teniendo en cuenta una serie de factores: la edad del fallecido, sus ingresos anuales, las cargas familiares (sobre todo, la edad de los hijos), las expectativas profesionales fundadas, así como otros módulos objetivos semejantes ponderados con arreglo al *principio de equidad*, sirviendo de orientación el baremo de indemnizaciones incluido en el régimen de seguro obligatorio de vehículos de motor, a pesar de carecer de carácter vinculante en materia de responsabilidad administrativa. En la actualidad, el art. 34.2 LRJSP establece una previsión novedosa: «En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social»; por consiguiente, estos baremos no tienen carácter vinculante en materia de responsabilidad administrativa, pero sirven de orientación en la aplicación del sistema.

2.4.3. *Momento de fijación de la indemnización y demora en el abono*

La determinación de este momento tiene una importancia capital, ya que la indemnización consiste en un deber de pago de una cantidad de dinero, que como tal está sujeta a la depreciación a lo largo de la duración (normalmente prolongada) del proceso contencioso-administrativo. A este respecto, la jurisprudencia, partiendo del principio de indemnidad, ha sostenido en ocasiones que el momento de fijación ha de ser, no el de la producción del daño, sino el de la decisión del litigio, llegando a permitir la variación del «quantum» del suplico de la demanda en relación con la indemnización solicitada en vía administrativa. En cambio, el art. 34.3 LRJSP dispone que «La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística».

De otro lado, al problema anterior se puede añadir el derivado del retraso en el pago de la indemnización una vez fijada definitivamente su cuantía; de tal modo que una indemnización inicialmente justa puede dejar de serlo como consecuencia de la inflación. Frente a una larga y criticada tradición de irresponsabilidad (que sostenía que la Administración no debe intereses de demora, *princeps non debet usuras*), la jurisprudencia actual reconoce la obligación de la Administración de abonar los intereses de demora en caso de retraso en el pago de la indemnización. En este sentido, el propio art. 34.3 LRJSP dispone que los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, dicho interés por demora sólo se aplicará cuando transcurran al menos tres meses desde la fijación definitiva de la cuantía y debe ser reclamado por escrito —art. 24 LGP—.

Finalmente, en cuanto a las formas de abono de la indemnización, ésta generalmente se abona de un modo alzado. No obstante, la LRJSP —art. 34.4— prevé la posibilidad de que sea abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

3. PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. LA ACCIÓN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD

El *plazo de prescripción del derecho a reclamar* es de un año desde que se produzca el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo —art. 67.1 LPAC—. Aunque la Ley señala que tal plazo es de prescripción, pero la jurisprudencia estima que no es susceptible de interrupción (STS 2 de marzo de 2011, Rec. 1.860/2009).

En la determinación del día inicial de dicho plazo hay que distinguir tres supuestos:

— *Si se trata de un daño causado por un hecho de la Administración o por un acto administrativo lícito.* El derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o acto que motive la indemnización. Ahora bien, si no hay simultaneidad entre la fecha del evento dañoso y la producción efectiva del daño, el plazo de reclamación se inicia desde el momento en que empieza a manifestarse su efecto lesivo. Para la jurisprudencia, el plazo comienza a transcurrir cuando el particular haya tenido posibilidad efectiva de conocer el daño (STS 11-7-2006, Ar. 3.271; 17-11-2010, Ar. 8.520; 1-6-2011, Ar. 4.929). Pero la Ley podía haber ido más lejos y tomar, con carácter general, como fecha de inicio, no la de la manifestación o aparición de los efectos lesivos, sino la de su desaparición o cese, tal como ha dispuesto para el caso de lesiones personales. En efecto, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, la LRJSP —art. 67.1— dispone que el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En cualquier caso, existen daños *continuados*, en los que la acción de responsabilidad realmente no prescribe: por ejemplo, las enfermedades de evolución imprevisible, en las que el daño puede reclamarse en cualquier momento (SSTS 25-6-2002, Rec. 598/1997; 11-5-2001, Rec. 5.190/2000; 24-4-2012, Rec. 5.921); sí prescribe en los daños *permanentes*, como las ya aludidas secuelas físicas, que perduran en el tiempo u otros análogos (STS 10-1-2014, Ar. 556).

— *Si se trata de un daño causado por un acto o reglamento ilegal.* En este caso, la Ley —art. 67.1, pár. 2.º— dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia «definitiva», lo cual debe interpretarse como «firme».

— *Si se trata de actos dictados en ejecución de una norma con rango de ley declarada inconstitucional o de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea* —véase *infra*, § 5—, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación —en el BOE o en el DOUE, según el caso—, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

De otro lado, al tratarse de un plazo de prescripción, se interrumpe con la presentación de la reclamación por parte del interesado. Cuando existen daños continuados, el plazo no comienza verdaderamente a transcurrir.

En el caso de servicios públicos gestionados por un concesionario puede plantearse la cuestión de quién es el responsable, si la Administración titular del servicio o el empresario gestor del mismo. A este respecto, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público —art. 214.3— establece que, dentro del año siguiente a la producción del hecho, el tercero podrá requerir previamente al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contra-

tantes corresponde la responsabilidad de los daños. En tal caso, el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil. Por el contrario, el art. 37.2 LRJSP establece que la exigencia de responsabilidad penal a los agentes al servicio de la Administración no interrumpe el plazo de prescripción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

3.2. LOS PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DIRECTA A LA ADMINISTRACIÓN

Si el daño es causado por un acto administrativo ilegal la víctima puede reclamar el daño al tiempo que recurre la resolución, pudiendo conceder una indemnización directamente el órgano resolutorio si anula el acto administrativo objeto de controversia (MEDINA ALCOZ). Ahora bien, si se trata de un daño causado por un acto lícito (—no susceptible, por tanto, de anulación—) o por un hecho u omisión de la Administración, el perjudicado debe iniciar un procedimiento administrativo de reclamación. La reclamación de responsabilidad que explicamos aquí, en consecuencia, resulta procedente de manera autónoma, bien cuando el daño no derive de un acto administrativo inválido que recurrir, o bien cuando no se hubiera solicitado la indemnización con ocasión de la interposición del recurso.

Existen dos procedimientos por los que exigir la responsabilidad extracontractual: el general —regulado a lo largo de la LPAC— y el simplificado —art. 96.4—.

Sus fases se resumen con la siguiente tabla.

FIGURA 4

FASE	TRÁMITES	
INICIACIÓN	De oficio: mediante acuerdo del órgano competente.	
	A instancia de parte: mediante escrito de <i>reclamación</i> que incluya descripción del daño, cuantificación económica y relación de causalidad.	
INSTRUCCIÓN	Período probatorio.	
	Informe del órgano o unidad que provocó la lesión.	
	Informe preceptivo y no vinculante del cuerpo consultivo	Estado: informe preceptivo del Consejo de Estado cuando la cuantía de la indemnización reclamada sea igual o superior a 50.000 euros.
		CCAA y Entidades Locales: se aplica el mismo régimen, salvo que la legislación autonómica establezca otra cosa; cuando exista Consejo Consultivo o equivalente, será éste quien emita el informe.
RESOLUCIÓN	Expresa	<ul style="list-style-type: none"> • Acuerdo del órgano competente. • Cabe terminación convencional.
	Presunta	<ul style="list-style-type: none"> • Plazo de seis meses. • Efecto desestimatorio.
	Efectos	Agota la vía administrativa.

La *iniciación* puede producirse de oficio —art. 65 LPAC— o a instancia de parte —art. 67 LPAC—. La iniciación de oficio, mientras no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado, es una posibilidad de escaso uso —algunas excepciones ha sido un caso de daños causados por los depósitos de agua de Melilla, en el que se inició un procedimiento de oficio por el Ministerio de Medio Ambiente; y el desplome de un muro que aplastó a ciudadanos que aguardaban el autobús en una parada municipal, que fue iniciado de oficio por el Ayuntamiento de Sevilla—. La iniciación a instancia de parte operará mediante un escrito de *reclamación* —también llamado *acción*— de responsabilidad, redactado conforme al formulario general del escrito de alegaciones, con las correspondientes adaptaciones.

En el escrito de reclamación, además de los datos habituales, debe contenerse una *descripción de las lesiones producidas*, la fecha en que acontecieron, una demostración del *vínculo causal* que une al daño con la actividad de la Administración, así como su *evaluación económica*. Irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.

El *órgano competente* para conocer de la reclamación —art. 92 LPAC—, en la Administración del Estado es, como regla general, el Ministro del Departamento en que se integre el órgano causante del daño; excepcionalmente, corresponderá la competencia al Consejo de Ministros, cuando una ley así lo señale expresamente: es el caso que contempla el art. 32.8 LRJSP, que le atribuye la competencia para establecer la indemnización procedente cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. En las Comunidades Autónomas su legislación específica determina generalmente que el órgano competente para resolver es asimismo el máximo responsable del Departamento (Consejero o asimilado). En las corporaciones locales no existe disposición específica, por lo que se debe entender competente al Alcalde, en los municipios, y al Presidente de la Diputación, en las provincias —competencia residual en materia local—. En el caso de las Entidades de Derecho Público, de no existir previsión expresa en sus normas reguladoras, se aplicarán las generales de la LPAC, correspondiendo la competencia en la Administración del Estado al Ministro del Departamento al que se encuentren adscritos, y así sucesivamente.

La *instrucción* de este procedimiento tiene lugar conforme a las reglas generales del Título VI, salvo algunas especialidades. En cuanto a los *informes* —art. 81 LPAC—, se exige, en primer lugar, uno que, preceptivamente, deberá evacuar el órgano o unidad administrativa cuyo funcionamiento provocó supuestamente la lesión. Continuará el procedimiento con el trámite de audiencia, debiendo dictarse luego propuesta de resolución. En la Administración del Estado, será preceptivo el informe del Consejo de Estado cuando la cuantía de la indemnización solicitada sea igual o superior a 50.000 euros. En el caso de las comunidades autónomas y entidades locales se aplica el mismo régimen salvo que la legislación autonómica prevea otra cosa, emitiéndose el informe por el Consejo Consultivo u órgano equivalente, cuando exista. El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida; así como, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización.

El plazo de *resolución y, en su caso, notificación* del procedimiento es de seis meses, y los *efectos del silencio*, desestimatorios —art. 91.3 LPAC—. La *resolución* ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad, la valoración del daño y la cuantía de la indemnización —art. 91.2 LPAC—.

Se permite la terminación convencional que, de acuerdo con las reglas generales en la materia, sólo será procedente en relación con los elementos disponibles del acto administrativo resolutorio, reducidos en este caso a la determinación de la cuantía de los daños y de su modo de pago (DELGADO PIQUERAS); por el contrario, proclamar la existencia de responsabilidad es una actuación indisponible, acerca de la que no cabe terminación convencional, pues la Administración no puede reconocer una indemnización si no se producen los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Mediante acuerdo con el interesado puede sustituirse la indemnización por una compensación en especie —p. ej., recalificación de terrenos, entrega de un inmueble— o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público —art. 34.4 LPAC—.

En cuanto al *procedimiento simplificado*, procede su tramitación —art. 96.4 LPAC— si, una vez iniciado el procedimiento administrativo, el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización. Con ocasión de su instrucción se seguirán únicamente los trámites previstos para el procedimiento simplificado —art. 96.6 LPAC— cuyo plazo de resolución es de treinta días. Aunque la Ley no se pronuncia, debemos entender que el efecto del silencio en este caso es asimismo desestimatorio.

Los actos que ponen fin a estos procedimientos —tanto el general como el abreviado—, *agotan la vía administrativa* —art. 114.1.e) LPAC—, y son por tanto susceptibles, bien de recurso potestativo de reposición, bien de recurso contencioso-administrativo.

3.3. EL PROCEDIMIENTO DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD AL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Puede ocurrir que el daño ocasionado por la Administración a un tercero haya sido causado como consecuencia de una conducta culpable o negligente de su personal, en cuyo caso es de justicia que el causante responda de la lesión con su propio patrimonio, sin que pueda escudarse en la cobertura de los presupuestos públicos para excluir su propia responsabilidad. El artículo 36.2 LRJSP dispone que, cuando la Administración haya indemnizado a terceros por daños derivados de culpa o negligencia grave de su personal, podrá ejercer una acción de regreso para recuperar lo abonado; para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

En tal supuesto se anudarían sucesivamente las siguientes fases:

1.^a El tercero lesionado exigirá *en todo caso a la Administración* la reparación, a través del correspondiente procedimiento administrativo —responsabilidad directa de la Administración—.

2.^a La Administración indemnizará al tercero, si median los requisitos de la responsabilidad administrativa que ya hemos analizado.

3.^a Cuando la Administración detecte que el daño se ha generado por culpa o negligencia de su personal, iniciará un nuevo procedimiento, dirigido a exigir la responsabilidad personal del sujeto físico actuante —acción de regreso—. Este procedimiento es enteramente jurídico-administrativo. Este procedimiento se tramitará por

las reglas generales de la LPAC, con las especialidades que contempla el art. 36.4 LRJSP.

La tramitación de estos procedimientos es excepcional, pues lo habitual es que la Administración indemnice a los ciudadanos sin iniciar posteriormente la vía de regreso contra la autoridad o empleado público responsable del daño.

4. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL

A finales del siglo XX comenzó a implantarse en las Administraciones públicas la práctica de asegurar su responsabilidad extracontractual, que en la actualidad se encuentra ampliamente extendida. Según sus cláusulas negociales, estos contratos no sólo cubren la responsabilidad en relaciones de derecho privado, sino también en el ejercicio de potestades administrativas. Si pensamos en el inmenso patrimonio de las Administraciones públicas, esta política de aseguramiento puede parecer un gasto innecesario; pero en la actualidad hay que tener presente que:

1) Existe un gran universo de Administraciones públicas, muchas de las cuales manejan presupuestos modestos (entidades instrumentales, pequeños municipios...), por lo que pueden tener grandes dificultades para abonar las elevadas indemnizaciones que a veces se imponen en los siniestros, sobre todo cuando generan daños personales (muertes o lesiones graves).

2) Las Administraciones públicas han multiplicado extraordinariamente sus actividades, ofreciendo una gran cantidad de prestaciones que las exponen a una enorme variedad de riesgos. La política de aseguramiento permite predecir el coste máximo que supondría a la Administración la generación de responsabilidad en esas complicadas actividades, bastándole, en principio, con suscribir un seguro, para cubrir los riesgos derivados de su prestación.

Por estas razones, la doctrina (GAMERO, HUERGO, MONTORO y HILL) admite actualmente el aseguramiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración, e incluso lo percibe como un deber de buena administración en ciertos casos, siempre que se base en una adecuada política de gestión de riesgos; los principales esfuerzos deben dirigirse entonces a aclarar el régimen jurídico al que se somete la firma y ejecución de estos contratos, cuestión no exenta de polémica.

En efecto, estos contratos son calificados por la Ley de Contratos del Sector Público como contratos privados, y por tanto se encuentran sometidos a la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro (LCS); pero el régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa extracontractual se regula en la LRJSP, y ambos textos no están concebidos para convivir en una misma relación jurídica, presentando lagunas e incoherencias que resulta preciso despejar.

La principal colisión entre ambos textos deriva del art. 76 LCS, que reconoce al perjudicado una acción directa para exigir a la compañía aseguradora la indemnización correspondiente, sin necesidad de ningún otro trámite previo. Esta previsión no casa bien con las previsiones de la LPAC, que exigen la tramitación de un procedimiento administrativo para reconocer la responsabilidad extracontractual de la Administración. La acción directa es una garantía medular del contrato de seguro de responsabilidad patrimonial, según la doctrina mercantilista (SÁNCHEZ CALERO,

OLIVENCIA, PAQUAU, BAILLO). Debe pues respetarse esta garantía en las relaciones jurídico-administrativas.

Por otra parte, la responsabilidad administrativa extracontractual es una materia que corresponde al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero el contrato de seguro es privado y, por consiguiente, la interpretación de su ejecución corresponde al orden jurisdiccional civil. Este evidente conflicto ha dado lugar a sucesivas reformas de la legislación procesal, no enteramente satisfactorias, que intentan dirigir hacia el orden contencioso-administrativo estos asuntos litigiosos —arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA—.

El modo de cohonestar la yuxtaposición que presentan los textos en examen es aplicando las siguientes reglas:

— La acción directa no exime de la previa tramitación de un procedimiento administrativo en el que se declare la responsabilidad de la Administración, bien en aplicación del art. 67 LPAC, bien como consecuencia de la estimación de esta pretensión al resolverse un recurso administrativo o una acción de nulidad. En ese procedimiento administrativo debe reconocerse a la aseguradora la condición de parte interesada.

— Una vez obtenida la declaración de responsabilidad, el sujeto dañado podría ejercer la acción directa de forma autónoma, exclusivamente contra la compañía aseguradora, y presentarla, en su caso, ante el orden jurisdiccional civil.

— En defecto de declaración de responsabilidad en vía administrativa, es necesario un recurso contencioso-administrativo. Si el interesado desea demandar a la compañía aseguradora, ha de hacerlo ante el orden contencioso-administrativo, configurando un litisconsorcio pasivo necesario junto a la Administración causante del daño —art. 21.1.c) LJCA—, sin que pueda, en ningún caso, demandar a la Administración por esta circunstancia ante el orden jurisdiccional civil.

— La sentencia que recaiga en ese proceso puede ser recurrida por cualquiera de las partes, incluso por la aseguradora de manera autónoma si está en desacuerdo con la indemnización fijada por el juez.

5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS LEGISLATIVOS Y POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La LRJSP —art. 32— también regula la responsabilidad patrimonial del poder público derivada de actos de naturaleza legislativa de naturaleza no expropiatoria (puesto que los actos expropiatorios serán indemnizados de conformidad con el art. 33 CE). Se establecen tres supuestos:

1) *Con carácter general*, los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria que los ciudadanos no tengan el deber de soportar *serán indemnizables cuando así se establezca en los propios actos legislativos* y en los términos que en ellos se especifiquen —art. 32.3—. Se diría pues que basta con que la ley lesiva no establezca indemnización para que se exima del deber de indemnizar. Sin embargo, si se produce un daño efectivo, individualizado, evaluable y vinculado en relación de causa-efecto con el acto legislativo, los afectados podrán presentar su reclamación hasta la vía del amparo, propiciando que el Tribunal Constitucional dirima finalmente la cuestión. En este sentido, ha considerado que una Ley que reúna esas características y expresamente deniegue indemnización es inconstitucional, pero si la norma guarda silencio sobre la cuestión, los afectados podrán emprender las acciones de exigencia de res-

ponsabilidad patrimonial de conformidad con la legislación relativa a la responsabilidad de los poderes públicos (STC 28/1997). De esta manera, el Tribunal Supremo ha establecido que cabe indemnizar las consecuencias derivadas de actos legislativos cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la administración llamada a aplicar la ley, y exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable, con infracción de la confianza legítima de los afectados (STS 5-3-1993, Rec. 1.318/1990; 27-6-1994, Rec. 300/1988; y 16-5-2000, Rec. 7.217/1995).

2) *Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional*, siempre que se den los siguientes requisitos acumulados: a) Que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño; b) Que en vía judicial hubiera alegado expresamente la inconstitucionalidad que posteriormente se declaró. Un poco más tarde se reflexionará sobre las restricciones que impone este precepto.

3) *Cuando la lesión sea consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea*, supuesto que representa una novedad de la LRJSP, y acoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (SSTJUE 19-11-1991, *Francovich y Bonifaci*, asuntos C-6 y 9/90, respectivamente; 5-3-1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortarme*, asuntos C-46 y 48/93, respectivamente), que había encontrado eco, asimismo en la de nuestro Tribunal Supremo (así, STS 12-6-2003, Rec. 46/1999; 8-11-2010, Rec. 689/2009; 3-12-2013, Rec. 599/2011; y 13-10-2015, Rec. 2.353/2014, entre otras). En virtud del art. 34.5 LRJSP, procederá la indemnización cuando se cumplan todos los requisitos siguientes:

a) Que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

b) Que la norma contraria al Derecho de la Unión Europea tuviera por objeto conferir derechos a los particulares.

c) Que el incumplimiento del Derecho de la Unión esté suficientemente caracterizado.

d) Que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Conforme al art. 32.6 LRJSP: «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa». Por consiguiente, no cabría predicar la indemnización de daños producidos con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad o de la infracción del Derecho de la Unión. Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional había establecido la doctrina de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tenía efectos *pro futuro* y no determinaba la necesidad de indemnizar los daños que la disposición anulada hubiera ocasionado hasta ese momento (SSTC 45/1989, 180/2000,

289/2000, 54/2002, y 178/2004, entre otras). El Tribunal Supremo, no obstante, había interpretado que se podían reconocer indemnizaciones a asuntos ya fenecidos si la Sentencia del Tribunal Constitucional que anulase la disposición no recogía expresamente que sus efectos se producirían sólo *pro futuro*, de manera que reconoció indemnizaciones a lesiones producidas durante la aplicación de las normas (SSTS 15-7-2000, Rec. 736/1997; 20-1-2001, Rec. 562/1998; 17-3-2011, Rec. 520/1998; y 30-3-2007, Rec. 336/2005), y ha considerado, además, que, cuando el ciudadano no haya agotado las vías de recurso a su alcance y el asunto no se encuentre vinculado por el principio de la cosa juzgada, los ciudadanos tienen dos cauces para exigir la responsabilidad patrimonial (SSTS 13-6-2001, Rec. 567/1998; 17-2-2001, Rec. 349/1998; 17-3-2001, Rec. 520/1998; 31-3-2001, Rec. 551/1998; y 30-3-2007, Rec. 336/2005): 1) Ejerciendo una acción de nulidad del acto inconstitucional —art. 106 LPAC—, procedimiento que no está sujeto a plazo, al que se puede acumular la pretensión de indemnización y que sólo puede ejercerse cuando el asunto no se viera afectado por la cosa juzgada; o bien 2) Presentando directamente una acción de responsabilidad —art. 65 LPAC—, incluso en el caso de que se hayan presentado y desestimado los recursos contra la actuación lesiva. La primera posibilidad no tiene hoy encaje en el art. 32.4 LRJSP, que exige haber agotado todos los recursos y haber invocado además en ellos el vicio de inconstitucionalidad correspondiente.

6. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El enriquecimiento injusto es una figura distinta de la responsabilidad extracontractual de la Administración —REBOLLO PUIG—, aunque según algunas aportaciones, encuentra su origen en ella —HAURIOU—. No se trata aquí de que la Administración genere un menoscabo patrimonial a un tercero, sino más bien que, como consecuencia de conductas principalmente imputables a los propios interesados, se produce un lucro ilegítimo de la Administración Pública. Así, se produce enriquecimiento injusto cuando un sujeto ingresa en las cajas públicas cantidades superiores a las realmente debidas, por ejemplo, presentando una liquidación de un impuesto superior a la que verdaderamente corresponde. Otro ejemplo puede ser el del particular que, compareciendo para recuperar bienes que fueron objeto de embargo o consignación a modo de garantía, olvida recoger algunos de ellos.

En estos casos no rigen los principios de la responsabilidad administrativa extracontractual. Es más, no existen reglas propias aplicables a la Administración en este caso, debiendo aplicarse el régimen común dispuesto por el Derecho civil. Cualesquiera cuestiones litigiosas derivadas del enriquecimiento injusto de la Administración habrán de sustanciarse ante la jurisdicción civil. En este sentido, debe recordarse el requisito de formular la correspondiente reclamación administrativa previa.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BELADÍEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BELLO JANEIRO, D. (coord.): *La Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999.

- BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.
- BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad de la administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985.
- COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas*, Bosch, Barcelona, 2014.
- COBREROS MENDAZONA, E.: *Incumplimiento del Derecho Comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1995.
- COLOM PLAZUELO, E.: *Los procedimientos especiales de responsabilidad administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- CUETO PÉREZ, M.: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- DÍEZ SASTRE, S.: «Culpa vs. Ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», *REDA*, n.º 153, 2012.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales», *RAP*, n.º 183, 2010.
- FONT LLOVER, T.: «Hacia la escala de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales», *REDA*, n.º 106, 2000.
- GALÁN VIOQUE, R.: *La responsabilidad del Estado legislador*, CEDECS, Barcelona, 2001.
- GALLARDO CASTILLO, M. J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009.
- GAMERO CASADO, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- «Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual», en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, Comares, Granada, 2000.
- «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas», *REDA*, n.º 103, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, Civitas, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, Comares/Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Granada, 2000.
- HORGUÉ BAENA, C.: «La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos», *RAP*, n.º 147, 1998.
- HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- JIMÉNEZ LECHUGA, F. J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español: una visión de conjunto*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- JORDANO FRAGA, J.: «La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de «responsabilidad objetiva» de las Administraciones Públicas», *RAP*, n.º 149, 1999.
- LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración Pública: su formulación en el derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, Tecnos, Madrid, 1983.
- LÓPEZ MENUDO, F.; CARRILLO DONAIRE, J. A., y GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2005.
- (coord.): «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, n.ºs 237-238, 1994.
- (dir.): *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, CGPJ, 1996.

- MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J. L., y CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coords.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- MEDINA ALCOZ, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- La teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007.
- MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2003.
- MONTORO CHINER, M. J., y HILL PRADOS, M. C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.
- MUÑOZ GUIJOSA, M. A.: «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», *RAP*, n.º 187, 2012.
- «Sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo», *REDA*, n.º 168, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas; (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, Madrid, 1998.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- REBOLLO PUIG, M.: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- VILLAR ROJAS, F. J.: *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996.

BLOQUE TEMÁTICO 7

ACTIVIDADES Y MEDIOS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

TEMA 22

MODALIDADES DE LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS Y SU MARCO REGULATORIO

1. INTRODUCCIÓN: MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La Administración pública es la organización que crea el poder público para entablar relaciones jurídicas e intervenir en el tráfico jurídico, a cuyo fin le apodera con potestades administrativas —Tema 2—; cuando esta premisa se proyecta sobre el conjunto de actividades que pueden realizarse, esto es, sobre el enorme y variopinto conglomerado de sectores de ordenación, se adquiere conciencia de la extraordinaria variedad y versatilidad de los instrumentos que debe concebir el poder público para regular y controlar la compatibilidad de tales actividades con los intereses públicos que se puedan ver comprometidos en su ejercicio. Es prácticamente imposible pensar en un determinado sector o materia que no haya sido objeto de regulación, y en cada uno de ellos difieren los intereses públicos subyacentes, por lo que también son muy variadas las formas de actividad administrativa sobre el correspondiente sector: nada tiene que ver la fabricación de un producto tóxico con la venta de un bolígrafo, la expedición de un título profesional con la construcción de un edificio, y así sucesivamente. Por esta razón, las potestades y técnicas administrativas que influyen de alguna manera en el mundo socioeconómico constituyen la parte más voluminosa no sólo del Derecho administrativo, sino del conjunto del ordenamiento jurídico.

Existen motivos muy diversos que amparan la actuación de los poderes públicos en todos estos ámbitos. Se pueden resaltar los siguientes: *a)* la actividad constituye un servicio tan relevante que la Administración asume por sí misma su prestación para garantizar su cobertura universal, como es el caso de la enseñanza o la sanidad; *b)* la existencia de bienes que deben ser protegidos (costas, aguas, montes) o resultan necesarios para desempeñar las actividades y servicios públicos (carreteras y vías públicas en general, inmuebles afectos a la prestación de servicios); *c)* el apoyo de actividades de los particulares que entrañan interés público y merecen estímulos públicos (subvenciones, premios, exenciones), y *d)* la necesidad de regular las actividades económicas de los particulares, sujetándolas a condiciones, requisitos y controles, a

fin de salvaguardar los intereses públicos subyacentes: seguridad, salubridad, protección ambiental, defensa de consumidores y de la competencia...

La normativa emanada en algunos de estos sectores de intervención alcanza altas cotas de especialización, llegando a adquirir tal intensidad, especificidad e impacto socioeconómico que hace conveniente su estudio como materia específica: así sucede con el urbanismo o con el Derecho ambiental. En otros campos, la materia ha adquirido incluso entidad científica propia, como es el caso del Derecho financiero y tributario, o de la Seguridad Social. Por eso también es inconcebible que en una obra como ésta, ceñida a los elementos centrales del Derecho administrativo, podamos abordar en profundidad la ordenación de todos estos sectores. Ahora bien, siendo imposible entrar pormenorizadamente en el análisis de los diferentes sectores de ordenación, lo que sí cabe ahora es ofrecer una síntesis de las principales potestades, técnicas e instrumentos que ostenta la Administración pública en sus diferentes facetas de actividad, para adquirir una idea cabal de su encuadre y de su papel en el conjunto del ordenamiento jurídico.

A fin de hacer inteligible todo este conglomerado se requiere en primer lugar una sistemática con la que vertebrarlo. Pero no resulta fácil definirla, porque se trata de potestades, técnicas e instrumentos muy variados y sujetos a incesantes cambios y transformaciones. Es clásica la aportación de JORDANA DE POZAS, quien clasificó la actividad administrativa en tres modalidades diferentes: policía, fomento y servicio público.

a) La *policía* englobaría todas las técnicas de intervención administrativa, entendiendo como tal un concepto amplio de *orden público*, que evoca tanto la seguridad ciudadana en sentido estricto, como el conjunto de ordenaciones y medidas que condicionan las actividades de la ciudadanía, sometiéndolas a requisitos y títulos habilitantes (como autorizaciones y licencias), y controlando su desempeño para verificar el cumplimiento de la legalidad vigente.

b) El *fomento* haría referencia a las actividades del poder público que se dirigen a estimular la iniciativa privada, como los premios, las subvenciones, exenciones, etc.

c) La actividad de *servicio público* aludiría a actividades prestacionales directamente ofrecidas por la Administración, en particular mediante su reserva al sector público y su explotación en régimen de monopolio.

Siendo valiosa esta clasificación, se revela no obstante insuficiente, puesto que hay potestades y medidas que se quedan fuera de ella (como sucede con las actuales técnicas regulatorias de los mercados y defensa de la competencia), o que presentan rasgos combinados que les impiden encajar simplistamente en cualquiera de las tres modalidades expuestas. Pero cualquier otra clasificación sería igualmente insatisfactoria y, por otra parte, no se acaba de ver su necesidad. Aquí evitamos ceñirnos a una clasificación propiamente dicha y procedemos a una exposición meramente analítica de las diferentes potestades, técnicas e instrumentos que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para intervenir en la propiedad y en el mercado.

Se trata, por tanto, de temas sumamente heterogéneos, pero imprescindibles para comprender el Derecho administrativo contemporáneo y captar su realidad práctica. La dogmática clásica asentada sobre el acto y el procedimiento administrativo ha experimentado una extraordinaria ebullición durante las dos últimas décadas, transformando radicalmente las potestades e instrumentos de la actuación administrativa. Una Administración que tendía a asumir y ejercer directamente cualquier función o actividad que comprometiese los intereses públicos, y ejerciente de un Derecho que

se sustentaba en potestades tremendamente incisivas de intervención, que supeditaba masivamente la actividad privada a actos administrativos previos habilitantes (autorizaciones o licencias, concesiones), que prestaba directamente los servicios públicos en régimen de monopolio, que regulaba minuciosamente las actividades imponiendo un sinnúmero de cargas... y que actualmente se encuentra empeñada en contraerse para resultar menos asfixiante, que promueve el inicio de actividades mediante simples comunicaciones previas de los particulares, que ha privatizado los servicios públicos ideando otras fórmulas que garanticen su continuidad y regularidad, que renuncia a controlar por sí misma las actividades (auditorías, inspecciones técnicas, acreditaciones) transfiriendo esas funciones al sector privado, al que incluso le cede un amplio espacio de capacidad normativa (autorregulación), y que pretende hacer todo eso sin omitir ni relajar la protección de los intereses públicos subyacentes, sino inventando nuevas técnicas y modos de actuación menos invasivos, pero igualmente eficaces, con los que conciliar de mejor manera todos los intereses en presencia.

Se pasa así a una nueva dimensión en la que la Administración adquiere el papel de *garante del sistema* (MALARET, ESTEVE, CANALS), sin prestar o realizar directamente las actividades, sino articulando instrumentos que le permitan garantizar su adecuado desempeño por los operadores privados. Nada de esto se encuentra en las normas que constituyen los pilares tradicionales del Derecho administrativo (las normas de organización, acto y procedimiento, jurisdicción y contratación), y para adquirir conciencia cabal de su arquitectura es preciso zambullirse en esos centenares de leyes, reglamentos y disposiciones de *soft-law* de los que se infieren las potestades, técnicas y categorías que configuran realmente el Derecho administrativo contemporáneo. Ese es el propósito del tema que nos ocupa: conferir un mínimo de racionalidad y de orden lógico a esa amalgama de potestades, técnicas e instrumentos alumbrados en la parte especial del Derecho administrativo que, como dice SCHMIDT-ASSMAN, constituyen verdaderamente su vanguardia, alumbrando nuevas categorías que acaban por integrarse finalmente en el corazón mismo del Derecho administrativo, en su parte general.

En el resto de temas de esta parte se analizan potestades y modalidades específicas de la actividad administrativa que merecen estudios detallados, por su intrínseca complejidad y por la importancia que entrañan en su aplicación práctica. Son, hasta cierto punto, potestades administrativas *clásicas*. Queda claro, pues, que la sistemática elegida para exponer todas estas cuestiones no pretende sustentarse en grandes construcciones dogmáticas, sino que obedece tan sólo a un criterio analítico y su finalidad es meramente pedagógica.

2. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN Y SU CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. CONCEPTO DE ORDENACIÓN O REGULACIÓN

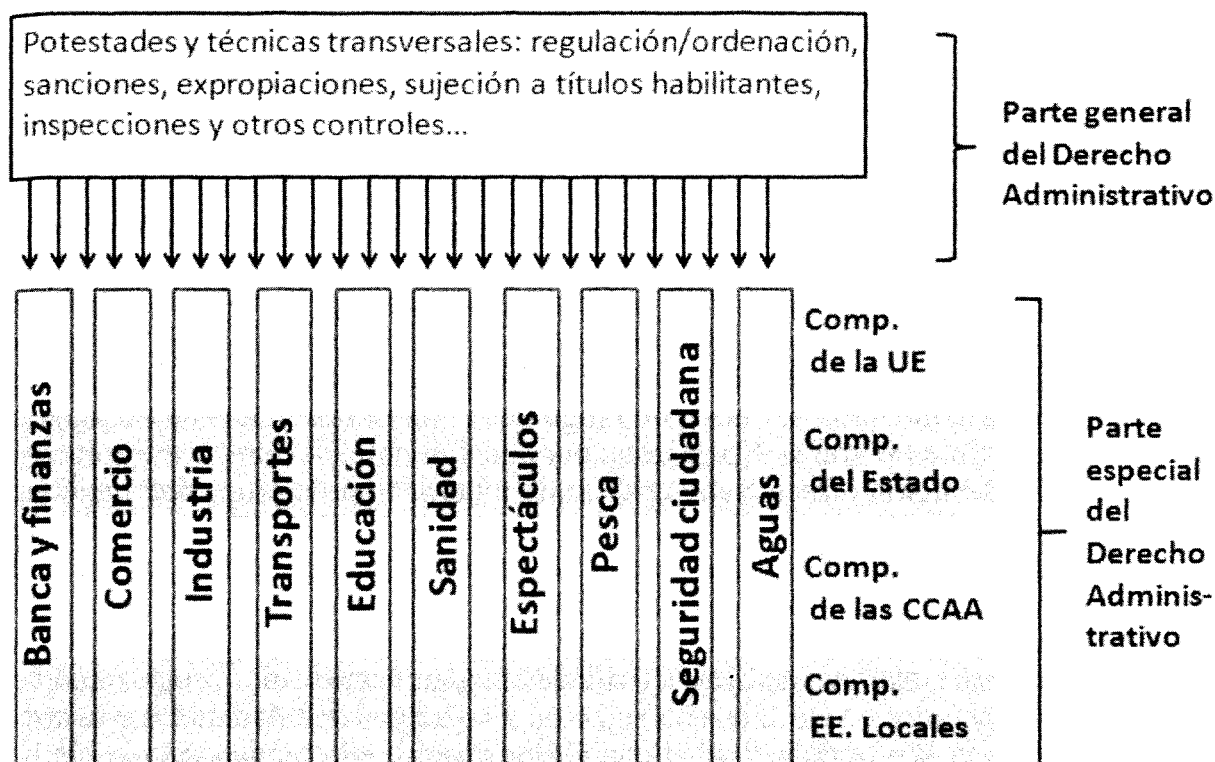
Se califica en términos generales como *ordenación* el conjunto de potestades e instrumentos que utilizan los poderes públicos para incidir en el ejercicio de actividades en los diferentes sectores. Se trata de un espectro muy heterogéneo de técnicas, que abarcan desde la potestad normativa, mediante la que se establecen requisitos y límites para el ejercicio de actividades, como potestades y técnicas administrativas de actuación singular, ya sean de intervención directa (expropiaciones, sanciones, órdenes), de mero control (inspecciones, acreditaciones), etc. Actualmente existe la ten-

dencia de calificar esta actividad pública como *regulación* (ESTEVE, MUÑOZ MACHADO, MALARET), un término importado del ámbito anglosajón —especialmente de EE.UU.—, cuyo uso entre nosotros es cada vez mayor y, también, más impreciso, pues en ocasiones se utiliza como equivalente de ordenación en general, otras en la acepción más estricta ya indicada, y otras veces en una más estricta aún con la que se evocan las concretas técnicas e instrumentos de intervención desarrollados por los poderes públicos en los llamados *mercados regulados*, es decir, unos sectores sometidos a una particular ordenación que veremos más adelante —§ 1 del próximo Tema—. Académicamente, el estudio de esta materia se suele calificar como *Derecho público económico*, una acepción muy extendida en el Derecho continental europeo (Italia, Francia y Alemania), y que tiene un segmento integrado en la parte general del Derecho administrativo (el que examinamos en este Tema y en el siguiente), y un despliegue posterior (parte especial) que se articula mediante el estudio por sectores de ordenación.

Un aspecto esencial de la actividad de ordenación o regulación es el reparto competencial en la materia. Cada sector de ordenación obedece a un esquema específico de reparto que puede llegar a implicar a todos los niveles territoriales de la organización política —europeo, estatal, autonómico y local— dando como resultado un compuesto de extraordinaria complejidad. Cuando existen competencias exclusivas (algo casi anecdótico) se simplifica este bosque regulador, pero cuando la competencia se fragmenta en virtud de los diferentes criterios existentes (lo más común) el grado de enrevesamiento crece exponencialmente, desconcertando a los operadores y dando lugar a duplicidades, solapamientos y a sobreabundancia de normativas, exigencias y requerimientos.

De tal manera que, en materia regulatoria, existen, por una parte, *potestades y técnicas administrativas transversales u horizontales* (sanciones, expropiaciones, sujeción del ejercicio de una actividad a títulos habilitantes, inspecciones, cargas administrativas, controles...), que resultan de aplicación en cualesquiera sectores de intervención, conforme a las normas jurídicas que van atribuyendo tales potestades. El estudio de tales potestades y técnicas corresponde al Derecho administrativo, si bien en algunos casos carecemos de leyes generales o comunes que regulen la cuestión (como sucede en materia de inspección) y hemos de inferir la naturaleza y régimen jurídico de tales potestades mediante el análisis conjunto del ordenamiento jurídico. Y tenemos, por otra parte, una *articulación material, vertical, en sectores económicos o sectores de ordenación* (transportes, banca y finanzas, comercio, industria, calidad ambiental, sanidad, educación, energía, aguas, costas, puertos...), cuyas normas reguladoras establecen las concretas potestades e instrumentos aplicables al sector en cuestión, y cuyo estudio corresponde a la parte especial del Derecho administrativo, estructurada precisamente en sectores de ordenación; tales normas, así como las potestades, técnicas e instrumentos que establecen, *se dictan y aplican con arreglo al reparto competencial* establecido en cada materia. Todo ello puede representarse mediante la figura 1.

FIGURA 1

Estructura normativa y competencial de la actividad ordenación

2.2. EL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL: LA ECONOMÍA (SOCIAL) DE MERCADO

Se considera que existen tres grandes modelos económicos en el constitucionalismo comparado: *a)* el modelo liberal o de *economía de libre mercado*, propio del siglo XIX bajo los auspicios librecambistas de Adam SMITH, en el que apenas se manifiesta implicación o intervención pública en la actividad económica y son los propios actores quienes van marcando las pautas, limitándose el poder público al mantenimiento de la paz ciudadana y el orden público; *b)* el modelo de *economía dirigida, centralizada o planificada*, caracterizado por un intenso intervencionismo público, que llega incluso a apoderarse y gestionar los factores de producción y la actividad económica (China, Cuba, antiguamente los países de Europa del Este); y *c)* el de *economía mixta o economía de mercado*, que se inició en Alemania mediante la Constitución de Weimar (1919) incorporando ingredientes de equilibrio entre ambos modelos, y que se extendió en Europa occidental tras la Segunda Gran Guerra del siglo XX, como una manera de conciliar la economía de mercado con los instrumentos de protección social. Este último modelo es el que refleja la Constitución española de 1978 (VILLAR PALASÍ, RAMÓN ENTRENA CUESTA, BASSOLS, S. MARTÍN-RETORTILLO, ARIÑO, T. R. FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ BLANCO, MARTÍN MATEO, COSCULLUELA). Algunos autores añaden a la locución el término *economía social* de mercado, que también se asume expresamente por el Tratado de la Unión Europea —art. 3.3—, evidenciando esa vertiente que inequívocamente impregna el modelo económico europeo contemporáneo. A continuación se describen los elementos primordiales del modelo.

El pórtico de entrada a esta cuestión es el art. 128.1 CE, con el que se abre su Título VII —cuya rúbrica es «Economía y Hacienda»—, que dispone: «Toda la riqueza del país en sus diferentes formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». El precepto constituye un marco general de referencia que *legitima la intervención general de los poderes públicos en la economía* a fin de atender los intereses públicos subyacentes, pero no supone una habilitación constitucional que permita omitir las garantías y límites que la propia Constitución establece respecto a la restricción de los derechos y libertades de la ciudadanía. Permite interpretar la regulación u ordenación económica como un hecho natural y constitucionalmente admitido, sin que suponga una patente de corso ni una nacionalización de la economía.

Inmediatamente se deben destacar los preceptos que proclaman *derechos fundamentales relacionados con la actividad económica*. Así, el art. 33.1 CE reconoce el derecho de propiedad, y el art. 38 CE la libertad de empresa. Ambos se encuadran entre los derechos y deberes de los ciudadanos —Tít. I, Cap. II, Secc. 2.^a—, por lo que tienen un contenido esencial constitucionalmente protegido y sus limitaciones deben establecerse mediante normas con rango de ley (como veremos más detalladamente en el próximo epígrafe). No se trata, por consiguiente, de derechos ilimitados, y la propia Constitución ofrece ciertas pautas de modulación: la propiedad tiene una función social que delimita el contenido del derecho —art. 33.2 CE—, y la libertad de empresa debe ejercerse de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación económica —art. 38 CE *in fine*—.

En nuestro modelo constitucional *los poderes públicos también pueden crear o gestionar empresas*, esto es, realizar actividades mediante entidades propias que actúan como un operador económico con sujeción a las reglas del mercado. La Constitución admite esta forma de actividad cuando proclama: «Se reconoce la iniciativa pública económica» —art. 128.2—. Las cuestiones relativas a esta forma de personificación del sector público fueron estudiadas en el Tema 9, en cuanto que entes instrumentales con forma jurídico-privada.

Para rematar el esbozo es pertinente recordar la *proclamación de los derechos sociales*, cuya regulación constitucional se aborda precisamente bajo la rúbrica «Principios rectores de la política social y económica» —Cap. III del Tít. I CE—. Como es sabido, se configuran como mandatos de intervención y actuación dirigidos a los poderes públicos y tienen especial incidencia en el marco de las actividades económicas, bien porque promueven directamente la realización de actividades prestacionales por el sector público, como sucede con la educación —art. 27.5 CE—, la Seguridad Social —art. 41 CE—, o la salud —art. 43.2 CE—; o bien porque representan inquietudes constitucionales que deben preocupar a los poderes públicos a fin de articular medidas concretas cuando sea necesario: políticas de distribución de la renta y fomento del empleo —art. 40 CE—, promoción de la cultura y de la investigación —art. 44 CE—, protección ambiental —art. 45 CE—, etc. No es pertinente entrar aquí en más detalles acerca de la configuración de este tipo de derechos, cuyo estudio detallado tiene lugar por el Derecho Constitucional.

El orden en el que se han expuesto los preceptos constitucionales no obedece a un criterio de prelación o jerarquía (que determinaría ciertas opciones axiológicas), pues todos ellos interactúan recíprocamente para conformar el modelo resultante, que sólo puede entenderse cabalmente cuando se concibe como un todo, como un sistema. En efecto, «En la Constitución española de 1978 [...] existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos *principios*

básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución» (STC 1/1982). En ese diseño constitucional tienen cabida diferentes aproximaciones ideológicas: modelos económicos de carácter más o menos intervencionista, con mayor o menor presencia pública o con un mayor o menor estímulo a la iniciativa privada. Es de suponer una constante adaptación a las circunstancias que conduzca sucesivamente a publicar y privatizar actividades, a la reconfiguración o redimensionamiento de los derechos de prestación (principios rectores), etc. La Constitución no predetermina el grado de intervencionismo público, si bien es llano que descarta las opciones radicales del modelo puramente liberal y el de economía centralizada: dentro de esos márgenes, existen diferentes factores políticos, jurídicos y económicos que se acoplan en cada momento para determinar la evolución del sistema.

2.3. ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ORDENACIÓN ECONÓMICA

Con cierta perspectiva histórica se puede trazar una evolución del modelo, que ha atravesado diferentes etapas en las que el intervencionismo público se ha ido transformando:

a) *Etapa liberal.* Se produce a lo largo del siglo XIX, tras las revoluciones constitucionalistas, y se caracteriza por el libre juego del mercado de acuerdo con las teorías económicas dominantes.

b) *Intervencionismo creciente.* En el siglo XX, y sobre todo desde la posguerra hasta mediados de los años ochenta, el intervencionismo público fue en progresivo aumento, llegando a ser muy acusado, caracterizándose por la presencia de monopolios y de enormes empresas públicas.

c) *Liberalización económica con impulso de políticas sociales e incremento de la regulación.* Entre 1985 y 2008 se transforman los mercados como consecuencia de las políticas europeas, dando lugar a privatizaciones de empresas y al reemplazo del servicio público tradicional y su paradigmática gestión monopolística por instrumentos de apertura de los mercados y de estímulo de la competencia entre operadores, pero sin retroceso de los derechos sociales: antes bien, se asumen importantes compromisos prestacionales y asistenciales por parte de los poderes públicos, que alcanzan un nivel sin precedentes. En el área anglosajona este período se conoce como *desregulación*, pues simultáneamente a la liberalización se pretendía reducir la densidad normativa que condicionaba el ejercicio de actividades económicas, a fin de reducir tales cargas y favorecer la competitividad. En la Europa continental, por el contrario, la densidad normativa siguió en aumento, llevando el coste económico de la regulación a un promedio del 3,6 por 100 del PIB (4,6 por 100 en España: unos 40.000 millones €/año), sólo por el cumplimiento de las cargas administrativas o burocráticas que soporta la actividad económica.

d) *Repliegue de las políticas sociales y simplificación administrativa.* Desde entonces hasta ahora, como consecuencia de una crisis económica más profunda y prolongada que todas las precedentes, y que no parece cíclica sino estructural, se manifiesta un repliegue de las políticas sociales, abocando a un debate sobre la regresividad de los derechos sociales que, a pesar de su interés, desborda el propósito de este Tema. En paralelo, a fin de mejorar la competitividad y estimular el crecimiento económico, se promueve una depuración normativa con la que reducir tanto como

resulte posible las trabas, barreras y cargas administrativas que pesan sobre las actividades económicas, lo que exige implantar nuevas técnicas de control que permitan salvaguardar los intereses públicos subyacentes de manera menos gravosa e invasiva.

2.4. PRINCIPIOS GENERALES DE LA REGULACIÓN

2.4.1. *Elenco de principios*

Existen una serie de principios generales del Derecho cuya influencia en el marco de la regulación económica es particularmente intensa. En este primer apartado se mencionan algunos que simplemente se enuncian ante la imposibilidad de profundizar en ellos o porque son tratados en otro lugar, y en los apartados sucesivos nos centramos en tres principios de importancia creciente y que no son analizados en otros lugares de esta obra.

El art. 9 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) establece un catálogo de los principios generales que deben presidir las actividades regulatorias de las Administraciones públicas, en los siguientes términos: «Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia».

Estos y otros principios han sido destacados también doctrinalmente. Para COSCULLUELA, los principios específicos del Derecho público económico son: unidad de mercado nacional; protección del consumidor; protección del medio ambiente; racionalidad y proporcionalidad; seguridad jurídica; sumisión a las reglas de la competencia; y agilidad y eficacia. También se ha enunciado el principio de libertad de circulación de personas, bienes, mercancías y servicios, derivado del artículo 139.2 CE (SÁNCHEZ BLANCO), y los principios específicos de la regulación en el Derecho comunitario (DE LA CRUZ). Otros autores incluyen como principios al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, en la medida que tienen una dimensión objetiva o institucional de la que nos ocuparemos en su lugar.

Por su parte, el legislador también ha establecido una serie de principios generales aplicables a la regulación en su conjunto —art. 4 de la Ley 2/2001, de economía sostenible—; postergando para después el estudio específico del principio de proporcionalidad, se proclaman los siguientes: *a) principio de necesidad*: en cuya virtud la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general; *b) principio de seguridad jurídica*: las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas; *c) principio de transparencia*: los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente; *d) principio de accesibilidad*: se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente; *e) principio de eficacia*: la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales. Por último, se manifiesta también un *principio de simplicidad*, o más propiamente

te, de *simplificación administrativa* en la normativa reguladora, que analizaremos más tarde —§ 3.1.4—.

2.4.2. *El principio de proporcionalidad*

Uno de los principios que cobran mayor influencia en la ordenación de actividades es el de proporcionalidad, que habíamos tratado muy someramente en sede del elemento teleológico del acto administrativo —Tema 15, § 4.3—, toda vez que constituye un principio general del Derecho (LÓPEZ GONZÁLEZ, SARMIENTO). Condiciona la actividad administrativa al determinar que, si existen diferentes alternativas para alcanzar los mismos fines, se debe optar por la menos restrictiva de derechos. Este principio adquiere una importancia creciente, tras haber sido objeto de una regulación general en el artículo 4.1 LRJSP —que tiene su antecedente inmediato en el 39 bis LRJPAC—: en su virtud, las Administraciones Públicas que establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y 1) elegir la medida menos restrictiva; 2) motivar su necesidad para la protección del interés público; 3) justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que puedan producirse diferencias de trato discriminatorias, y 4) Evaluar periódicamente los resultados y efectos pretendidos. El principio de proporcionalidad tiene manifestaciones específicas en otros ámbitos normativos:

1) En el régimen local, «La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue» —art. 84.2 LRBRL—.

2) En el ámbito autonómico, el art. 30.2 del Estatuto de Cataluña y el art. 31 del Estatuto de Andalucía consagran el derecho de los ciudadanos a que «la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican».

Además de la vertiente anterior, que se proyecta principalmente sobre los actos administrativos, el principio de proporcionalidad también se aplica al proceso normativo. Así, los arts. 5 y 17 LGUM exigen que cada norma o actuación de los poderes públicos que afecten al acceso o ejercicio de una actividad económica motive expresamente esta restricción de la libertad, que además habrá de sustentarse en una de las causas que la propia Ley establece. Asimismo, el art. 4.3 de la Ley 2/2011, de economía sostenible, relativo a las normas regulatorias, dispone: «la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado».

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 66/1995, 207/1996 y concordantes) aplica este principio en relación con la restricción de derechos fundamentales, sometiéndola a un «juicio de proporcionalidad» que debe superar tres condiciones, cuyo origen radica en el Derecho alemán:

— *juicio de idoneidad*: analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto;

— *juicio de necesidad*: si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia;

— *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En la aplicación jurisprudencial de este principio conviene destacar la STS 18-2-92, Rec. 959/1990, que afirma: «El principio de proporcionalidad opera en dos tipos de supuestos: A) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. B) Ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en que, aun existiendo en principio un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado».

En suma, el contenido del principio de proporcionalidad se conforma a través de orígenes muy diversos: el Derecho comunitario, la doctrina relativa a los derechos fundamentales, y nuestra propia tradición jurídica (CARLÓN), y viene cobrando un protagonismo cada vez más evidente en el control de la actividad administrativa.

2.4.3. *El principio de precaución. La gestión de riesgos*

Por otra parte, no puede ignorarse la creciente importancia que viene adquiriendo el principio de precaución en orden a condicionar la intensidad de las medidas de intervención administrativa, en clara conexión con el elemento teleológico de los actos y el principio de proporcionalidad. Este principio juega cuando se produce una incertidumbre científica ante riesgos derivados de la técnica (ESTEVE, CIERCO), y se articula principalmente mediante un mecanismo de evaluación y gestión de riesgos que pondera los daños a que se expone la ciudadanía en el caso de que existan indicios de peligro que no se encuentren plenamente probados. Por ejemplo, no resulta lícito prohibir la instalación de antenas de telefonía si no existen pruebas científicas de que supongan perjuicios para la salud. Las alertas alimentarias, las crisis sanitarias o las medidas de protección ambiental son ámbitos de amplia implantación de este principio.

La aplicación del principio de precaución resulta altamente polémica, por la propia complejidad de los intereses comprometidos, y puede dar lugar a responsabilidad administrativa en caso de error: sirva de ejemplo la errónea imputación a pepinos españoles del origen de la bacteria E.coli en Alemania (que venía generando un elevado número de fallecimientos y una situación de alarma pública), lo que supuso graves pérdidas económicas al sector hortofrutícola.

2.4.4. *El principio de la unidad de mercado*

El reparto competencial en materia de actividades económicas es sumamente complejo y difiere en cada sector de ordenación, con arreglo al resultado que determina el bloque de la Constitucionalidad. Ahora bien, el principio de unidad de mercado, que viene adquiriendo un protagonismo creciente, introduce modulaciones y dislocaciones de esas reglas de reparto.

El principio deriva del art. 149.1.13 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Más que un principio propiamente dicho constituye, por tanto, una regla de reparto competencial. A pesar de que la literalidad del precepto parece focalizar su objeto en la planificación, el uso que se le ha conferido posteriormente por el Estado para fundamentar el ejercicio de la potestad legislativa en sectores cuya competencia

exclusiva corresponde a las CCAA (como es el significativo caso del comercio interior), así como la interpretación validante de esa tesis que ha sostenido el Tribunal Constitucional, infieren del precepto un principio general; así, no solo la economía de mercado es el marco obligado de la libertad de empresa, sino que además dicha libertad se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996). Sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter le impone (STC 64/1990).

El resultado es que el Estado aparece apoderado de un penetrante instrumento de ordenación económica, similar a la *Commerce Clause* que la Constitución norteamericana —art. 1.8.3— atribuye al Congreso, clara fuente de inspiración de nuestra doctrina constitucional. Su extensión es fluctuante según las circunstancias y se encuentra supeditada al margen de tolerancia que muestre el Tribunal Constitucional frente a la eventual invasión de las competencias autonómicas. En la actualidad es clara la intensificación de su uso, que fundamenta diversas iniciativas legislativas con las que se suprimen y simplifican las licencias administrativas en diferentes sectores, principalmente en materia de servicios en general y de comercio en particular. Son ejemplificativas la Ley 12/2012, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; o la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

Esta última representa, sin lugar a dudas, un claro cambio de paradigma en la ordenación competencial de las actividades regulatorias. Propicia la erradicación de barreras que frenen el libre ejercicio de las actividades económicas, partiendo de dos reglas básicas:

1) Para desempeñar una actividad en todo el territorio nacional ha de bastar el título habilitante que se obtenga en una concreta demarcación territorial: así, la licencia que otorga una Comunidad Autónoma debe ser suficiente para realizar la actividad en toda España —arts. 19 y 20 LGUM—. Esta disposición supone un claro riesgo de *dumping* regulatorio: a fin de atraer inversiones, las CCAA y Entidades Locales pueden enzarzarse en procesos drásticos de reducción de las cargas regulatorias, lo cual es positivo para la dinamización económica, pero puede conducir a la indebida supresión de instrumentos de control que resulten necesarios para proteger los intereses públicos.

2) La premisa de toda ordenación es la libertad económica: cualquier restricción se somete a estrictas condiciones (acordes con el principio de proporcionalidad), y a un minucioso escrutinio por todos los operadores, que pueden iniciar acciones contra las actuaciones de los poderes públicos que sean restrictivas de derechos. En particular, se establece un Consejo para la Unidad de Mercado ante el que puede presentar una reclamación cualquier operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación —art. 26 LGUM—. Este procedimiento es alternativo a los recursos ordinarios (administrativos o procesales) que quepa interponer contra la actuación controvertida. Cuando la resolución de la reclamación no satisfaga al operador, puede acudir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para que ésta, a su vez, si lo estima conveniente, interponga un recurso contencioso-administrativo contra la medida controvertida. Para su tramitación procesal se crea un nuevo proceso contencioso-administrativo especial, de configuración análoga al de protección de los derechos fundamentales (véase el Tema 20).

Estos postulados han recibido intensas críticas doctrinales (MUÑOZ MACHADO, DE LA QUADRA-SALCEDO, FERNÁNDEZ FARRERESB, REBOLLO PUIG, SOLA TEYSSIERE), en la medida en que pueden invadir las competencias autonómicas en los diferentes sectores de ordenación.

3. POTESTADES E INSTRUMENTOS DE CARÁCTER NORMATIVO

3.1. LA REGULACIÓN O ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE ORDENACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

3.1.1. *Concepto y dimensión*

La actividad administrativa de ordenación en sentido estricto es la que se dirige a establecer mediante normas jurídicas los requisitos y cargas que se deben cumplir por la ciudadanía para ejercer ciertos derechos y actividades. Se trata, por tanto, de una manifestación de la potestad normativa. La legislación se estructura así en sectores de ordenación, que pueden ser más o menos amplios, y que responden por lo general a un esquema en el que existe una ley de cabecera y una serie de disposiciones de desarrollo: por ejemplo, la Ley 21/1992, de Industria; la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones; la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos... No obstante, pueden coexistir varias leyes en un mismo sector de ordenación, y de hecho cada vez es más frecuente que ocurra eso; por ejemplo, en el sector financiero y bancario (Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito; Ley 13/1971, del crédito oficial; Ley 2/1981, del mercado hipotecario; Ley 16/2009, de servicios de pago; etc.); en materia de deporte (Ley 10/1990, del deporte; Ley 19/2007, contra la violencia en el deporte; y Ley orgánica 3/2013, contra el dopaje en el deporte; a las que se debe sumar pronto una ley sobre deporte profesional); etc.

Conviene recordar la atribución de potestades normativas de ordenación a todos los niveles territoriales de organización política, desde la cima de la escala hasta la base, dictándose leyes y reglamentos tanto estatales como autonómicos y locales, de acuerdo con el respectivo ámbito del reparto competencial. Existen, por ejemplo, leyes estatales y autonómicas en una misma materia, como sucede en materia de sanidad, educación, comercio, transporte, pesca, puertos, carreteras, etc. A esto debemos añadir las ordenanzas locales, de extraordinaria importancia y aplicación práctica debido a que las potestades locales de ordenación e intervención económica son muy relevantes, debiendo destacarse las ordenanzas de actividades económicas (que regulan requisitos para la apertura de establecimientos al público), las ordenanzas urbanísticas (muchas de las cuales incluyen aspectos transversales de la ordenación económica mediante la regulación de las licencias de obras y de los usos a que se puede destinar cada parcela del suelo municipal), y las ordenanzas de protección ambiental (con exigentes requisitos y especial incidencia en materia de contaminación acústica).

3.1.2. *Regulación y reserva de ley: distinción entre delimitación y privación de derechos*

La ordenación o regulación de las actividades de los particulares debe moverse siempre en el marco constitucional, aspecto en el que cobra especial importancia el impacto que tenga la ordenación o regulación respecto al contenido de los derechos

fundamentales, pues la naturaleza de la intervención y el régimen jurídico en el que se sitúan las medidas es distinto según el modo en el que se incida sobre ellos. Toda medida regulatoria supone una tensión entre dos valores o principios constitucionales: por un lado, el impacto que represente sobre los derechos constitucionales que tienen reconocido un contenido esencial —Caps. I y II del Título I—, y sobre el principio general de libertad —art. 9.3 CE—; por otro, la necesidad de condicionar el ejercicio de las actividades para atender ciertos bienes o intereses públicos subyacentes que se podrían ver comprometidos o que merecen protección.

Ciertamente, no existen derechos ilimitados. Pero las limitaciones que soporten obedecen a causas muy diversas, y han de articularse también mediante instrumentos distintos, en función de su naturaleza. En orden a articular este discurso es preciso sentar una primera distinción básica: no es lo mismo la *limitación* que la *delimitación* un derecho. Son nociones, por otra parte, que no gozan de significados unívocos. Aquí las utilizamos en el siguiente:

a) La *delimitación* de un derecho es una modulación en su ámbito y condiciones de ejercicio que derivan de su propio alcance y naturaleza o de su colisión con otros derechos, valores o principios que lo moldean, sin afectar a su contenido esencial. Se trata, por tanto, de trazar *límites* al ejercicio del derecho que pueden traer causa de dos fundamentos distintos (BACIGALUPO y VELASCO): *intrínsecos*, esto es, del espacio o amplitud material que por sí mismo alcanza el derecho, sin que por su propia naturaleza le sea dado llegar más allá; y *extrínsecos*, es decir, los que derivan de otras cláusulas constitucionales con cuya interlocución se acaba aquilatando su amplitud o extensión material. La delimitación del contenido de un derecho es la determinación de un ámbito de actuación que ya resulta ajeno o exterior al derecho mismo, concretando hasta dónde llega el derecho y hasta dónde no (LÓPEZ PELLICER, COSSÍO DÍAZ, BARNÉS, SALA ARQUER). Algunos autores se refieren a la delimitación como *límite constitucional* (AGUIAR, GUAITA, SANTAMARÍA PASTOR, BACIGALUPO y VELASCO), y otros como *limitación constitucional* (LOEWENSTEIN, DE LOS MOZOS). Siendo pues evidente la complejidad terminológica de esta cuestión (LÓPEZ MENUDO), más allá del concreto término utilizado para designar a una categoría jurídica lo que verdaderamente importa es su significado, que es el determinante de su naturaleza y régimen jurídico, y en ese aspecto las posiciones son unívocas, en el sentido apuntado. También, en la doctrina del Tribunal Constitucional (así, SSTC 5/1981, 2/1982, 36/1982, 110/1984, entre otras).

En la ordenación económica la delimitación de derechos es frecuentísima. Por ejemplo, cada vez que una actividad se sujeta a autorización o licencia se delimita un derecho (la libertad de empresa, y/o el derecho de propiedad, según los casos), pues para poder ejercer tal derecho es preciso reunir una serie de requisitos que son fijados y previamente verificados por la Administración. Por consiguiente, mediante la delimitación de un derecho se definen sus condiciones de ejercicio.

Al no afectar al contenido esencial, la delimitación no otorga derecho a reparación alguna, pero se somete a exigencias específicas: en particular, ha de establecerse mediante una norma jurídica, cuyo rango difiere según el alcance que tenga la delimitación. Cuando la delimitación incide sustantivamente sobre los derechos fundamentales, se exige norma con rango de ley —art. 53.1 CE—, una reserva que de hecho es predicable en virtud del principio de legalidad —art. 9.3 CE— frente a cualquier medida que restrinja de manera significativa la libertad (GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTAMARÍA). Sobre esta apreciación genérica tienen lugar tres precisiones adicionales. Por una parte, si el derecho afectado es fundamental en sentido estricto —Tít. I,

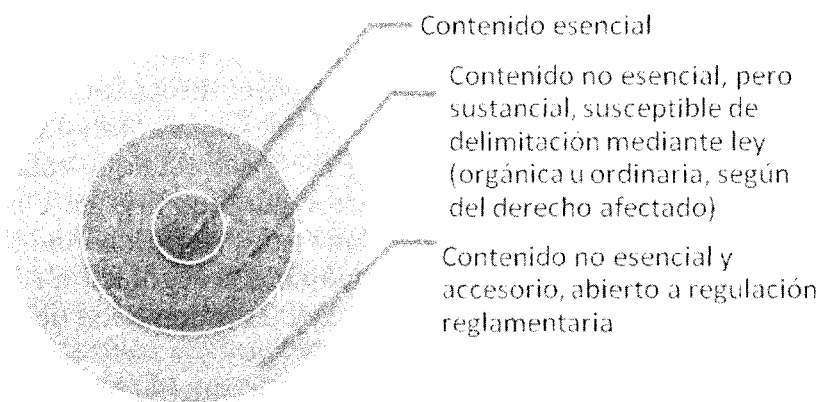
Cap. II, Secc. I—, la reserva es de ley orgánica —art. 81 CE—. En segundo lugar, esa llamada a la Ley lo es a la Ley formal o parlamentaria, tanto de Cortes como autonómica, en razón de las respectivas esferas competenciales (STC 37/1981). Y en tercer lugar, cabe admitir la regulación reglamentaria siempre que la ley al menos autorice o habilite la delimitación para que su concreción definitiva se lleve a cabo mediante el reglamento (REBOLLO PUIG).

En cuanto a esto último, la jurisprudencia constitucional es bastante permisiva con las regulaciones reglamentarias en materia económica, aunque literalmente sostenga que la potestad reglamentaria debe limitarse a ser el complemento indispensable para optimizar por motivos técnicos el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley (SSTC 83/1984, 42/1987, 227/1993, entre otras muchas). Por ejemplo, para que se exija inscribirse en un registro u obtener una licencia antes de ejercer una actividad, ese deber ha de establecerse en una norma con rango de ley; pero los concretos requisitos asociados a la inscripción o autorización (como la documentación que se debe aportar) pueden determinarse mediante normas meramente reglamentarias (STC 225/1993). Así, la reserva de Ley que el art. 51.3 de la Constitución realiza para regular el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales no es una reserva de Ley absoluta que excluya la intervención en todo caso del Reglamento, no hay obstáculo alguno a que la Ley —estatal o autonómica— habilite expresamente al reglamento para concretar o desarrollar sus mandatos en un objeto concreto fijando los criterios para ello, mediante una imprescindible colaboración entre las potestades legislativa y reglamentaria, siempre y cuando la remisión al reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado (STC 77/1985). Además de las grandes superficies comerciales, un claro ejemplo es el de los establecimientos de alojamiento turístico: las leyes autonómicas sólo sujetan a licencia el ejercicio de la actividad y determinan los tipos de alojamiento que existen (hoteles, hostales, viviendas rurales...), así como sus categorías (número de estrellas, de llaves, etc.); posteriormente son prolijas normas reglamentarias las que concretan minuciosamente los requisitos que se deben reunir para resultar clasificado en una u otra categoría a la hora de obtener la licencia.

Una última precisión en esta materia es que, una vez realizada por la ley la delimitación del derecho, los actos administrativos dirigidos a aplicarla no constituyen nuevas limitaciones ni infringen el principio de reserva de ley. Por ejemplo, la Ley 21/1997 de retransmisiones de acontecimientos deportivos —reemplazada después en este contenido por la Ley 7/2010, de comunicación audiovisual—, establece que un órgano de la Administración determinará cada temporada deportiva cuáles son los acontecimientos de interés general a fin de que se retransmitan en abierto; dicho acto administrativo no infringe la reserva de ley sobre la libertad de empresa, limitándose a aplicar la previsión legal (STC 112/2006).

b) La *limitación*, por el contrario, constituye una compresión, eliminación o mutilación del contenido de un derecho, cuando concurren circunstancias que impongan su necesidad. La limitación es una restricción del derecho que incide en su contenido esencial. El derecho sufre una verdadera ablación, con afección a su núcleo esencial, que se ve total o parcialmente invadido. La limitación de los derechos se encuentra constitucionalmente admitida en algunos casos y con requisitos específicos. Por ejemplo, la expropiación forzosa es una ablación total del derecho de propiedad, constitucionalmente admitida siempre que se vea correspondida con una indemnización —art. 33.3 CE—, cediendo el derecho subjetivo para sustituirse por su equivalente económico (STC 111/1983). También la nacionalización o reserva sobrevenida de actividades o servicios —art. 128.1 CE— constituye una limitación, en este caso

de la libertad de empresa, que se debe corresponder con una indemnización para los prestadores en ejercicio. Las limitaciones de derechos deben acordarse mediante ley, lo que admite su aplicación por actos administrativos siempre que se encuentren previstas en normas con rango legal y se cumplan sus requisitos.



El problema reside en el hecho de que no siempre es fácil determinar hasta dónde llega la delimitación de un derecho y dónde empieza una verdadera delimitación. Como se verá en el apartado siguiente, ciertas clases de propiedad inmueble padecen tal grado de cargas y servidumbres que acaban por hacer irreconocible el contenido esencial del derecho.

3.1.3. *El derecho de propiedad*

La propiedad y la libertad de empresa son los dos derechos básicos sobre los que se sustenta el orden económico. Quizá por ello su arquitectura constitucional está impregnada de particularidades, que tienen esencialmente que ver con la definición de las limitaciones que estos derechos pueden padecer como consecuencia de su diálogo o incluso colisión con otros derechos, valores o principios constitucionales. Conviene destacar algunos de estos aspectos, que se suman a los que se apuntaron anteriormente al tratar del modelo económico constitucional y los preceptos que lo caracterizan —§ 2.2 de este Tema—.

En cuanto al derecho de propiedad, su proclamación y reconocimiento como un espacio inmune a la acción del poder público fue una de las más evidentes conquistas de las revoluciones constitucionalistas: no en vano, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 —art. 17— lo proclama como derecho inviolable y sagrado; y nuestro Código civil —art. 348— lo describe como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», traducándose en un amplio abanico o haz de facultades de que el propietario disfruta. Pero la evolución del modelo económico subyacente lleva a inocular en la entraña misma del derecho la satisfacción de intereses ajenos a su titular, en una visión que impregna incluso el reconocimiento constitucional del derecho —art. 33 CE—: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Al calificarse como delimitación esta modulación del derecho, la Constitución determina que la función social de la propiedad no sea un límite extrínseco del derecho, sino intrínseco al mismo, de tal manera que «la fijación del *contenido esencial* de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los in-

tereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» (STC 37/1987). La función social no contrae, pues, el ámbito material del derecho estableciendo *limitaciones* extrínsecas, sino *delimitando* internamente la extensión del derecho.

Tratándose el derecho de propiedad de un haz de facultades, la Constitución ofrece algunas líneas que influyen en su conformación o modulación: la protección ambiental —art. 45.2 CE—, la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico —art. 46 CE—, la regulación de los usos del suelo para garantizar el derecho a la vivienda y evitar la especulación —art. 47 CE—; etc. Aunque estas consideraciones afectan al derecho de propiedad respecto de cualquier tipo de cosa, su efecto más visible y radical tiene lugar en el modo en que nuestro ordenamiento reconoce y delimita el derecho de propiedad inmueble, mediante la regulación relativa a diferentes sectores de ordenación: legislación urbanística y de ordenación del territorio, agraria, forestal, patrimonio histórico-artístico, etc.

El primer rasgo relevante es que la propiedad inmueble tan sólo reconoce a su titular las facultades de explotación agropecuaria, y el resto de contenidos son fruto de su reconocimiento expreso por medio de la legislación y de la actuación administrativa: es lo que se conoce como un régimen *estatutario*. En ese sentido, «el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estatuto, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien» (art. 8.1 del RD Legislativo 2/2008, texto refundido de la Ley del Suelo).

Pero por otra parte, nos encontramos con otra serie de limitaciones a la propiedad inmueble que puede derivar de la naturaleza específica que tenga ese bien, en cuanto que intrínsecamente sea portador de bienes o valores específicos (por ejemplo, paisajísticos, histórico-artísticos o ambientales), o porque sean colindantes a bienes que a su vez ostentan un especial valor o requieren de protección lo cual determina que se impongan limitaciones y servidumbres (carreteras, aguas interiores, costas, espacios naturales, monumentos histórico-artísticos). Estos factores pueden suponer: *a)* que se impongan a los titulares *límites* al ejercicio de las facultades dominicales: por ejemplo, prohibición de modificar la fachada o la estructura de un edificio; *b)* *cargas* que condicionan tales facultades: así, la necesidad de notificar la enajenación de los bienes histórico-artísticos y soportar eventualmente un derecho de tanteo de la Administración sobre los mismos; *c)* *limitaciones modales* en el goce de la propiedad, por ejemplo, limitando el tipo de cultivos o los pesticidas que se pueden emplear por afección a especies protegidas; y *d)* el deber de soportar *servidumbres legales*, que pueden llegar a ser de gran intensidad: así, franjas libres de construcciones, obstáculos y cultivos en las costas, en las riberas de las aguas interiores o en las márgenes de las carreteras. El modo en el que tales modulaciones y limitaciones de los derechos se establecen en nuestra legislación resulta a veces tremendamente incisivo y no está exento de polémica, debido a la intensidad de las limitaciones que pesan sobre los propietarios concretamente titulares de estas categorías de bienes o incluso de algunos de ellos, que ven asfixiadas de tal manera sus facultades de disposición que se pone en entredicho el principio de igualdad en la imposición de las cargas públicas. Para comprender la intensidad de estas limitaciones pueden verse los arts. 22 ss. de la Ley 25/1988, de carreteras; los arts. 23 ss. de la Ley 22/1988, de Costas; o los arts. 30 ss. de la Ley 42/2007, del patrimonio natural y de la biodiversidad.

Este fabuloso conglomerado de potestades públicas deriva en la dificultad de determinar hasta dónde llega la delimitación del derecho de propiedad y dónde empieza una verdadera limitación que adquiera alcance expropiatorio, pues las limitaciones de las facultades dominicales pueden ser tales que acaben por volatilizar el contenido esencial del derecho. Actualmente esa línea sólo se puede trazar utilizando un conjunto de criterios (SÁNCHEZ MORÓN):

— *Criterio formal*: la generalidad de la delimitación. Cuando se trata de una carga general aplicable a toda la población la medida es una delimitación y no adquiere carácter expropiatorio; si bien hay medidas aparentemente generales que afectan en realidad a un concreto número de ciudadanos, como por ejemplo la publicación de los enclaves privados existentes en las costas que tuvo lugar mediante la Ley 25/1988, medida que sí tiene carácter materialmente expropiatorio (STC 149/1991).

— *Criterios materiales*: con los que se valora la especial intensidad de las limitaciones, mediante diferentes argumentos. Por ejemplo, la *teoría del sacrificio especial*: es indemnizable aquella carga específica o particularmente intensa que padecen algunos propietarios, como restricciones de edificabilidad impuestas singularmente en algunos planes urbanísticos —art. 35.b) TRLS—, o como consecuencia de los límites de edificabilidad no compensables que padezcan los colindantes a las carreteras (STS 13 febrero 2003, Rec. 9.232/1998). También, la *teoría del justo equilibrio* que debe existir entre las limitaciones de las facultades dominicales derivadas del interés general y los legítimos derechos del propietario, con una valoración que ha de ser circunstancial o de caso concreto (SSTEDH 24 septiembre 1982, *Sporrong y Lönnroth*; 15 julio 2004, *Scordino*; 11 marzo 2011, *Potomska*, etc.). Por último, se debe notar que la privación de ciertas facultades dominicales (de uso y disposición), por razón de su intensidad, pueden afectar al contenido esencial del derecho y dar por consiguiente lugar a indemnización (STC 37/1987, 227/1988 y 149/1991); así, en la declaración de un espacio natural «la privación de los aprovechamientos cinegéticos agrícolas o ganaderos no constituyen una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben ser soportados por la persona desposeída sin la indemnización correspondiente, pues en otro caso se vulnerarían el art. 33 CE y los arts. 349 Cc. y 1.º de la LEF» (STS 30 abril 2009, Rec. 1.949/2005).

3.1.4. *La libertad de empresa*

La *libertad de empresa* puede definirse como una concreción de la libertad en el ámbito económico (S. MARTÍN-RETORTILLO). La simplicidad de la frase es sólo aparente. Por una parte, nos revela su naturaleza jurídica, inspirada en la noción francesa de libertad en cuanto que poder del individuo para desarrollar una actividad sin interferencias públicas (DUGUIT, BRAUD, BURDEAU, RIVERO, DUVERGER). El espectro general o abstracto de la libertad se desglosa en una serie de manifestaciones: de circulación, de pensamiento, de residencia... de emprender. Por otra parte, la libertad de empresa adquiere una doble dimensión: subjetiva o individual, en cuanto que derecho fundamental; y objetiva o institucional, en cuanto que elemento caracterizador de un determinado sistema económico, el de economía de mercado (SSTC 83/1984, 225/1993, y 135/2012); al considerar la doctrina constitucional que esta segunda dimensión es la prevalente, se destaca el carácter de garantía institucional que adquiere

la libertad de empresa (ARIÑO, TORNOS, MUÑOZ MACHADO y BAÑO, BARNÉS), aunque algunos autores también le reconocen el carácter de derecho subjetivo (ENTRENA, GARRIDO, ARROYO JIMÉNEZ).

La virtualidad de su proclamación constitucional —art. 38 CE— reside fundamentalmente, como ya se ha visto, en el reconocimiento de un núcleo o contenido esencial que resulta inmune o refractario a las injerencias del poder público, y determina además una reserva de ley para toda imposición que delimite el ejercicio de tal libertad. Ese contenido esencial es diferente del derecho de propiedad, reconocido en otro precepto constitucional distinto —art. 33 CE—, lo que lleva a la doctrina a diferenciarlos conceptualmente (S. MARTÍN-RETORTILLO, TORNOS, ROJO, BARNÉS, MALARET), pues resulta claramente separable el capital de la gestión (destaca GALGANO que ya MARX apuntó esa diferenciación). De tal manera que el ejercicio de la libertad de emprender presupone la disponibilidad de los medios económicos, pero es una noción diferenciada de la titularidad de tales medios, aun siendo evidente la proximidad de sus respectivos núcleos o contenidos esenciales, que llegan a solaparse en algún caso. Concretamente, el contenido esencial de la libertad de empresa se descompone en tres dimensiones básicas o aspectos esenciales, complementarios entre sí: i) libertad de acceso al mercado, ii) libertad de ejercicio de la empresa (que comprende la defensa de los empresarios contra las prácticas restrictivas de la competencia); iii) libertad de cesación del ejercicio de la empresa (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO; SSTC 83/1984, 88/1986, 135/1992).

Al igual que sucede con el derecho de propiedad, también la libertad de empresa está constitucionalmente condicionada por la presencia de límites extrínsecos e intrínsecos, al deberse ejercer de acuerdo con las exigencias de la economía general —art. 38 CE—, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos. La libertad de empresa no es absoluta e incondicionada, encontrándose limitada por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la Ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho SSTC 18/2011 y 135/2012); las actividades empresariales han de ejercerse con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general (SSTC 225/1993, 112/2006), sin que la libertad de empresa resulte constitucionalmente resquebrajada por las limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (SSTC 127/1994, 112/2006 y 135/2012).

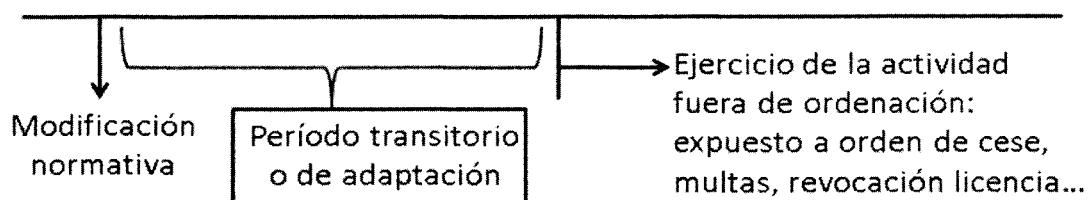
Tales bienes o principios son muy variados, dando lugar a una heterogénea *flexibilidad* de la libertad de empresa (MUÑOZ MACHADO y BAÑO LEÓN), que se encuentra modulada de distinta manera en los diferentes sectores de ordenación de acuerdo con las necesidades que en cada uno de ellos se presentan, «entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio» (STC 227/1993). Por ello, según el sector de ordenación de que se trate varían las potestades y técnicas regulatorias o de intervención administrativa. Lo que sucede es que esos bienes o principios son tantos, y su apreciación por la colectividad social en algunos sectores de ordenación resulta finalmente tan generosa, que se corre el peligro de asfixiar la libertad haciéndola inviable, llegándose a decir que la libertad de empresa es la *piel de zapa* de las libertades (BRAUD): una metáfora evocadora de BALZAC con la que se pretende evidenciar que, si se produce una progresión interminable de restricciones, limitaciones y peajes a su ejercicio, esta libertad acabará por extinguirse. Las actuales iniciativas de simplificación administrativa que apuntaremos más tarde pretenden aliviar a la libertad de

empresa de cargas superfluas o redundantes que se han ido acumulando a lo largo del tiempo por el conjunto de la regulación.

En esa línea se sitúa también la Ley de garantía de la unidad de mercado, y en especial su art. 5, en cuya virtud, las nuevas restricciones a la libertad de acceso y ejercicio de actividades económicas habrán de responder necesariamente a una de las siguientes necesidades imperiosas de interés general: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural. Doctrinalmente (REBOLLO PUIG) se ha criticado que el legislador ordinario condicione con carácter básico la delimitación de la libertad de empresa que puedan promover las CCAA por motivos diferentes a los expresados.

3.1.5. *Volatilidad normativa y deber de adaptación*

La principal característica de la regulación u ordenación económica, actualmente, es su volatilidad. Como ya se apuntó en el Tema 1, la minuciosidad y la abundancia de las normas en un mundo que atraviesa cambios continuos y velocísimos determina la inmediata obsolescencia de las disposiciones y la necesidad de modificarlas incesantemente para adaptarlas a los nuevos requerimientos. Es importante notar que tales cambios, en términos generales, obligan a los sujetos pasivos de la ordenación a adaptarse al nuevo marco normativo sin indemnización alguna. Lo habitual es que, cada vez que una norma impone nuevos requisitos, o incrementa el rigor de los existentes, establezca un plazo de adaptación para que todos los operadores del sector puedan incorporar tales cambios. Si se supera el plazo de adaptación sin que el operador la haya realizado, se ejercería la actividad *fuera de ordenación*, esto es, contraviniendo el régimen jurídico vigente y exponiéndose a las consecuencias que en cada caso se hayan previsto: orden de cese de la actividad, imposición de multas y otras sanciones, revocación definitiva del título habilitante, etc.; todo ello se expresa con el siguiente esquema:



3.1.6. *La calidad de la regulación: simplificación administrativa y procedimiento administrativo adecuado*

En la actualidad se ha puesto plenamente de manifiesto que durante años de incremento en la densidad de la regulación se ha producido correlativamente una pérdida de competitividad. España ocupa la posición 136 en el ranking mundial *Doing Busi-*

ness de facilidad para el inicio de una empresa, y las cargas administrativas suponen entre nosotros un 4,6 por 100 del PIB (unos 40.000 euros/año), en tanto que el promedio de la Unión Europea es del 3,6 por 100 (Francia está en el 3 por 100 y Dinamarca en el 2,4 por 100).

En todo el mundo se vienen promoviendo iniciativas de simplificación administrativa que reduzcan las cargas administrativas y mejoren la regulación, afinando los instrumentos de ordenación para que la intervención pública resulte lo menos gravosa posible sin postergación de los intereses públicos comprometidos en cada sector económico; dimos cuenta de ellas en el Tema 2, § 7.5. No se trata necesariamente de que haya *menos*, sino *mejor* regulación (BETANCOR). Se trata de configurar un procedimiento administrativo adecuado, que atienda los intereses públicos subyacentes con la menor restricción posible de la libertad, tal y como se expuso en el Tema 12, § 3.5.

3.2. LA PLANIFICACIÓN

La planificación es una técnica administrativa mediante la que se pretende programar y racionalizar las actuaciones que se deben desarrollar en un determinado ámbito de ordenación. Esta definición absolutamente genérica que acabamos de acuñar pretende acoger todas las diversas manifestaciones que adquiere la planificación en cuanto que instrumento jurídico, pues son muy diferentes en su naturaleza y en su grado de vinculación.

En ese sentido, tenemos en primer lugar una planificación de carácter económico general, regulada en el art. 131 CE: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». Con arreglo a la doctrina que mejor ha estudiado esta técnica (BASSOLS), se trata de un instrumento específico de ordenación económica que adquirió notable importancia en el siglo XX en los países de economía dirigida. Sin embargo, esta previsión constitucional nunca ha llegado a materializarse debido al cambio de sesgo que se produjo en el sistema económico a partir de los años ochenta del siglo pasado.

Al margen de esa inédita planificación general existe la planificación administrativa sectorial, esto es, en ámbitos o materias específicas. Aquí se manifiesta una gran diversidad en su configuración, resultando difícil erigir una categoría inequívoca en cuanto a la naturaleza jurídica de la planificación. Un posible criterio de clasificación es en función del carácter vinculante del plan, conforme al cual podemos identificar tres tipos:

— *Planes vinculantes exclusivamente para la Administración*: pretenden racionalizar la actuación de los poderes públicos aplicando diagnósticos de situación y orientando las acciones conforme a la técnica de dirección por objetivos. Su finalidad es, por tanto, *programar y articular actuaciones administrativas*. Entrañan especial importancia los relativos a obras públicas, como los planes ferroviarios, de carreteras, etc.; pero existen en todo tipo de materias, desde un ámbito genérico en el que se procede a la planificación estratégica en Administraciones especializadas (como las universidades), hasta ámbitos sectoriales como la investigación, el empleo, la modernización administrativa... A pesar de que se postule enfáticamente el carácter vinculante de estos planes para el sector público, esta afirmación representa en muchos

casos más una aspiración que una realidad, pues se carece de instrumentos coercitivos para exigir su cumplimiento, que obedece más bien a instrumentos de control político y se encuadran por tanto en un contexto de *soft-law*.

— *Planes parcialmente vinculantes para la ciudadanía*: diferentes leyes sectoriales prevén estos instrumentos de ordenación que adquieren una doble *veste*, pues en algunas de sus determinaciones también son vinculantes para el sector privado. Suelen dirigirse a *regular y racionalizar los recursos*, en materias que afectan a obras públicas pero que también implican y vinculan parcialmente al sector privado: así, el art. 4 de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, declara vinculantes los planes eléctricos en lo que se refiere a las instalaciones de transporte de energía; en materia de telecomunicaciones, son públicos y vinculantes los planes nacionales de numeración y de direccionamiento y nombres, previstos en los arts. 16 ss. de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones; los planes previstos en el art. 15 de la Ley de transportes terrestres, vinculan a los particulares por lo que se refiere a prohibiciones o restricciones del transporte en zonas determinadas; etc.

— *Planes enteramente vinculantes*: aunque reciban el calificativo de planes, y dispongan de procedimientos específicos de aprobación, este tipo de disposiciones tienen la consideración de normas en sentido estricto y por tanto vinculan con carácter general tanto al sector público como al privado, sin que los diferentes operadores puedan apartarse de sus determinaciones. Se dan principalmente en materia de ordenación del territorio y de urbanismo (planificación territorial y planeamiento urbanístico). Su finalidad principal es *ordenar el espacio físico, especificando sus usos*, tanto en lo relativo a la tipología (suelos residenciales, equipamientos, etc.), como en cuanto a la intensidad (volumetría de las parcelas). Además, también tienen carácter plenamente vinculantes otros planes sectoriales, como por ejemplo, los hidrológicos (art. 40 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por RD Legislativo 1/2001).

Un rasgo característico de la planificación es la atribución de distintas competencias a niveles territoriales diferentes, dando inevitablemente lugar al entrecruzamiento de títulos competenciales que generan graves conflictos de coordinación. Así, el Estado tiene atribuidas —art. 149.1 CE— competencias básicas en materia de protección ambiental o régimen minero, así como de obras públicas (ferrocarriles, carreteras) o aguas que afecten a más de una Comunidad Autónoma, en tanto que las CCAA son las competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo: ¿qué sucede entonces si, por ejemplo, la planificación territorial de una Comunidad Autónoma entra en colisión con la planificación en materia de obras públicas del Estado? De acuerdo con la doctrina constitucional, la concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico se dirime en primer término atendiendo al criterio de hacer prevalecer la competencia específica sobre la más genérica (STC 14/2004): este criterio supone por lo general un desplazamiento de la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio, que es genérica, respecto de otros títulos competenciales más específicos del Estado, como puertos de interés general (STC 40/1998), o defensa nacional (STC 82/2012). De no ser suficiente este criterio, el conflicto debe resolverse acudiendo a los siguientes criterios (STC 46/2007): en primer lugar, a técnicas de colaboración y concertación; si resultaran insuficientes estos cauces es preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido; y si persiste el desacuerdo, finalmente ha de tenerse en cuenta que, bajo la competencia exclusiva del Estado, subyace un interés general que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas.

3.3. LA REGULACIÓN TÉCNICA O NORMALIZACIÓN

3.3.1. *Concepto y finalidades*

En un sentido amplio, se define la normalización como el proceso destinado a elaborar unos elementos de referencia (las normas), con el fin de ordenar los diferentes comportamientos o actividades que se presentan de manera repetitiva en las relaciones sociales (V. ÁLVAREZ GARCÍA). En análogo sentido, el Derecho positivo ha definido a la normalización como «La actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto» —art. 8.5 de la Ley 21/1992, de industria; en lo sucesivo, LI—. La realización de las actividades económicas, y especialmente la puesta en el mercado de productos o servicios, se encuentra requerida de normalización o estandarización, es decir, debe regirse por unas reglas técnicas que permitan evaluar los sistemas, procesos, equipos y productos. Con ello se pueden perseguir fines diversos y complementarios:

a) *Individualizar un sistema, producto, equipo o proceso para diferenciarlo inequívocamente del resto*: por ejemplo, para elaborar y comercializar un queso *brie* hay que utilizar ingredientes determinados y seguir un proceso específico, pues de otro modo el producto resultante ya no sería concretamente esa modalidad de queso.

b) *Verificar su calidad*: una vez establecida la regla técnica pueden articularse controles que aseguren el cumplimiento de los estándares e incluso clasificar el producto o servicio dentro de una categoría; por ejemplo, las estrellas de los establecimientos turísticos.

c) *Controlar su seguridad*: la normalización técnica salvaguarda la seguridad de los procesos, equipos y productos industriales, evitando que resulten tóxicos, explosivos, contaminantes, etc.

d) *Permitir la compatibilidad o interoperabilidad de productos en el conjunto del mercado*: la estandarización técnica permite el alineamiento de los productos a fin de ser compatibles entre sí: por ejemplo, que el enchufe de un electrodoméstico encaje en la toma de corriente, que una aplicación funcione en el sistema operativo instalado en mi teléfono, que la talla de una prenda responda a medidas estandarizadas para evitar sobresaltos, etc.

3.3.2. *Clases: reglamentación técnica y normalización en sentido estricto o estandarización*

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos maneras de conferir a las reglas técnicas un valor jurídico que trasciende de lo puramente privado. En primer lugar se produce el llamado *reglamento técnico*, esto es, la especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o utilización —art. 8.4 LI—. Este tipo de regulación técnica se aprueba formalmente por los cauces institucionales de producción jurídica, como reglamentos o anexos a los mismos, adquiriendo la condición de *Derecho positivo propiamente dicho y carácter plenamente vinculante*. Así ha sucedido, por ejemplo, con el Código Alimentario Español (Decreto 2484/1967), el Código Técnico de la Edificación (RD 314/2006), o las normas técnicas de desarrollo del Esquema Nacional de Interoperabilidad (aprobadas en apli-

cación de la Disp. Adic. 1.^a RD 4/2010). La modalidad más frecuente de este tipo de disposiciones son los reglamentos de seguridad industrial, previstos en el art. 12 LI.

Otra clase o modalidad de regulación técnica, mucho más extendida en cuanto al volumen de producción jurídica, es la *normalización* en sentido estricto (tal y como la define CARRILLO) o *estandarización*. Esta vertiente de la normalización responde a un fenómeno conocido como *autorregulación*, esto es, una facultad que el poder público reconoce a organizaciones privadas para establecer las *normas técnicas*, también conocidas como *estándares*. El art. 8.3 LI define la norma como «La especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa». Por ejemplo, las normas ISO y UNE responden a esta categoría. Los estándares *no tienen carácter vinculante*, pero promueven una alineación espontánea de los operadores, que tienden a converger en el estándar en la medida que eso mejora sus expectativas de mercado. Además, la normalización técnica permite desplegar instrumentos de control de calidad, conocidos como acreditaciones o certificaciones.

Se puede decir *grosso modo* que la primera de las modalidades apuntadas se preocupa principalmente por la seguridad, y se incardina netamente entre las medidas de limitación o policía administrativa (IZQUIERDO), en tanto que la segunda se orienta más bien a la calidad y, aunque se articule mediante entidades privadas, persigue asimismo fines públicos (CARRILLO). En relación con la autorregulación, el legislador pretende alcanzar dos finalidades aparentemente contradictorias que para conciliarse requieren de un adecuado régimen jurídico (DARNACULLETA): *a*) facilitar la función de garante que tiene atribuida el Estado, mediante una intervención más extensa y más intensa en las actividades privadas; *b*) hacer efectivos los objetos propuestos con la desregulación, mediante una contención del ejercicio de la potestad reglamentaria y una disminución de los controles, preventivos o represivos, realizados directamente por la Administración.

FIGURA 2

La regulación técnica

Clase de regulación	Reglamentación técnica	Norma técnica
Carácter de la regulación	Vinculante	No vinculante
Fines de la regulación	Seguridad	Otros fines públicos: calidad, estandarización, etc.
Aprobación	Por la Administración pública, de acuerdo con un procedimiento reglamentario (general o especial)	Por las entidades de normalización (ISO, CEN, AENOR), con participación de interesados
Verificación de cumplimiento	i) Entidades de certificación, ii) Laboratorios de ensayo, iii) Laboratorios de calibración, iv) Entidades auditoras y de inspección	
	Directamente por la Administración o por las entidades indicadas arriba, que en este caso se califican específicamente como Organismos de control y requieren de una autorización administrativa	Las entidades que la realizan requieren de una acreditación, otorgada a su vez por una entidad de acreditación (por ejemplo, ENAC), compuesta paritariamente por Administración e interesados

3.3.3. *Infraestructura organizativa de la regulación técnica*

En orden a articular el sistema de calidad y seguridad industriales se erige un conglomerado de organizaciones cuyo sustrato es esencialmente privado, pero reciben reconocimiento público. Su tipología es diversa. Las más importantes son las siguientes:

Los *Organismos de normalización* tienen el cometido de desarrollar las actividades relacionadas con la elaboración de normas, y en su conformación es primordial la participación de todas las partes interesadas: productores o prestadores, consumidores y expertos. El más conocido operador internacional es la *International Organization for Standardization*, que aprueba las normas ISO, de implantación mundial. En España es AENOR quien establece las normas UNE (*Una Norma Española*). A escala comunitaria radica el Comité Europeo de Normalización (CEN), quien adopta la Norma Europea, que ha de incorporarse con carácter necesario por los organismos nacionales de normalización integrándose en el sistema interno de cada Estado.

Las *Entidades de certificación* se ocupan de establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso o servicio a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas. Es decir, que certifican que un determinado producto cumple las normas técnicas correspondientes.

Las *Entidades de control*, que se ocupan de verificar el cumplimiento de las reglamentaciones y normas técnicas por parte de concretos sistemas, procesos, equipos o productos industriales. Son de tres tipos: i) *Laboratorios de ensayo*, que disponen de los medios técnicos e instrumental precisos para evaluar los productos y equipos industriales (por ejemplo, para verificar los controles de calidad de hormigón, metales, etc.); ii) *Laboratorios de calibración industrial*, que permiten garantizar la trazabilidad y uniformidad de los resultados de medida (por ejemplo, el Instituto Nacional de Metrología, que revisa los radares de tráfico); y iii) *Entidades auditoras y de inspección*, que determinan si las actividades y los resultados relativos a la calidad (los procesos) satisfacen los requisitos previamente establecidos, y si estos requisitos se llevan a cabo efectivamente y son aptos para alcanzar los objetivos propuestos (por ejemplo, las empresas auditoras contables). En el concreto ámbito de la seguridad industrial (reglamentaciones técnicas), estas entidades se califican como *Organismos de control*, denominación que también incluye a las entidades de certificación cuando operan en este ámbito, y requieren de una autorización administrativa específica por parte de la Administración competente en materia de industria.

Las *Entidades de acreditación* tienen atribuida la función de reconocer la competencia técnica de una entidad de certificación para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o de un laboratorio de ensayo o de calibración industrial. Es decir, que estas entidades se dirigen a su vez a verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para ostentar la condición de entidad de certificación. Estas entidades —art. 17.2 LI— deberán estar constituidas y operar de forma que se garantice la imparcialidad y competencia técnica de sus intervenciones, debiendo encontrarse representados en sus órganos de gobierno, de forma equilibrada, tanto las Administraciones como las partes interesadas en el proceso de acreditación. En España la principal es la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), que tiene reconocida aptitud para reconocer competencia técnica en ámbitos muy variados: seguridad industrial, ITV, productos de construcción, equipos de telecomunicaciones, firmas electrónicas, calidad del agua, emisión de gases de efecto invernadero, etc.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- AGUDO GONZÁLEZ, J.: «La Administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado», *RAP*, n.º 197, 2015.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ALONSO MAS, M. J.: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.
- BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BERMEJO VERA, J. (dir.): *Derecho administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2008.
- «La Administración inspectora», *RAP*, n.º 147, 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., y VELASCO CABALLERO, F.: «Límites immanentes de los derechos fundamentales y reserva de ley», *REDA*, n.º 85, 1995.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CIDONCHA MARTÍNEZ, A.: *La libertad de empresa*, Civitas, Madrid, 2006.
- CIERCO SEIRA, C.: «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *RAP*, n.º 163, 2004.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (dir.): *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003.
- COSCULLUELA MONTANER, L., y LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 2011.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, 2005.
- DE LA CRUZ FERRER, J.: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.): *La ordenación de las actividades de servicios. Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *La función inspectora*, INAP-AEPDA, Madrid, 2013.
- ESTEVE PARDO, J.: *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», *RAP*, n.º 189, 2012.
- «El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 20, 2009.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre», *REDA*, n.º 163, 2014.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Del servicio público a la liberalización: desde 1950 hasta hoy», *RAP*, n.º 150, 1999.
- GAMERO CASADO, E.: «La simplificación del procedimiento administrativo: “Better Regulation”, “Better Administration”», *REDA*, n.º 160, 2013.
- (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA MACHO, R. (coord.): *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GARCÍA URETA, A.: *La potestad inspectora de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GARCÍA VITORIA, I.: *La libertad de empresa ¿un terrible derecho?*, CEC, Madrid, 2008.
- GARRIDO FALLA, F. (dir.): *El modelo económico de la Constitución española*, 2 vols., IEE, Madrid, 1981.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: «Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación», *RAP*, n.º 185, 2011.
- LINDE PANIAGUA, E.: *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, Colex, Madrid, 2012.
- LÓPEZ PELLICER, J. A.: *Lecciones de Derecho administrativo. Vol. II (1) Actividades administrativas: policía, fomento, servicios y obras públicas*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2004.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.): *Derecho administrativo económico*, 2 vols., La Ley, Madrid, 1988.
- MARTÍN MATEO, R.: *El marco público de la economía de mercado*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MONTERO PASCUAL, J. J.: *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MOREU CARBONELL, E. (ed.): *El impacto de la Directiva Bolkenstein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2010.
- MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Derecho de la regulación económica*, 9 vols., Iustel, Madrid, 2009-2013.
- NARBÓN FERNÁNDEZ, J.: «Los discutibles presupuestos económicos de la unidad de mercado», *REDA*, n.º 175, 2016.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: *La termina Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- ORTIZ DE TENA, M. C.: *La planificación hidrológica*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- PADRÓS REIG, C., y MACÍAS CASTAÑO, J. M.: «Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado», *RAP*, n.º 194, 2014.
- PALOMAR OLMEDA, A., y TEROL GÓMEZ, R. (coords.): *El nuevo marco de ejercicio de las actividades económicas*, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2014.
- PAREJO ALFONSO, L.: *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- REBOLLO PUIG, M. (dir.): *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012.
- «La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado», *REDA*, n.º 163, 2014.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 169-170, 1983.
- RUIZ OJEDA, A. (dir.): *Fundamentos de regulación y competencia*, Iustel, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: *El sistema económico de la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1992.
- SOLA TEYSSIERE, J.: «Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas», *RAP*, n.º 197, 2015.
- TARRÉS VIVES, M.: *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ÚRRUTIA LIBARONA, I.: «La configuración legal de la unidad de mercado y Estado autonómico», *REDA*, n.º 175, 2016.
- VVAA: *Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos*, Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Xunta de Galicia-AEPDA, Santiago de Compostela, 2014.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN EN LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL MERCADO

1. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: SERVICIOS PÚBLICOS, MERCADOS REGULADOS E INFRAESTRUCTURAS EN RED

1.1. LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

1.1.1. *Concepto y delimitación*

El servicio público era considerado tradicionalmente como una de las tres modalidades básicas de la actividad administrativa, concibiéndose como una actividad de carácter prestacional directamente asumida por el sector público por razones de interés general. Esa noción ha tenido que modificarse sustancialmente como consecuencia de las transformaciones del Derecho público derivadas del período que hemos calificado —*supra*, § 2.3— como etapa de liberalización económica (T. R. FERNÁNDEZ, SOUVIRÓN). El fenómeno liberalizador a escala mundial coincide por otra parte con nuestro ingreso en la Unión Europea, uno de cuyos objetivos fundacionales es la creación de un mercado interior que garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales —art. 26.2 TFUE—, un principio frontalmente incompatible con las técnicas tradicionales de publicación y monopolio características del servicio público clásico, lo cual se ha traducido en medidas encaminadas a introducir la competencia en los mercados, rompiendo el tradicional y paradigmático modelo del monopolio y obligando a un replanteamiento de toda la dogmática subyacente en la prestación de estas actividades.

Ahora bien, uno de los rasgos identificativos de las sociedades europeas es precisamente la existencia de servicios de interés general. La propia Comisión Europea —en su *Libro verde* de 2003 y en el *Libro blanco* de 2004— los ha destacado como «uno de los pilares del modelo europeo de sociedad», formando parte de los «valores compartidos» por todos los pueblos de Europa, existiendo un amplio consenso en cuanto a la «necesidad de garantizar la prestación de servicios de interés general», caracterizados por «un conjunto de elementos comunes, entre ellos, el servicio universal, la continuidad, la calidad del servicio, su carácter asequible, y la protección de los usuarios y consumidores».

En ese escenario, el art. 14 TFUE dispone: «a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin

perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios». Emerge así una nueva noción en el Derecho comunitario, la de *servicios de interés económico general*, más amplia que la del servicio público en su sentido clásico y también más neutral —desprovista de carga ideológica—, y bascula desde una perspectiva o *criterio subjetivo* (la titularidad pública que es consustancial al concepto de servicio público clásico o en sentido estricto), a un criterio funcional, relativo a la presencia en esa actividad de intereses públicos que determinan la necesidad de intervención pública a fin de garantizar su prestación continuada y universal, manteniendo en lo posible técnicas de estímulo de la competencia, que sólo pueden excepcionarse en la medida que resulten incompatibles con la misión que tales servicios desempeñan (CABALLERO, DÍEZ-PICAZO).

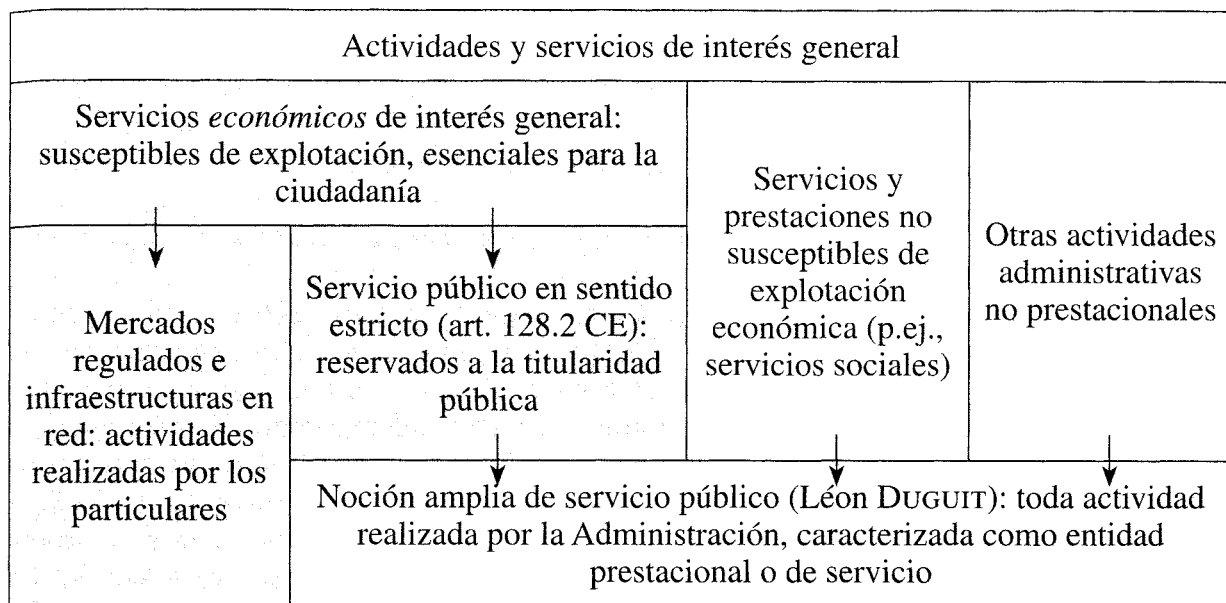
La versatilidad del concepto permite articularlo mediante fórmulas muy variadas en función de las características intrínsecas de la actividad de que se trate, que exigirá la activación de potestades y técnicas de regulación más o menos invasivas según las circunstancias. En unos casos, será imprescindible que la Administración asuma la titularidad del servicio y lo preste en régimen de monopolio, de acuerdo con la noción clásica de *servicio público*, tal y como viene sucediendo, por ejemplo, en el transporte regular de viajeros por carretera; en otros casos, como el servicio postal, la titularidad del servicio será privada, pero se establecerá sobre los operadores concretas obligaciones de servicio público, dando lugar a lo que se conoce como *mercados regulados*; y por último, en ámbitos sectoriales en los que la prestación del servicio exige la construcción de *infraestructuras en red* (ferrocarriles, suministros energéticos, telecomunicaciones, etc.), se acuñan técnicas específicas que permiten la entrada en el mercado de diferentes operadores a pesar de que la infraestructura sea compartida por todos ellos.

Esta escala en la intensidad de la intervención pública representa una manifestación específica del principio de proporcionalidad en materia de regulación económica: en cada caso se opta por la solución menos invasiva de la libertad (de la libre competencia), en función de las circunstancias específicas que se presenten en la concreta actividad objeto de regulación. Su concreta articulación queda a criterio de cada Estado miembro, pero en el marco de las disposiciones comunitarias que condicionen el modelo aplicable en sectores específicos; en particular, es evidente el progresivo desmantelamiento de los servicios públicos clásicos prestados mediante monopolios, y la preferencia por otras fórmulas que permiten la apertura del mercado a la competencia.

En este punto conviene apuntar una precisión terminológica, toda vez que existe un concepto amplio de servicio público acuñado por Leon DUGUIT —fundador de la Escuela del servicio público—, y que no es objeto de este Tema. Con él se hace referencia a toda actividad de prestación ofrecida por el poder público; esta concepción todavía impregna algunas normas, como el art. 106.2 CE, tal y como se explicó en el lugar adecuado —Tema 21—. Por otra parte, al ser el carácter económico un rasgo consustancial a los servicios económicos de interés general, se excluye de esta noción la prestación de servicios de interés general que no sean susceptibles de explotación o contraprestación económica, esto es, los llamados convencionalmente *servicios sociales*, que constituyen una concreta expresión de la noción amplia de servicio público y no son objeto de estudio en este Tema.

En definitiva, la confusa concurrencia de términos aparentemente próximos pero con cargas semánticas distintas puede esclarecerse con la siguiente tabla (en este Tema estudiamos las partes sombreadas en gris):

FIGURA 1



1.1.2. Características y principios de los servicios económicos de interés general

Los rasgos característicos de los servicios económicos de interés general son los siguientes (LAGUNA DE PAZ, DÍEZ-PICAZO, SÁNCHEZ MORÓN; *Libro verde comunitario*):

a) Son de *naturaleza económica*, y por consiguiente, susceptibles de explotación comercial.

b) Son *actividades prestacionales*, que no suponen el ejercicio de potestades públicas.

c) Tienen un *carácter esencial*, no pueden faltar al conjunto de los ciudadanos, por lo que es preciso asegurar su prestación cuando el mercado no lo haga por sí solo. Asociada a esta característica se encuentran otras:

a. El *principio de universalidad*, debiéndose articular soluciones que permitan el acceso al servicio de toda la ciudadanía: p. ej., entrega de servicios postales en localidades alejadas, o acceso al bucle local en redes de telefonía.

b. Conectado con el anterior se encuentra el *principio de igualdad entre usuarios*, sin que pueda producirse discriminación en el acceso.

c. Asimismo guarda conexión con los principios anteriores el *principio de asequibilidad*, de manera que el coste del servicio no resulte excesivo e imposibilite el acceso universal, lo cual no significa que deba tener necesariamente carácter gratuito. Esto se consigue mediante potestades específicas, como el poder tarifario o la predeterminación y el control de los precios; pero también, cuando resulte necesario, mediante subvenciones públicas.

d. Se debe garantizar la *continuidad de su prestación*, a cuyo fin la Administración puede disponer de potestades de intervención y control, y se limita el ejercicio del derecho de huelga mediante el establecimiento de servicios mínimos cuando se trate de servicios esenciales —art. 28.2 CE—.

d) Para el adecuado cumplimiento de los principios anteriores se impone a los operadores *obligaciones de servicio público y universal*, nociones de sentido amplio

—los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido, según el TFUE— que se concretan en cada caso según la naturaleza de la actividad y sus circunstancias específicas.

1.2. MERCADOS REGULADOS E INFRAESTRUCTURAS EN RED

1.2.1. *Elementos estructurales: reguladores, operadores e infraestructuras en red*

La ordenación jurídica de los mercados regulados y las infraestructuras en red se asienta sobre unos elementos estructurales que derivan del Derecho comunitario.

El primero de ellos es la *presencia de un regulador*, esto es, una autoridad que asume relevantes funciones de supervisión y control del mercado. El *principio de separación entre reguladores y operadores* fue alumbrado por la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE 19 marzo 1991, *República francesa c. Comisión*, C-202/88; y 17 noviembre 1992, *Reino de España c. Comisión*, C-271/90) y actualmente se refleja también en las directivas dictadas en los diferentes sectores de ordenación. El hecho de que la Administración disponga de empresas y entidades propias que operan en los mercados regulados junto a las empresas privadas puede dar lugar a colusión y a conflictos de intereses dictándose medidas que favorezcan a las empresas públicas en detrimento de la libre competencia del mercado. Para evitarlo, se impone una separación entre el *regulador*, es decir, la autoridad pública que desempeña las funciones de supervisión, control y garantía en el funcionamiento del mercado, y los *operadores*, esto es, las empresas que prestan materialmente el servicio, aunque sean públicas.

En España esto condujo a la creación de una serie de *administraciones independientes* —Tema 6, § 1.2.1—, estructuradas por sectores de regulación, que ejercían la función reguladora con independencia funcional: Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc., que se regulaban en las leyes específicas de cada sector y recibieron un régimen marco mediante la Ley 2/2011, de economía sostenible —arts. 8 ss.—. Actualmente se han unificado todas las funciones regulatorias en un solo organismo regulador: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), creada por la Ley 3/2013, asumiendo funciones de regulador del mercado de las comunicaciones electrónicas, del sector energético (electricidad y gas natural), del mercado postal, del mercado de comunicación audiovisual, de tarifas aeroportuarias y del sector ferroviario, por lo que ha merecido el calificativo oficioso de *regulador único* y, más coloquialmente, *superregulador*. El nuevo ente asume asimismo las funciones de defensa de la competencia que analizaremos más tarde —§ 5.6—. Esta opción organizativa resulta discutible por la extraordinaria variedad de funciones que asume la CNMC, así como por el decisivo peso que este ente adquiere entre las estructuras públicas de poder; pero sólo la experiencia que aporte su funcionamiento nos ofrecerá datos objetivos para enjuiciar su labor. Además de la función general de supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos, la CNMC —art. 5 LCNMC— asume relevantes funciones específicas en sectores concretos: la fijación de metodología para cálculo de precios, tarifas, cánones y peajes; la determinación o supervisión de las condiciones de interconexión a las redes; velar por el cumplimiento de las obligaciones de los operadores; supervisar la separación de funciones de cada actor (transportistas, distribuidores, titulares de las redes, gestores de las mismas...); supervisar las inversiones que permitan mantener las capacidades requeridas por el servicio; y un largo etcétera.

El otro elemento se presenta en los mercados relativos a *servicios que se prestan mediante infraestructuras en red*, como el ferroviario, el suministro de gas y electricidad, o los servicios portuarios y aeroportuarios, presentan la particularidad en la configuración del servicio hace necesario optimizar las infraestructuras de soporte, que se convierten en *cuellos de botella* o conductos de paso obligado (CABALLERO). Si cada prestador hubiera de tender su propia red, los costes de prestación del servicio se dispararían, incrementándose correlativa y absurdamente los precios y tarifas que recaen sobre los usuarios. Resulta preciso articular soluciones que permitan a todos los operadores utilizar la misma red de infraestructuras reduciendo los costes de prestación.

El medio más fácil de lograrlo es separando en entes distintos la titularidad de la infraestructura y la prestación de los servicios correspondientes, como ha sucedido, por ejemplo, con el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (Adif), o con AENA, de tal manera que los operadores utilizan una red compartida y gestionada por un tercero. Cuando esto no resulte posible, porque la titularidad de la red pertenece a uno de los operadores (quien, p. ej., la venía explotando en un régimen de monopolio posteriormente abierto a la competencia, como sucedió con la red de telefonía fija y la empresa *Telefónica*), se articulan soluciones para permitir que ese *operador dominante* abra la red al resto de *operadores competidores*, a quienes se les reconocen derechos de interconexión e interoperabilidad en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. En compensación, se establecen peajes y cánones adecuados, cuyos criterios de determinación se confían al regulador (CNMC); por ejemplo, en materia de suministro eléctrico —art. 6.1.a) LCNMC—, le corresponde establecer «La metodología para el cálculo de la parte de los peajes de acceso a las redes de electricidad correspondientes a los costes de transporte y distribución». Otro escenario diferente es la interconexión de las redes de diferentes operadores (p. ej., cuando la situación de monopolio tenía demarcaciones territoriales distintas, como sucedía con la electricidad), que se resuelve mediante la determinación de las condiciones de interconexión o interoperabilidad (bajo el paraguas del regulador), y el establecimiento de los correspondientes peajes y cánones por el uso de las redes.

1.2.2. *Las obligaciones de servicio público y servicio universal y sus compensaciones*

El principal propósito subyacente en los servicios económicos de interés general, como ya se apuntó, es la salvaguardia de ciertos principios que les son inmanentes, como consecuencia de la esencialidad que tales servicios representan. A fin de darles cumplida satisfacción se imponen a los operadores una serie de obligaciones, que se ven por otra parte correspondidas con medidas compensatorias.

Las obligaciones de servicio público constituyen una garantía pública frente a los fallos del mercado, configurándose como prestaciones forzosas encuadradas en poderes de ordenación y no entre las técnicas del servicio público en sentido estricto (LAGUNA DE PAZ), que se imponen a empresas concretas y se encuentran cubiertas por el principio de indemnidad patrimonial. Aunque se pueda ofrecer inicialmente su aceptación voluntaria, caso de no asumirse espontáneamente por algún operador se acaban imponiendo con carácter forzoso. Entre las obligaciones de servicio público que pueden recaer sobre los operadores se encuentran las siguientes: creación y mantenimiento de infraestructuras; prestaciones gratuitas, como las llamadas de emergencia a los operadores de telefonía; seguridad y continuidad de la prestación o del suministro, garantías de acceso para personas desfavorecidas, etc.

Presenta un interés específico la potestad de fijación y control de los precios que se cobran a los usuarios. En este sentido, existe un *poder tarifario* de la Administración que se desglosa en dos manifestaciones (TORNOS): a) la *tarifa*, que opera en el ámbito específico del servicio público en sentido estricto (que se estudia en el apartado siguiente), y que cobran los prestatarios a los usuarios; y los *precios regulados*, que se dan en los mercados regulados y a su vez son de dos clases: i) los que cobran los operadores a los usuarios; y ii) los que pagan los operadores como costes de conexión a las infraestructuras en red. En todo caso, el propósito del poder tarifario es preservar las condiciones de asequibilidad del servicio.

Con todo, las obligaciones más importantes son las relacionadas con el *servicio universal*, que se orientan a garantizar el acceso de todos los usuarios al servicio en condiciones de igualdad, que toma especialmente en consideración las barreras geográficas. La universalidad es difícil (y costosa) de satisfacer cuando se trata de prestar servicios en localidades recónditas o de orografía difícil. Por esta razón se pueden imponer obligaciones como las entregas postales a precios uniformes para todos los usuarios con independencia de las localidades de entrega y destino —arts.23 y 24 de la Ley 43/2010, del servicio postal universal—; la cobertura de los servicios de telecomunicación en todas las zonas geográficas —art. 22 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones—; etc.

El cumplimiento de las obligaciones de servicio público puede poner en riesgo el *principio de indemnidad del prestatario*, al suponer un sacrificio singular o especial, lo que le confiere el derecho a compensación. Existen diferentes soluciones para salvar la situación. En primer lugar, mediante subvenciones públicas, que en este caso se encuentran admitidas por el Derecho comunitario (STJUE 21 diciembre 2011, *Enel Produzione*, C-242/10), como excepción a la regla general que proscribe las ayudas de Estado en las actividades económicas —véase Tema 30, § 6—. En algunos mercados regulados también cabe que se articulen fórmulas compensatorias entre operadores, bajo supervisión del regulador; o que se asignen derechos exclusivos al operador encargado de tales obligaciones.

1.3. EL SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO ESTRICTO: LA RESERVA DE ACTIVIDADES

1.3.1. *Concepto y características del servicio público en sentido estricto*

La noción estricta del servicio público se acoge expresamente por el art. 128.2 CE en los siguientes términos: «Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». Puede definirse como una actividad económica que se excluye del libre mercado, asumiendo su titularidad la Administración pública en virtud de una norma con rango de ley, y cuyo ejercicio se sujeta a poderes de disposición y control para garantizar su adecuada prestación.

Por lo que se refiere al *régimen jurídico-positivo* de esta materia, no existe una ley general de los servicios públicos. Su regulación tiene lugar mediante dos tipos de normas. Por un lado, la legislación relativa a los contratos del sector público —art. 8 LCSP— regula el llamado *contrato de gestión de servicio público* —véase Tema 27—, que es el que suscribe la Administración con los particulares que asumen su prestación bajo condiciones y control público: por ejemplo, los concesionarios de líneas de transporte de pasajeros por carretera; en la legislación de contratos públicos se contienen las características generales de esta categoría y las potestades administrativas

específicas que la configuran. Por otro lado, tenemos las leyes específicas que regulan cada servicio público, que establecen las particularidades propias del mismo y las concretas exigencias que pesan sobre los prestatarios.

Las características específicas del servicio público en sentido estricto son las siguientes:

1.^a) *Reserva de ley.* La Constitución establece una reserva formal de ley para que una actividad pueda ser declarada de servicio público. Esta reserva se ve satisfecha generalmente mediante la concreta ley sectorial que regule la actividad declarada de servicio público: así, los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración —art. 69 de la Ley 16/1987, de transportes terrestres—; también tiene esta calificación el servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado —art. 2 de la Ley 17/2006, de la radio y la televisión de titularidad estatal—; y reviste especial interés la legislación del régimen local, que declara de titularidad municipal los siguientes servicios públicos locales —art. 86.3 LRBRL—: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros. El Estado y las CCAA, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

2.^a) *Titularidad pública.* Al calificarse como servicio público mediante una ley, la Administración deviene su titular, su *propietaria*; es decir, que dicho servicio público *pertenece* a la Administración, quien ejerce sobre el mismo un pleno dominio y disponibilidad. La declaración de una actividad como servicio público la extrae del sector privado, enclavándola en el público. Ello la distingue del resto de actividades económicas, en que la iniciativa privada es libre y la Administración no cuenta con titularidad dominical alguna, sino sólo con poderes de policía administrativa, dirigidos a verificar que el ejercicio del derecho de los particulares a ejercer esa actividad se corresponde con la legalidad vigente. Esta reserva es excepción la regla general del libre mercado, y sólo se justifica cuando resulte imprescindible porque la prestación no quede asegurada con el juego espontáneo de la libre empresa (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, CARLÓN).

1.3.2. *Modos de prestación: directa e indirecta*

El hecho de que la titularidad del servicio sea de la Administración no significa que lo tenga que prestar el servicio por sí misma —*prestación directa*—, pues existen diversos modos de prestación de los servicios públicos que pueden implicar a la iniciativa privada —*prestación indirecta*—, debido, precisamente, al carácter económico que tienen estas actividades.

En cuanto a las *formas de prestación directa*, puede tener lugar con diferentes modalidades de organización:

1) *Gestión por la propia Administración titular del servicio:* en este modo de gestión no existe especialización funcional, es la propia Administración quien lo gestiona por sí misma, sin diferenciación funcional. Es la forma habitual de prestación del servicio de alumbrado público.

2) *Gestión por un ente instrumental:* mediante la técnica de la descentralización funcional o por servicios puede constituirse una persona jurídica que tenga precisamente como objeto institucional la prestación de un servicio público. En este sentido,

caben todas las formas de personificación, tanto de naturaleza pública (organismo autónomo, entidad pública empresarial, agencia), como privada (sociedad mercantil, fundación). En particular, en el régimen local existe un largo acervo de personificaciones instrumentales, que perdura en el tiempo dado el amplio espectro de servicios públicos que los municipios se encuentran obligados a prestar: alcantarillado, alumbrado público, abastecimiento de agua potable, recogida de residuos, pavimentación de las vías públicas, etc. —art. 26.1.a) LRBRL—, cuyas formas de prestación disponen de una regulación específica —arts. 95 ss. TRRL—. Así, son frecuentes las *sociedades anónimas municipales*, por ejemplo para la prestación de los servicios de transporte urbano, o de suministro de aguas. También abundan entidades de carácter asociativo, mediante las que diferentes entidades locales se integran y ponen medios en común para prestar los servicios de manera más eficiente: así, las *mancomunidades de municipios* —art. 109 TRRL—, que han proliferado especialmente en materia de residuos urbanos y suministro de agua; y los *consorcios locales* —art. 110 TRRL—, que son entidades integradas por las entidades locales con otras Administraciones o con entidades privadas sin ánimo de lucro.

En cuanto a la *prestación indirecta*, se articula mediante fórmulas de carácter contractual que dan entrada a la gestión del servicio público por empresas o entidades privadas mediante la suscripción de un contrato de gestión de servicio público —véase Tema 27—, y que puede presentar las siguientes modalidades —art. 277 LCSP—:

a) *Concesión*, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Es la manera habitual de restar el servicio público de transporte regular de viajeros por carretera.

b) *Gestión interesada*, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Castellón presta bajo esta modalidad el servicio público de transporte urbano.

c) *Concierto* con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Es muy frecuente en materia sanitaria y educativa: los centros concertados reciben usuarios públicos en el marco de las cláusulas contractuales que se hayan establecido.

d) *Sociedad de economía mixta* en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Así, el Ayuntamiento de Zaragoza presta el servicio de tratamiento de aguas residuales mediante la empresa *Ecociudad Zaragoza, S.A.*, que responde a esta modalidad de gestión.

1.3.3. Régimen jurídico de la gestión indirecta

Las características más relevantes en el régimen jurídico de la gestión indirecta son las siguientes:

1.º) *La Administración sigue siendo titular del servicio*, lo que se privatiza es su gestión. Es además frecuente que la Administración entregue al particular ciertos bienes para la prestación del servicio, bienes que no pierden su condición de públicos y que se encuentran afectos al desempeño del servicio para el que fueron entregados, de manera que el contratista no podrá negociar con ellos, debiendo reintegrarlos a la resolución del contrato.

2.º) La gestión indirecta *tiene una duración máxima* —un término—, sin que pueda tener carácter indefinido. Este plazo oscila entre diez y sesenta años —art. 278 LCSP— según el objeto del contrato (servicios sanitarios, contratos que incluyen la ejecución de obras por cuenta del contratista, etc.). En cada contrato se establecerá el plazo máximo específico correspondiente, y en defecto de uno expreso, rige el general que señala la propia Ley. Cuando cumple el período de la gestión indirecta se produce lo que técnicamente se denomina *reversión del servicio* —art. 283 LCSP—: en este punto el prestatario debe reintegrar las obras e instalaciones a que esté obligado —p. ej., la estación o terminal desde la que se prestase el servicio de transporte de viajeros—, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. En cualquier caso, la Administración puede acordar la terminación anticipada de la gestión indirecta, a cuyo efecto dispone de dos técnicas distintas: la supresión y el rescate del servicio —art. 286 b) y c) LCSP—; en ambos casos se indemnizará al prestatario tanto por el daño emergente como por el lucro cesante derivados de la resolución del contrato. *La supresión* consiste en la liberalización del servicio, es decir, su retorno a la esfera privada, mediante una norma con rango de ley que derogue a la que declara el servicio como público; así, el RDL 7/1996 liberalizó los servicios mortuorios, que hasta entonces eran competencia de las corporaciones locales. *El rescate* supone que, por razones de interés público, la Administración decide resolver el contrato y gestionar el servicio directamente.

3.º) El servicio público se encuentra sometido a un *poder constante de dirección y supervisión por parte de la Administración*. Es un poder genérico que encuentra fundamento en la titularidad pública del servicio, y se dirige a garantizar su prestación en condiciones de continuidad y regularidad, articulándose mediante las siguientes técnicas:

— *Ius variandi* —art. 282 LCSP—: la Administración puede alterar las condiciones de prestación del servicio, ampliando las obligaciones del contratista: mayor número de líneas o unidades de transporte, tarifas del servicio, etc. El ejercicio del *ius variandi* comporta la necesidad de indemnizar al contratista y compensar las condiciones económicas del contrato, en orden a mantener su equilibrio financiero.

— *Poderes de policía* —art. 279.2 LCSP—: Se dirigen a garantizar la buena marcha del servicio. La Administración encomienda la prestación a la iniciativa privada, pero no se desentiende del servicio, debiendo preservar su continuidad y regularidad, conservando los poderes de policía necesarios para asegurar su buena marcha. A tal efecto puede adoptar diversas determinaciones, como dirigir al prestatario *órdenes individuales*, de obligado cumplimiento, y exigibles en vía ejecutiva, para garantizar la prestación del servicio público (restablecimiento de una línea suprimida, etc.); y acordar el *secuestro del servicio*, esto es, una medida de intervención de empresas —véase *infra*, § 5.6— que permite a la Administración asumir temporalmente la gestión y prestación del servicio con los medios pertenecientes a la empresa si del incumplimiento de sus condiciones derivase una perturbación grave, debiendo indemnizar a la Administración por los gastos que le genere la adopción de esta medida —art. 285 LCSP; art. 127 RSCL—.

4.º) El prestatario del encuadran en una *situación de especial sujeción* —Tema 11, § 1.3—, regida por el Derecho administrativo; es decir, una relación jurídica de carácter estatutario en que la Administración goza de poderes más intensos de ordenación, fiscalización y tutela, situándose en una posición de supremacía, tanto frente al concesionario, como frente a los usuarios del servicio público. En el contexto de esa relación los prestatarios ostentan derechos y deberes —arts. 279 ss. LCSP—:

— Por lo que se refiere a los *derechos*, podemos citar: a) *Derecho al cobro de las tarifas*, que girará directamente a los usuarios; b) *Derecho a las prestaciones económicas derivadas del contrato*, como la entrega de determinados bienes en orden a la prestación del servicio; c) *Derecho al equilibrio financiero del contrato*, debiendo revisarse las condiciones del contrato, y en especial las tarifas del servicio, de variar las circunstancias económicas por hechos ajenos al contratista.

— En cuanto a los *deberes* del prestatario, son los siguientes: a) *Organizar el servicio*, ejecutando las obras necesarias para su puesta en funcionamiento y dotándolo de la infraestructura precisa para la prestación; b) *Prestar el servicio* con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo; c) *Cuidar del buen orden del servicio*, pudiendo dictar instrucciones a los usuarios (p. ej., prohibiciones de conductas), sin perjuicio del poder de policía de la Administración; y d) *Indemnizar los daños que se causen con la prestación* (p. ej., accidentes de tráfico, explosión de un conducto de gas); la Administración sólo resulta responsable cuando el daño se haya producido por causas imputables a ella misma.

5.º) *Los usuarios* de los servicios públicos se encuadran asimismo en una relación de carácter estatutario, en la que gozan igualmente de derechos y se encuentran vinculados por deberes. Además de los derechos que derivan de todos los servicios económicos de interés general (en particular, el derecho de acceso al servicio en condiciones de igualdad y no discriminación), tienen asimismo derecho a formular quejas y reclamaciones y, en algunos casos, a participar en la gestión o el control del servicio. Pero más significativos son en este caso los deberes, estando obligados a colaborar en la buena marcha del servicio, a cuyo efecto la Administración conserva los poderes necesarios de policía —art. 279.2 LCSP—, que a su vez puede encomendar al prestatario; por ejemplo, la expulsión del servicio o el ejercicio de un poder disciplinario (multas y otras sanciones) por incumplimiento de los deberes de los usuarios (pago del billete, infracción de normas de urbanidad...).

6.º) *Sujeción de los conflictos a la jurisdicción contencioso-administrativa*. La vía contencioso-administrativa es la indicada para resolver todos los litigios que se presenten en estas relaciones triangulares del servicio público: entre el contratista y la Administración; o entre el contratista y los usuarios. En este último caso la jurisdicción contenciosa es la el competente para conocer de las pretensiones relacionadas con el acceso al servicio (denegación de acceso o expulsión del mismo), el ejercicio del poder tarifario (cobros indebidos), o las manifestaciones del poder de policía ejercido por el prestatario; cuestiones que, a pesar de encuadrarse en relaciones horizontales entre particulares, no corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden civil, sino al contencioso-administrativo, debido a la naturaleza jurídica subyacente a dicha relación.

2. POTESTADES E INSTRUMENTOS DE GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN

2.1. LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN Y LA POLICÍA ADMINISTRATIVA

2.1.1. *Policía administrativa y policía de seguridad*

La noción de *policía* aparece en España mediante la Real Cédula de Fernando VII de 1824, por la que se crea la Policía General del Reino, tratándose de una noción amplia en la que se engloban ámbitos materiales distintos:

— La *policía de seguridad* en sentido estricto, esto es, los cuerpos y fuerzas de seguridad. Surgen en el siglo XIX y representan un curioso ejemplo de asimilación entre el sujeto y la función, puesto que se trata de cuerpos armados de funcionarios creados para desarrollar la labor de policía, un término que acaba designando al propio cuerpo. La Superintendencia de la Policía General termina convirtiéndose en lo que hoy es el Cuerpo Nacional de Policía. Y en 1844 se creó la Guardia Civil. Esta concreta función se conoce hoy convencionalmente como mantenimiento del orden público, y su norma de cabecera es la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. Sólo País Vasco (Ertzaintza) y Cataluña (Mossos d'Esquadra) disponen actualmente de cuerpos propios de policía de seguridad. Las policías locales, aunque desarrollen tareas coadyuvantes en esta materia, no forman parte de la policía de seguridad en el sentido estricto que tratamos aquí, sino las que se describen a continuación.

— La *policía administrativa* en general, con la que clásicamente se designa el conjunto de potestades que despliega la Administración para controlar las actividades de la ciudadanía, a fin de evitar que su ejercicio deriven perjuicios de cualquier orden sobre la salud, la seguridad, etc. Es lo que posteriormente se vino conociendo como actividad administrativa de *ordenación y control*, y actualmente se viene calificando como *regulación*; unas nociones sobre las que abundaremos más tarde. Para redondear el concepto sólo conviene apuntar que con él nos referimos, por una parte, a los requisitos que se imponen para el ejercicio de una actividad (licencias o autorizaciones, inscripciones en registros, auditorías, controles e inspecciones...); pero también, a la organización que verifica su cumplimiento, y que en ocasiones dispone de cuerpos específicos de funcionarios, como es el caso de las policías locales o de los inspectores (en materia de sanidad, educación, etc.).

Como se apuntó al inicio de este tema, en la actualidad la noción de regulación está desplazando el término de policía, aunque este último siga utilizándose con asiduidad. Donde más oportuno resulta su empleo es en el escenario que iniciamos ahora: en cuanto que potestades de garantía del cumplimiento de las normas, que abarcan un espectro muy variado de medidas. De hecho, en este contexto el término regulación resulta todavía poco extendido. En lo sucesivo los utilizaremos indistintamente, en el bien entendido de que hemos aclarado su correspondiente carga semántica.

2.1.2. *Clasificación de las potestades y medidas de garantía de cumplimiento*

La actividad regulatoria tiene una vertiente de ordenación jurídica que se caracteriza por someter las actividades de la ciudadanía a determinados requisitos y exigencias a través de disposiciones normativas de rango adecuado, cuyas variedades hemos estudiado más arriba, en cuanto que potestades e instrumentos de carácter normativo. Pero todo sistema jurídico, para resultar efectivo, exige instrumentos de verificación de su cumplimiento, y que las eventuales infracciones se vean correspondidas con una *sanción*, entendida en sentido amplio como instrumento para verificar y asegurar el cumplimiento de las normas, adoptando las medidas necesarias, pues uno de los problemas que recurrentemente aquejan al ordenamiento administrativo es el de su incumplimiento (FERNÁNDEZ RAMOS). En este apartado nos ocupamos de las potestades de intervención y control orientadas a garantizar el cumplimiento de ese compuesto normativo, dejando para otro Tema el ejercicio de la potestad sancionadora en sentido estricto. El panel de medidas es amplísimo y conviene apuntar algunas clasificaciones que lo articulen, tanto conceptual como dogmáticamente.

El primer criterio de clasificación toma en consideración la *naturaleza jurídica de la actividad*, y sus términos se corresponden con los epígrafes principales mediante los que se estructura este apartado: la exigencia de títulos habilitantes y cargas administrativas, la potestad inspectora, la orden o requerimiento de cumplimiento, etc. Se trata de figuras que difieren en sus fundamentos y en su configuración jurídica, que por ello resulta preciso estudiar separadamente.

El segundo criterio es de *carácter temporal*, y permite distinguir entre controles y garantías de cumplimiento *ex ante*, que son los que se despliegan previamente al inicio del ejercicio de la actividad por parte de los particulares, por lo que adquieren un carácter preventivo, pues sólo permiten iniciar la actividad una vez que tales exigencias se vean debidamente satisfechas; y controles *a posteriori* o *ex post*, que tienen lugar una vez iniciada la actividad, y presentan más bien un carácter confirmatorio o verificadorio del cumplimiento de sus condiciones de ejercicio. Algunos de los instrumentos de control tienen inequívocamente carácter *ex ante*, como las autorizaciones o licencias, las inscripciones en registros o las colegiaciones obligatorias. Otros instrumentos son claramente *ex post*, como las inspecciones y las auditorías, que tienen lugar una vez iniciada la actividad para verificar las condiciones en que se viene realizando. Y otros instrumentos de control, por último, pueden articularse en cualquiera de estos momentos temporales, según las circunstancias: evaluaciones, acreditaciones, etc. Los controles *ex post* son menos restrictivos, afectan en menor grado a los derechos y libertades de la ciudadanía, y por ello son los preferidos actualmente con arreglo a las tendencias de la simplificación administrativa, particularmente elocuentes en el Derecho comunitario europeo, que incluso limita en algunos casos la imposición de controles *ex ante* para agilizar y facilitar la realización de actividades económicas, como sucede con las actividades de servicios (directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior), en los que se promueve claramente el control *a posteriori* (LÓPEZ MENUDO).

2.1.3. *Externalización, autorregulación y ejercicio privado de funciones públicas en materia de control regulatorio*

Un aspecto extraordinariamente controvertido en el régimen de controles y garantías de cumplimiento de la regulación es su *externalización*, esto es, su transferencia al sector privado; un asunto que conecta más ampliamente con el ejercicio privado de funciones públicas que se estudió en su lugar oportuno —Tema 11, § 4—, pero que adquiere aquí particularidades específicas: por la dimensión que ha adquirido el fenómeno, y por lo delicado de las funciones externalizadas.

Se trata, como ya se ha dicho, de potestades de control. Por ejemplo, inspecciones técnicas, evaluaciones, auditorías, certificaciones... La principal objeción que entraña confiarlas a los particulares es que suponen el ejercicio de funciones de autoridad, y en línea de principio, tales funciones se encuentran reservadas a los empleados públicos que concretamente ostenten la condición de funcionarios —art. 9.2 EBEP; véase Tema 10, § 2.2.2—. Las objeciones doctrinales a este orden de cosas son abundantes y contundentes (CANALS, FERNÁNDEZ RAMOS, NOGUEIRA, CARRILLO, IZQUIERDO), si bien subyace en la aproximación a este asunto una cierta resignación, derivada de la insuficiencia de medios de que adolece la Administración para prestar por sí misma muchas de estas actividades, al carecer de personal cualificado y de los instrumentales técnicos necesarios. La principal objeción se presenta entonces cuando se externaliza una función para la que se cuenta con suficiencia de medios en el seno de la propia Administración.

Por el contrario, la externalización se antoja inevitable cuando la Administración carece de los medios, a pesar de que la actividad se encuentre formalmente reservada al sector público. Ante la irreversibilidad de este fenómeno que tan profundamente ha impregnado ideológica y operativamente la actuación de todos los actores (las instituciones comunitarias, los Estados miembros y los propios mercados), se han postulado soluciones que permitan resolver la situación. Por ejemplo, exigir que la externalización se articule necesariamente mediante una norma con rango de ley (Canals). O también, la necesidad de extender el Derecho público a esas relaciones entre particulares que se encuentran presididas por el ejercicio de funciones públicas, restableciendo así las garantías que son propias en el ejercicio de este tipo de actividad (ESTEVE, CANALS).

2.2. TÍTULOS HABILITANTES Y CARGAS ADMINISTRATIVAS PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PRIVADAS

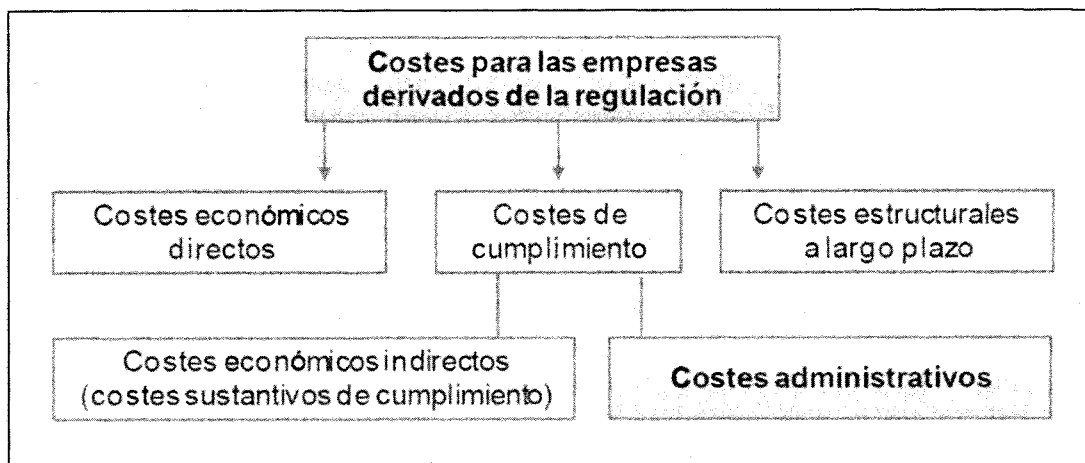
2.2.1. *Nociones de título habilitante y carga administrativa*

Con estas nociones se describen dos tipos de requisitos o exigencias que se imponen a los particulares como instrumentos para verificación y control de las determinaciones contenidas en la regulación.

El concepto de *título habilitante* es de uso relativamente reciente, pero resulta muy expresivo del tipo de técnicas que pretendemos describir. Ha sido definido como el expediente técnico en cuya virtud se procede a invertir una prohibición relativa que pesa sobre el ejercicio de un derecho (ARROYO JIMÉNEZ): teniendo presente que una prohibición relativa es la que ha sido adoptada por la regulación con reserva de alzamiento en el caso concreto, el título habilitante sería el instrumento mediante el cual se levanta la prohibición pudiendo desde luego ejercerse el derecho. Encajan en este concepto las autorizaciones administrativas, las comunicaciones previas, las inscripciones en registros públicos, la obtención de títulos en profesiones tituladas, etc.

En cuanto a la noción de carga, no se emplea aquí en el sentido técnico jurídico de situación pasiva del ciudadano —Tema 11, § 1.2.2—, sino en su acepción específica de *carga administrativa*, que puede definirse con arreglo a la *Guía metodológica para la realización de la memoria de impacto normativo* del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (que incorpora el concepto consensuado a nivel europeo): «Se consideran cargas administrativas aquellas actividades de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa. Dentro de esta definición se entienden incluidas aquellas actividades voluntarias de naturaleza administrativa derivadas de una diligente gestión empresarial (solicitud de subvenciones, inscripción en registros voluntarios, solicitudes de claves de servicio...). En el caso de las empresas, las cargas administrativas son los costes que aquéllas deben soportar para cumplir las obligaciones de facilitar, conservar o generar información sobre sus actividades o su producción, para su puesta a disposición y aprobación, en su caso, por parte de autoridades públicas o terceros, y constituyen un subconjunto de los costes administrativos de las empresas, ya que éstos engloban también, además de las cargas, las actividades administrativas que las empresas continuarían realizando si se derogase la normativa». La siguiente figura expresa gráficamente el concepto:

FIGURA 2



Por ejemplo, es carga administrativa la exigencia de presentación de una solicitud, la aportación de documentación complementaria, la comunicación de actividades o de datos, la inscripción en un registro, la conservación de documentos, informaciones o datos, la renovación de licencias, autorizaciones o permisos, la llevanza de libros, la realización de auditorías, la formalización de una actuación en documento público, etc.

Como se observa, los ámbitos materiales de las nociones *título habilitante* y *carga administrativa* no son coincidentes, sino complementarios, si bien se solapan en algunos de sus contenidos; así, la presentación de una solicitud es la iniciación a instancia de parte del procedimiento de autorización. Aquí se traen a colación por la generalidad de su uso y porque su empleo asociado permite describir globalmente el tipo de instrumentos a que hacemos referencia en este apartado, que constituye un grupo cohesionado de técnicas administrativas orientadas al cumplimiento de la regulación.

2.2.2. Autorización o licencia y concesión

La autorización administrativa —también denominada *licencia*— es uno de los instrumentos clásicos de la regulación, que reposa sobre la más genuina condición de acto administrativo. El ordenamiento jurídico recurre frecuentemente a ella como título habilitante para el ejercicio de derechos. Esa proliferación en su empleo hace que se designe como autorización a actos administrativos de variado perfil, diluyendo sus notas conceptuales, lo que determina que la concreción de su concepto se preste a grandes dificultades dogmáticas en orden a poder considerarla como categoría unitaria. El Derecho positivo —art. 1.2 RD 1.778/1994, sobre procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones— la define así: «se entiende por autorizaciones todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado». Por lo que bajo este calificativo se incluyen títulos habilitantes para el ejercicio de derechos y libertades tan variados como la apertura de un establecimiento, la conducción de vehículos, la instalación de veladores en las terrazas y vías públicas, la construcción de un edificio, la prestación del servicio de taxi, el uso de armas, el inicio de actividades financieras, etc.

Esto explica que algunos autores califiquen la licencia como acto reglado (PARADA, PAREJO), en tanto que otros la consideran discrecional (GARCÍA-TREVIJANO FOS); que en unos casos se considere que su número debe ser ilimitado para poder calificarse como tal (PARADA), mientras que existen ejemplos de licencias limitadas en su número (como sucede con el taxi o con las autorizaciones demaniales). La diversidad de manifestaciones y pareceres es tal que se ha llegado a decir que no existen realmente diferencias entre el concepto de autorización y el de concesión (que se analizará más tarde), resultando imposible reconducir institucionalmente la autorización administrativa a una categoría unitaria (SANTAMARÍA).

A pesar de estas dificultades se pueden identificar unas notas comunes que caracterizan a la autorización; son las siguientes (LAGUNA):

a) Supone un *control previo*, de legalidad u oportunidad, en el ejercicio de actividades privadas.

b) El *motivo* del control es el potencial dañoso de la actividad para terceros o para el interés general, o la intensidad de uso que comporta.

c) La *posición jurídica del particular* se caracteriza por la *preexistencia del derecho* a ejercer la actividad si cumple los requisitos establecidos en la regulación. Como se verá más adelante, actualmente parece más adecuado afirmar que, ante los regímenes de autorización, el particular se encuentra ante una *situación jurídica individualizada* susceptible de reconocimiento en vía jurisdiccional.

d) La autorización es una *declaración de voluntad* dirigida a producir efectos jurídicos vinculantes (esta nota resulta polémica; como se verá enseguida). No es una declaración de conocimiento como la inscripción en un registro.

e) La autorización confiere al particular una *situación jurídica protegida*, que puede hacer valer ante terceros, aunque deba adaptarse a los cambios de regulación.

f) La autorización es *transmisible*, siempre que no se conceda *ad personam*; así, pueden realizarse *traspasos* de negocio, pero cabe transmitir las licencias de conducción.

Con todo, existe una amplísima variedad de regímenes jurídicos de la autorización, habiendo de estarse a las determinaciones que el ordenamiento prevé para cada una de ellas en las normas que regulan sus condiciones y procedimientos de otorgamiento. Ahora bien, se puede definir un mínimo régimen jurídico común que conviene apuntar: la denegación de una autorización es un acto administrativo desfavorable, que por consiguiente debe reunir todos los rasgos formales del tipo, y en particular, será siempre motivada. En el ámbito de la Administración del Estado se motivarán todas las resoluciones de los procedimientos de autorización, sea cual sea el sentido de la decisión, por establecerlo así expresamente el derecho positivo (art. 3.2 RD 1.778/1994).

Una vez analizados su concepto y características, procede indagar en su *naturaleza jurídica*. Las controversias que plantea esta cuestión se centran esencialmente en dos cuestiones: la primera discute si la autorización es un acto meramente declarativo, habilitando el ejercicio de derechos preexistentes (posición mayoritaria desde FERNÁNDEZ DE VELASCO: MEILÁN, DE LA CUÉTARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, S. MARTÍN-RETORTILLO, LAGUNA); o si tiene, por el contrario, efectos constitutivos (tesis mantenida en términos generales por MARTÍN MATEO, T. R. FERNÁNDEZ y MANZANEDO; y sólo en el caso de que la autorización se otorgue con criterios discrecionales por GARRIDO FALLA).

El segundo aspecto controvertido es determinar si ciertos aprovechamientos del dominio público, que se articulan mediante *autorizaciones demaniales*, son efectivamente autorizaciones o por el contrario constituyen concesiones. En este caso, la

posición doctrinal dominante considera que la obtención de derechos de uso del dominio público tiene carácter constitutivo, y por consiguiente, que en tal caso no estamos en presencia de una autorización, sino de una concesión, aunque las condiciones de otorgamiento puedan tener carácter reglado.

Ante ambas cuestiones el problema reside en la combinación de problemas y categorías conceptuales diferentes: i) La contraposición acto reglado/acto discrecional; ii) La titularidad del bien o actividad sobre la que se establece el título habilitante; iii) La preexistencia o no de un derecho; iv) Las pretensiones que el ciudadano puede deducir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Comenzando por esto último, tradicionalmente el ciudadano sólo se podía deducir ante el contencioso-administrativo la pretensión de reconocimiento de un derecho, por lo que de no aceptarse su carácter preexistente a la decisión administrativa, tampoco se podría lograr una sentencia que directamente lo declare, limitándose las facultades judiciales a la anulación del acto denegatorio. Combinada a esta circunstancia, la doctrina dominante estima que resulta imposible reconocer la preexistencia de un derecho cuando se trata de bienes (de dominio público) o actividades (de servicio público en sentido estricto) que son de titularidad de la Administración. Pero al margen de ello, también es ampliamente aceptada la idea de que, ante un acto reglado, el particular ostenta una situación jurídica cualificada que merece una intervención judicial definitiva que no se limite a anular el acto desfavorable, sino que en su caso llegue a sustituirlo una vez verificado el cumplimiento de las condiciones establecidas en el régimen reglado de la materia.

Ante todo este debate derivado del entrecruzamiento de construcciones dogmáticas y problemas de orden práctico que se viene planteando doctrinalmente desde MAYER y RANELETTI, se comprenderá la imposibilidad de ofrecer aquí posiciones suficientemente razonadas. Sólo cabe apuntar que una posible vía de solución a estos problemas viene del modo en el que actualmente se regulan las pretensiones deducibles en el derecho procesal administrativo, y las correlativas facultades judiciales a que dichas pretensiones dan lugar: el recurrente puede pretender el reconocimiento de una *situación jurídica individualizada* —art. 31.2 LJCA— y obtener su declaración en sentencia —art. 71.1.b) LJCA—, concepto más amplio que el de reconocimiento de un derecho (el clásico en la anterior legislación procesal), que engloba, desde luego, a los derechos preexistentes, pero también a aquéllas situaciones jurídicas en las que, aún sin preexistir el derecho, se aprecia la existencia una situación jurídica individualizada que admite su reconocimiento en sentencia. Las autorizaciones de aprovechamiento de dominio público que se articulan mediante procedimientos reglados responden perfectamente a esta categoría.

Cabe entonces articular dos soluciones al problema planteado:

— Considerando que la nota característica de la autorización no es la preexistencia del derecho, sino el hecho de que es un acto declarativo de una situación jurídica individualizada: la adecuación del ejercicio del derecho o actividad a la legalidad vigente. Seguiría siendo entonces un acto de naturaleza declarativa, pero no de la preexistencia del derecho, sino de la adecuación de su ejercicio al marco regulatorio. En este caso, las autorizaciones demaniales serían genuinas autorizaciones. El problema que deriva de esta opción es que las autorizaciones configuradas con elementos discrecionales quedarían excluidas del concepto. Pero entiendo que esta misma exclusión se produce si consideramos que el rasgo característico de la autorización es la preexistencia del derecho, pues ante el ejercicio de potestades discrecionales no cabe esa posición.

— Manteniendo la nota característica fundamental de que la autorización supone la preexistencia de un derecho en la esfera jurídica del solicitante, en cuyo caso es inevi-

table reconocer que las autorizaciones de aprovechamiento del demanio, y las «licencias» regladas en materia de servicio público, no son en realidad autorizaciones.

Para concluir, debe apuntarse la necesidad de diferenciar dos tipos muy distintos de autorizaciones (ESTEVE):

— *Las autorizaciones por razones de seguridad*: son una técnica de gestión de riesgos. Esta tipología de autorizaciones se encuentra generalizada y no se discute su mantenimiento; antes al contrario, las actividades de gestión de riesgos adquieren extraordinaria importancia en las sociedades contemporáneas y constituyen una función administrativa del máximo interés. El ordenamiento jurídico determina con carácter general cuál es el nivel de riesgo permitido para el ejercicio de actividades. La Administración, mediante el acto autorizatorio, define con carácter singular el riesgo permitido en el caso concreto.

— *Las autorizaciones para el inicio de actividades económicas*: que se encuentran en clara regresión, y de las que nos ocupamos seguidamente.

En efecto, las tendencias actuales invitan a suprimir los regímenes de autorización, admitiendo el libre ejercicio de las actividades sin necesidad de título habilitante previo, o bien reemplazando la autorización por otro título habilitante menos invasivo, como la comunicación previa, que estudiaremos más tarde. Entre la profusión de normas que reflejan este acoso y derribo de las autorizaciones es pertinente citar la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicio (mediante la que se transpone la Directiva 2006/123/CE, de servicios), que ostenta carácter básico y que en materia de autorizaciones dispone —art. 5—:

«La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen:

a) *No discriminación*: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) *Necesidad*: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y

c) *Proporcionalidad*: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad».

La convulsión que esta Directiva ha supuesto en el Derecho administrativo contemporáneo se evidencia por la ingente cantidad de disposiciones que han debido dictarse para transponerla, tanto del Estado, como de las CCAA y de las ordenanzas locales (la *termita Bolkenstein*, la llama NOGUEIRA), y asimismo se ha reflejado en

una enorme producción científica, que resalta el cambio de paradigma que representa esta disposición en los modos e instrumentos tradicionales del Derecho administrativo (DE LA QUADRA, RIVERO ORTEGA, T.R. FERNÁNDEZ, LAGUNA DE PAZ, FERNÁNDEZ TORRES, AGUADO, MORA RUIZ).

Con todo, es preciso destacar que el ámbito material de esta norma se circunscribe a las actividades de servicios, y las limitaciones que impone a los regímenes de autorización no son extrapolables al conjunto de la regulación. Por el contrario, sí son de alcance general a todas las actividades regulatorias las determinaciones del art. 4 LRJSP que expusimos anteriormente —Tema 22, § 2.4.1 y, sobre todo, 2.4.2—, así como las que establece el art. 17.1 LGUM, en cuya virtud se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

En cuanto a las concesiones, ya hemos comentado la dificultad conceptual que entraña diferenciar la concesión de la autorización. En este momento cabe añadir que este término juega en dos materias específicas: en la gestión de los servicios públicos en sentido estricto —§ 4.3—, y en el otorgamiento de facultades relativas al aprovechamiento del dominio público —Tema 27—; remitimos a los lugares donde se tratan esas materias para profundizar en la cuestión.

2.2.3. *Comunicación previa y declaración responsable*

La Directiva de Servicios, como ya se ha indicado, ha supuesto una convulsión en el panorama jurídico-administrativo. Uno de los aspectos en el que más plásticamente se manifiestan sus efectos es en la generalización de dos técnicas que hasta entonces se venían aplicando en diferentes ámbitos sectoriales pero carecían de una regulación básica: las comunicaciones previas y las declaraciones responsables (que veremos seguidamente), incorporadas ambas a la legislación del procedimiento administrativo común mediante la Ley 25/2009 en tanto que *medidas horizontales*, aplicables en cualesquiera sectores. En particular, la restricción de las autorizaciones en las actividades de servicios a los supuestos expresamente previstos en normas con rango de ley ha determinado la amplia implantación de las declaraciones responsables y comunicaciones previas en el régimen local, donde han venido a reemplazar a numerosas licencias municipales de actividad (de obras, de establecimientos, etc.)

Su definición y régimen legal son los siguientes:

— «Se entenderá por *declaración responsable* el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio» —art. 69.1 LPAC—. Tradicionalmente se le denominaba «declaración jurada». Según dispone el propio artículo, los requisitos a los que alude deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable, lo cual suele articularse en la práctica mediante reglamentos que recogen anexos en los que se indican los concretos requisitos y documentos que se deben aportar para cada actividad. Sólo se podrá exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados —art. 17.2 LGUM—.

— «Se entenderá por *comunicación* [previa] aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho» —art. 69.2 LPAC—. Las autoridades podrán exigir la presentación de una comunicación previa cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado —art. 17.2 LGUM—.

Por lo que se refiere a sus *efectos*, la Ley —art. 69.3 LPAC— dispone que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación (la comunicación podrá no obstante presentarse en un plazo posterior si así lo establece expresamente la legislación sectorial), sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. Esta apreciación condiciona la calificación de su *naturaleza jurídica*, pues técnicamente sería posible distinguir entre ambos instrumentos (LÓPEZ MENUDO, NOGUEIRA, RODRÍGUEZ FONT, MORA): la declaración previa sería una técnica meramente documental —una carga administrativa en sentido estricto—, sustitutiva de la aportación de documentos, que se venía conociendo entre nosotros como *declaración jurada*; en tanto que la comunicación previa representaría un título habilitante para el ejercicio de derechos o actividades. Sin embargo, a pesar de esta posible diferenciación teórica, lo cierto es que la manera en que las regula el derecho positivo dificulta su diferenciación, lo cual ha planteado en la práctica no pocos problemas de opción por parte de los reguladores a la hora de exigir una u otra: ambas constituyen un título habilitante para el ejercicio del derecho o actividad, y no conllevan en sí mismas ningún control de carácter preventivo —previo—. También coinciden en el hecho de que ambas producen efectos frente a terceros (GALLARDO). Se diría que las declaraciones responsables se conciben ahora para supuestos de mayor envergadura, próximos a los que exigen autorización o licencia, en tanto que la comunicación previa se prevería para asuntos de menor entidad (LÓPEZ MENUDO). Con todo, las declaraciones y comunicaciones no son actos administrativos, ni tan siquiera tácitos (SÁNCHEZ MORÓN)

Ahora bien, sí cabría distinguir ambas figuras en cuanto a sus *fin*es, pues lo que pretende la comunicación previa es que la Administración conozca el hecho comunicado, a fin de que pueda desplegar sobre el comunicante un control *ex post* de su adecuación a la legalidad; mientras que en la declaración responsable, *además* de esto, parece exigir al interesado un mayor ejercicio de responsabilidad, invitándole a reflexionar suficientemente si reúne todos los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho o el inicio de la actividad. En este sentido, la imposición de una comunicación previa es menos invasiva que una declaración responsable, ya que esta última exige, además de la presentación del documento, la declaración de que se reúnen los requisitos de ejercicio de la actividad y a menudo la aportación de documentos: planos, proyectos, visados técnicos, etc.

El mejor modo de hacer realidad este cribado de requisitos es mediante la preparación por la administración de formularios singularizados para cada actividad en los que se relacionen los diferentes requisitos que debe reunir el interesado para que pueda por sí mismo verificar su cumplimentación (autocontrol), lo cual incrementaría la seguridad jurídica (LÓPEZ MENUDO). En las Ordenanzas locales de actividades y servicios es frecuente incluir unos largos anexos en los que se indican los requisitos y documentos de cada tipo de actividad.

Aunque la generalización de comunicaciones previas y declaraciones responsables constituye sin duda una medida liberalizadora, no todo son parabienes, pues tiene el efecto correlativo de *reducir la seguridad jurídica*. Esto no sólo deteriora la plena satisfacción del interés público comprometido en el ejercicio del derecho o actividad, sino que tampoco favorece a los interesados, quienes ya no descansan en la confianza de un acto administrativo previo sobre el que asentar su actividad y eludir eventuales responsabilidades por incumplimiento (MUÑOZ MACHADO, MORA). En este sentido, se ha postulado (NOGUEIRA) la conveniencia de asociar a la comunicación previa un posterior procedimiento de control, o bien fijar un plazo mínimo de supervisión por la Administración como elemento confirmatorio del legítimo ejercicio de la actividad o derecho. En análoga dirección se ha destacado (MORA) la importancia que para todo ello representa la amplia remisión que la legislación básica efectúa a la sectorial, permitiendo que contemple todos estos extremos.

Otras consecuencias negativas de estas técnicas es la *posición desfavorable en que colocan a terceros* potencialmente afectados en sus derechos e intereses legítimos (REBOLLO PUIG, BAÑO LEÓN): el régimen de participación en un procedimiento administrativo les conferiría la condición de interesados, de manera que pueden beneficiarse del principio contradictorio. Ante una declaración responsable o comunicación previa esa posición se esfuma, y tampoco tendrán ante sí un acto administrativo propiamente dicho que impugnar en vía de recurso. Sus medios de defensa quedan claramente debilitados, debiendo iniciar otros trámites en la penosa posición de denunciantes. El Derecho francés es sensible a esta situación admitiendo el ejercicio de acciones contra actividades o derechos cuyo ejercicio se inició por estas vías.

Para concluir, la generalización de declaraciones responsables y comunicaciones previas promueve un *cambio en la cultura burocrática*: de una Administración estática que recibe documentos y los revisa se pasa a una Administración dinámica que sale a la calle para verificar el cumplimiento de la legalidad. En la misma línea se ha destacado la importancia que adquiere la función inspectora de la Administración en relación con las actividades que se inicien mediante declaraciones responsables y comunicaciones previas (REBOLLO PUIG). Pero la brusquedad del instrumento que se ha implantado para promover este cambio (la práctica abolición de la licencia en amplios campos de las actividades de servicios), y la falta de previsión en su adveni-

miento (por lo fulminante de los plazos), ha supuesto un pequeño cataclismo del que han derivado dos problemas paralelos: en primer lugar, financiero, pues las autorizaciones están sujetas a unas tasas superiores que mejoran la recaudación; en segundo lugar, organizativo, puesto que no es fácil transformar las plantillas de empleados sedentarios (oficinistas) a empleados patrulleros (inspectores).

2.2.4. *Inscripción en registros públicos*

La inscripción registral constituye uno de los instrumentos clásicos de policía administrativa. Supone la exigencia de que el interesado en ejercer un derecho o actividad se inscriba previamente en un registro público, que adquiere primordialmente funciones de publicidad (registral), tanto ante la Administración, como ante terceros. De tal manera que, a partir de la inscripción, la Administración conoce la existencia de esa actividad (identidad del titular, domicilio a efectos de notificaciones, emplazamiento exacto de la empresa, así como cualquier otra información relevante a los efectos pretendidos), y puede desplegar sobre ella sus potestades de inspección. Asimismo, los registros juegan en beneficio de terceros que necesiten conocer fehacientemente los datos en cuestión.

Tradicionalmente se ha entendido que la necesidad de inscripción previa en un registro administrativo es una medida limitativa del contenido esencial del derecho o actividad que, por consiguiente, se encuentra reservada a la ley en sus elementos principales (la imposición del deber de inscripción), si bien se admite la remisión a reglamento en la concreción de sus pormenores.

La actividad registral evoca registros de larga tradición, como el mercantil o el civil; pero existen, además, una larguísima serie de registros sectoriales, que desempeñan importantes funciones para los reguladores, además de la ya apuntada de control. En el campo de las actividades económicas puede decirse que lo más habitual es contar con al menos un registro específico por cada sector de ordenación, lo que se presta a diversas utilidades. Así, permiten articular el trámite de audiencia pública cuando se aprueben reglamentos que afecten al colectivo, son susceptibles de utilizarse para estudios estadísticos de todo tipo, y en definitiva, constituyen un poderoso instrumento de información en poder de las administraciones públicas.

Las técnicas de simplificación administrativa postulan que, cuando la inscripción en un registro sea consecutiva a un acto administrativo de control (p. ej., la obtención de una autorización), la Administración proceda a la inscripción de oficio, sin derivar nuevamente sobre el interesado la carga de realizar la gestión.

2.2.5. *Homologación y certificación de productos. Acreditación y certificación de actividades*

La homologación oficial de productos es un procedimiento administrativo regulado con carácter general en la Ley 21/1992, de industria, mediante el cual la Administración da fe de que el prototipo de un producto cumple todos los requisitos reglamentarios (MALARET, CARRILLO, IZQUIERDO). Es un título habilitante que adquiere además carácter certificante. Tiene una triple función (CARRILLO): *de control*, para verificar la seguridad del producto por su adecuación a la normativa que lo regula; *de fe pública*, en cuanto que se certifica oficialmente esa adecuación a la legalidad; y *autorizante*, toda vez que la homologación del prototipo autoriza a su fabricación. No

es, sin embargo, una autorización para el establecimiento de una actividad industrial, sino para la fabricación de ese concreto producto. Sólo se sujetan a homologación los productos industriales que expresamente se establezcan (p. ej., los vehículos a motor destinados a su circulación por las vías públicas), y dado el uso decreciente de esta técnica, se dice que tiene actualmente carácter residual (IZQUIERDO).

La homologación hace referencia al prototipo, pero no revisa que su fabricación corresponda al producto homologado. Para esta segunda función existe la *certificación industrial*, que constituye asimismo una técnica de carácter certificante. Tradicionalmente era la Administración quien procedía a realizar la actividad de certificación, pero en la actualidad se ha generalizado la autorregulación para el desarrollo. Es decir, que se construye todo un sistema mediante el cual son entidades privadas, previamente acreditadas para ello, quienes llevan a cabo las actividades de certificación. De todo ello dimos cuenta más arriba —§ 3.3.3—, para mejor entendimiento de la normalización técnica, lugar al que ahora remito a fin de completar el examen de estas técnicas.

2.2.6. Auditorías y evaluaciones

Las auditorías y evaluaciones son procesos cualitativos realizados por terceros y dirigidos a analizar las circunstancias en que se desenvuelve una actividad, o los efectos perjudiciales que de ella pueden derivarse, con el fin de prevenir y salvaguardar los intereses públicos afectados. En particular, las *evaluaciones* se suelen exigir *con carácter previo al inicio de una actividad*, en cuyo caso miden los efectos susceptibles de producirse y proponen medidas para neutralizarlos que se erigen normalmente en condiciones para la autorización de su ejercicio. Las evaluaciones previas son pues cargas administrativas integradas en los procedimientos autorizatorios, que pueden condicionar el otorgamiento de la autorización o incluso conducir pura y simplemente a su denegación.

Las evaluaciones también se pueden realizar *ex post*, una vez iniciada la actividad, si bien ese rasgo es más propio de las *auditorías*, herramienta con la que se pretende hacer un seguimiento de la actividad una vez que se ha iniciado, y suelen tener carácter periódico. No se debe confundir la auditoría en sentido genérico que abordamos en este punto con la *auditoría de la calidad*, que constituye asimismo un proceso de carácter valorativo, pero específicamente regulado por la Ley de industria.

Los instrumentos de evaluación más extendidos son los que se encuentran implantados en materia ambiental. Agrupados bajo la denominación genérica de *evaluaciones de impacto ambiental*, realmente se desglosan en una amplia variedad de procedimientos, de mayor o menor exigencia y complejidad en función de la envergadura que tenga la actuación evaluada. Nos encontramos desde complejísimas y extensas evaluaciones de impacto ambiental exigidas a los proyectos de grandes obras públicas; hasta modestas calificaciones ambientales (u otras denominaciones, en función de la legislación autonómica) integradas en los procedimientos municipales de autorización de las llamadas *actividades clasificadas*, esto es, las que se encuentran expresamente incluidas en un catálogo por su potencial molesto, insalubre, nocivo o peligroso. Estas evaluaciones analizan los efectos que puede tener la actividad sobre el entorno; en el caso de que tengan un impacto negativo, se pueden sugerir las medidas o cambios necesarios para poder autorizar la actividad. Estas evaluaciones se configuran normalmente en los procedimientos como informes vinculantes, de manera que la Administración no podrá autorizar la actividad sin disponer de una evaluación favorable del impacto ambiental.

2.2.7. *Suministro de información y otros deberes documentales*

Existen muchos *deberes documentales* diseminados por todo el ordenamiento jurídico, empezando por el más elemental: la identificación de cada persona física con un DNI. El espectro de medidas es variadísimo. Por ejemplo, las condiciones de trazabilidad de la cadena alimentaria, que permiten hacer el seguimiento de los productos *from farm to fork* (desde la granja hasta la mesa), a fin de poder activar las alertas sanitarias; las fichas técnicas y otros documentos que deben tener gran número de máquinas y equipos (como los vehículos a motor); los documentos o informaciones que deben conservar los operadores durante un cierto período de tiempo, como los expedientes académicos de estudiantes en los centros de enseñanza, o los datos de las comunicaciones electrónicas... Estos deberes documentales se prestan a finalidades diversas, pero principalmente, a la posibilidad de conocer y verificar fácilmente los hechos que documentan.

En otro orden de finalidades se encuentran los *deberes de suministro de información* que igualmente pesan sobre muchas actividades privadas, y que suelen configurarse con carácter periódico. Se erige así un instrumento de seguimiento de la actividad y de transparencia en su prestación. Son frecuentes en sectores de regulación que afecten de manera particularmente sensible a determinados intereses públicos, como la seguridad, la protección ambiental (productores y gestores de residuos, emisores de gases de efecto invernadero), a la estabilidad del sistema económico (el sector financiero y bancario soporta con gran intensidad estos deberes de información para evitar en lo posible las crisis, que en este ámbito se presumen sistémicas), etc.

2.3. LA POTESTAD INSPECTORA

Los poderes públicos despliegan una labor de vigilancia sobre el conjunto de la ciudadanía que se descompone en una variedad de manifestaciones encuadradas entre las expresiones originarias del poder de policía. En ese sentido, como ya se explicó *supra* —5.1.1— los cuerpos de policía asumen primordialmente esa función genérica de vigilancia para el cumplimiento de la legalidad vigente. En la evolución del modelo se diferencia entre policía de seguridad, policía general y policías especiales. La labor de policía general, esto es, de verificación genérica de la adecuación de las actividades privadas al ordenamiento, se desempeña actualmente por las policías locales, que tienen conferida la condición de autoridad por sus leyes reguladoras. Tampoco es esa modalidad la que tratamos ahora. Aquí nos centramos en las antiguamente llamadas *policías especiales*, denominación que tría causa de su carácter especializado en sectores concretos de ordenación, y que en la actualidad reciben el calificativo de *inspección*. Actualmente se dan en campos muy diversos: en materia de trabajo y Seguridad Social, de consumo, educativa, marítima, de transportes, alimentaria, de salud e industrias alimentarias...

De acuerdo con las notas características que doctrinalmente se le adscriben (REBOLLO PUIG, FERNÁNDEZ RAMOS, GARCÍA URETA, RIVERO), podemos *definir a la función inspectora* como una potestad administrativa de carácter reglado, que supone el ejercicio de autoridad, y mediante la cual se pretende reunir datos con una finalidad preventiva o correctora del cumplimiento de la legalidad. Se caracteriza asimismo por ser una actividad de carácter externo (con diferenciación entre el sujeto y el objeto de la inspección), de efectos restrictivos o desfavorables, realizada de manera singular y transitoria y por cauces inmediatos (principalmente, la observación directa), y que

presenta, por último, una funcionalidad instrumental, por cuanto que se pone al servicio de la satisfacción de los más variados intereses públicos.

La potestad inspectora constituye, en primer lugar, una *potestad administrativa vinculante o de autoridad* (SANTAMARÍA, REBOLLO PUIG, DE LA CUÉTARA, FERNÁNDEZ RAMOS, GARCÍA URETA, RIVERO), por lo que se ejerce por la Administración de manera unilateral, y los particulares tienen el deber de someterse al escrutinio que su desarrollo representa y colaborar en la labor inspectora —art. 18 LPAC—. Al suponer un ejercicio de autoridad y ser expresión de la soberanía, la potestad inspectora debe desempeñarse necesariamente por empleados públicos que tengan condición de funcionarios —art. 9.2 y Disp. Adic. 2.^a EBEP— y sus actuaciones gozan de presunción de veracidad, toda vez que los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario —art. 77.5 LPAC—.

Con la potestad inspectora no se pretende preservar el respeto de la legalidad en una dimensión aséptica y estrictamente formal: a más de ello, el propósito subyacente de la inspección es *salvaguardar los intereses públicos que subyacen en la regulación* cuyo cumplimiento se verifica.

La potestad inspectora *no es una expresión de la potestad sancionadora*, pues esta última, como se verá, tiene una naturaleza punitiva de la que la inspección carece. Con todo, el resultado de la potestad inspectora puede desembocar en la ulterior incoación de un procedimiento sancionador, sin que puedan confundirse ambas potestades. Es más, cabe perfectamente que el incumplimiento detectado mediante la inspección no adquiera carácter de infracción, y dé lugar únicamente a medidas de restablecimiento de la legalidad, como las órdenes o requerimientos a que aludimos en el apartado siguiente.

Entre sus principios rectores destacan el de *legalidad*, por cuanto que la sujeción a inspección debe estipularse en disposiciones con rango legal; objetividad; proporcionalidad; y eficacia. Comprende una serie de facultades específicas: el acceso a las instalaciones (previa autorización judicial en el caso de entradas domiciliarias) y a las fuentes de información, así como el requerimiento de información al sujeto pasivo y a terceros. Los afectados tienen un deber de colaboración con la actividad inspectora, y los derechos inherentes a los procedimientos susceptibles de provocar actos desfavorables. La obstrucción a la inspección se configura en la legislación sectorial como una infracción administrativa.

Como resultado de la inspección pueden producirse actuaciones diversas. En primer lugar, las constataciones se documentan mediante un acta de inspección que adquiere como sabemos presunción de veracidad en cuanto a los hechos que recoja. Por otra parte, la detección de anomalías puede traducirse en advertencias, requerimientos de subsanación, el impulso de un procedimiento sancionador o la adopción de medidas provisionales que eviten eventuales riesgos.

2.4. EL REQUERIMIENTO DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD: LA ORDEN ADMINISTRATIVA

La orden es un acto administrativo desfavorable dictado en relaciones de sujeción general mediante el que se concretan obligaciones de hacer o no hacer en ejercicio de una potestad administrativa de directa aplicación del ordenamiento jurídico. Son de extraordinaria variedad: la orden de demolición de un edificio en ruina; de disolución de una manifestación ilegal; de retirada de alimentos por detectarse su toxicidad; de

veda en caza, pesca o marisqueo; de expulsión de un centro... El concepto puede desarrollarse con las siguientes notas características:

a) La orden se encuadra en el marco de las *medidas de policía*: dicho en términos más recientes, en la actividad administrativa de ordenación y control; expresado con una locución contemporánea, es una manifestación de las potestades y actividades regulatorias.

b) Al circunscribirse el concepto a las órdenes dictadas en el marco de las *relaciones generales de sujeción*, se excluyen del mismo la imposición de obligaciones derivadas de los contratos —aunque sean contratos administrativos—, así como las órdenes jerárquicas dictadas en el seno de la Administración en ejercicio de poderes de organización.

c) Es un acto *desfavorable*: la orden incide en los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y, al imponer una obligación (ya sea de hacer o no hacer), presenta una *veste* inequívocamente desfavorable.

d) *No es manifestación de la potestad sancionadora*, sino un acto orientado al cumplimiento de la legalidad. Así, cuando el control de alcoholemia tiene resultado positivo recibimos la orden de no continuar la conducción, lo cual no es una sanción en sentido estricto (ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración), sino una mera prohibición en ejercicio de potestad de policía, que nos impide realizar la actividad porque en ese momento no se cumplen sus condiciones de ejercicio (se supera la tasa de alcohol en sangre admitida para la conducción).

Existen tres criterios principales con los que clasificar las órdenes:

— *En razón de sus destinatarios*: pueden ser órdenes *individuales*, cuando se dirigen a una sola persona, como por ejemplo, la orden de alto de un policía local en materia de tráfico; o *generales*, cuando se dirigen a una pluralidad indeterminada de sujetos, como la prohibición de pesca y marisqueo por contaminación del litoral.

— *En función de su contenido*: nos encontramos con órdenes de hacer, o *positivas*, como demoler un inmueble; o de no hacer, o *prohibiciones*, como por ejemplo, dejar de consumir alcohol o droga en la vía pública. En algún caso la orden puede tener *contenido mixto*: retirar un alimento nocivo ya colocado en expositores y dejar de venderlo en lo sucesivo hasta que se levante la alerta alimentaria.

— *Según su finalidad*: tenemos órdenes *directivas*, que se dictan en ejercicio de potestades de dirección para la preservación de los intereses generales, como por ejemplo, la orden de no aparcar o circular en una calle para que se pueda proceder a la tala de árboles o a la desratización; *preventivas*, que pretenden evitar un perjuicio en el marco de los intereses públicos subyacentes, como la prohibición de consumo de productos en las alertas alimentarias; y *reparadoras o restitutivas de la legalidad*, que pretenden restablecer el orden jurídico perturbado, reponiendo las cosas al estado que les corresponde en el marco de la regulación existente, por ejemplo, la demolición de una obra ilegal, la retirada de la circulación de un vehículo no homologado, etc.

Existen órdenes que responden a previsiones expresas del ordenamiento jurídico. En particular, cuando se trata de órdenes directivas configuradas como instrumentos necesarios de gestión de riesgos: por ejemplo, en el amplio campo de las medidas de protección sanitaria y ambiental, en las que se adopta la orden cuando se superan ciertos umbrales o niveles de riesgo. Pero en defecto de tales previsiones expresas, la orden también puede dictarse lícitamente como manifestación de una *potestad inhe-*

rente, cuando de lo que se trata con ella es simplemente asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico: a tal efecto no precisa de una atribución legal específica, ni de ningún otro instrumento jurídico adicional para poder dictarse lícitamente: se adopta en directa aplicación del ordenamiento jurídico. El principio de legalidad se encuentra suficientemente satisfecho con la previa determinación del marco jurídico que debe respetarse (las normas), y la atribución de la competencia en la materia a una Administración y órgano concreto: a partir de ese momento, el órgano en cuestión tiene atribuida la potestad inherente de dictar órdenes para el cumplimiento de la legalidad vigente en esa materia.

El ordenamiento jurídico no ha previsto con carácter general y básico los procedimientos mediante los que se emiten órdenes. En el ámbito sectorial existen en campos concretos, como el llamado *expediente de ruina*. Pero es frecuente que se omita su regulación, de manera que los trámites necesarios para su ejercicio han de integrarse acudiendo a las reglas generales del procedimiento establecidas en la Ley 30/1992. En este sentido conviene recordar que se trata de un acto desfavorable, debiendo cumplir todas sus exigencias: primordialmente, previa audiencia y motivación. Una particularidad de las órdenes de policía es su forma de expresión y exteriorización (T. R. FERNÁNDEZ), que a menudo acontece de manera oral. Esto no les priva de su condición de actos administrativos —véanse sus formas de expresión en el Tema 15, § 3.3—, ni evita tampoco la necesidad de que se respeten las reglas propias de su ejecutoriedad: así, la orden verbal de disolución de una concentración ilegal no puede ejecutarse de oficio sin respetar en primer lugar un plazo razonable de ejecución voluntaria y de efectuar al menos un segundo requerimiento.

2.5. LA INTERVENCIÓN DE EMPRESAS

2.5.1. *Concepto y características*

La intervención de empresas se encuentra expresamente nominada en la Constitución española —art. 128.2—, y puede definirse como una potestad administrativa, extraordinaria, en cuya virtud, por razones de interés general previamente declaradas en una norma con rango de ley, la Administración asume, mediante un acto singular, directa o indirectamente, y con carácter temporal, la gestión ordinaria o la liquidación de una empresa privada o participada por las administraciones públicas, con respeto de los derechos patrimoniales de los sujetos afectados (GAMERO, HERNANDO). De lo que se trata con esta figura es de influir directamente en la gestión de una empresa para atender un fin de interés general: normalmente, ante una situación de crisis que debe evitarse, ya sea por el efecto sistémico que podría producir, por el carácter esencial e irremplazable de la actividad que presta la empresa, o por alguna otra causa.

Es una medida que goza de larga tradición en algunos sectores económicos, y especialmente en el financiero y bancario, encontrándose prevista en relación con las entidades de crédito —arts. 70 ss. de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito—, las que operan en el mercado de valores —art. 107 de la Ley 24/1988, del mercado de valores— y las aseguradoras —arts. 38 ss. del RDLvo. 6/2004, Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados—, ámbito en el que se aplica con relativa frecuencia como acreditan los notorios casos de cajas de ahorros recientemente intervenidas (Caja de Castilla-La Mancha, en 2009; Cajasur, en 2010; Caja de Ahorros del Mediterráneo, en 2011), pero también las entidades aseguradoras que se intervienen con mucha

más habitualidad. Asimismo se encuentra prevista con carácter general en materia de servicios públicos —art. 285 LCSP—, donde recibe la denominación específica de *secuestro*. Igualmente está prevista en otras leyes para los estados de necesidad (alarma, excepción y sitio), así como por razones de salud pública y de protección ambiental. Tradicionalmente existía la posibilidad de intervenir empresas en crisis con el sólo fin de reflotarlas —Ley de 1 de septiembre de 1939, de incautación de empresas—, pero al ser este propósito contrario al principio de competencia, resulta incompatible con el mercado único europeo y ha caído en desuso, aunque siga formalmente en vigor.

Las notas características de la intervención de empresas son las siguientes:

a) *Potestad administrativa*, lo cual le adhiere todos los rasgos propios de esta noción, y en particular, su unilateralidad, así como su vinculación a un fin de interés general. Se trata, además, de una potestad específica, que no puede confundirse con otras de diferente naturaleza como la sancionadora o la expropiatoria.

b) *Excepcionalidad*: la intervención de empresas es una medida extraordinaria, debido a su intensa afección sobre los derechos de los afectados. Es una cláusula de cierre prevista para situaciones verdaderamente excepcionales, sin que pueda calificarse como una potestad ordinaria. El principio de proporcionalidad juega aquí de manera particularmente incisiva. Lo cual no significa que no deba utilizarse con cierta habitualidad en sectores específicos que presenten las circunstancias adecuadas.

c) *Reserva de ley*: la intervención de empresas sólo puede acordarse mediante ley —art. 128.2 CE—, lo cual no significa que deba dictarse una ley singular cada vez que se deba intervenir una empresa (algo que por otra parte resultaría frontalmente contrario a la inmediatez con que se debe aplicar la medida para su efectividad), bastando con que su presupuesto de hecho se encuentre previsto en una norma con rango de ley. Cada vez que concurren las circunstancias en cuestión, la Administración podrá ejercer la potestad mediante actos unilaterales de aplicación y previo el correspondiente procedimiento administrativo. No obstante, existen precedentes de leyes singulares que contemplan medidas de intervención de empresas, como fue el RDL 2/1983, de expropiación del grupo RUMASA, en el que se acordó asimismo la intervención del grupo a fin de asumir inmediatamente su gestión.

d) *Temporalidad*: la intervención de empresas es una medida de carácter temporal, que ha de levantarse cuando desaparezcan las causas que motivaron su adopción. Cuando su presupuesto de hecho es el adecuado manejo de una situación de crisis, el destino natural de la intervención será el reflotamiento de la empresa y su reintegro a los gestores ordinarios; pero si la situación se prolonga más allá de lo razonable, también puede procederse a la liquidación ordenada de la empresa, que suele estar asimismo sujeta a intervención.

e) *Afección a la libertad de empresa, no al derecho de propiedad*: con la intervención de empresas se incide genuinamente en la libertad de empresa, ya sea en su vertiente de ejercicio, ya en el de cese de la actividad empresarial. Se afecta a la gestión de la empresa, pero no a su titularidad, por cuanto que el patrimonio empresarial sigue perteneciendo a sus legítimos propietarios, inclusive los eventuales rendimientos o beneficios obtenidos durante la intervención. Es más, los propietarios de la empresa podrían reclamar una reparación patrimonial si con ocasión de la intervención se hubieran ocasionado daños indemnizables de acuerdo con el régimen general de responsabilidad de las Administraciones públicas.

f) *Instrumentalidad*: La intervención de empresas es una potestad de carácter transversal, que no se adscribe necesariamente a la realización de un fin concreto,

sino que se presta a la satisfacción de diferentes fines, como se ha podido comprobar al exponer los supuestos para los que se encuentra prevista.

g) *Discrecionalidad*: La intervención de empresas suele encontrarse configurada como potestad discrecional, es decir, que cuando concurre su presupuesto de hecho, la Administración puede decidir discrecionalmente si interviene la empresa o no, en función del análisis de las circunstancias que rodean el caso. En ocasiones puede resultar preferible adoptar otras medidas más o menos drásticas.

2.5.2. Clases de intervención de empresas

Existen al menos dos criterios de clasificación relativos a la intervención de empresas:

A) *En función de la técnica de intervención empleada*: la gestión de la empresa se puede asumir por la Administración:

— *Directamente*: es la forma más intensa de intervención, procediéndose literalmente a sustituir a los órganos ordinarios de gestión de la empresa, bien designando un administrador extraordinario, bien procediéndose a la constitución de una sociedad mayoritariamente controlada por la Administración de tutela.

— *Indirectamente*: consiste en una variedad de técnicas que condicionan de manera más o menos incisiva el libre ejercicio de la empresa: sujeción de sus acuerdos a control o a veto, imposición de obligaciones puntuales de hacer o no hacer, necesidad de ratificación expresa de los acuerdos de la empresa por parte de los interventores, etc.

B) *En función del tipo de actividad empresarial intervenida*:

— Intervención de la *gestión ordinaria* de la empresa: se proyecta sobre el ejercicio de la actividad empresarial ordinaria.

— Intervención de la *liquidación* de la empresa: lo que se asume es el desmantelamiento ordenado de la empresa, en orden a atender fines públicos comprometidos en la operación. Esta forma de intervención se encuentra prevista como mecanismo habitual de liquidación de las entidades aseguradoras, confiándose la liquidación al Consorcio de Compensación de Seguros —art. 14.1 RD Legislativo 7/2004, por el que se aprueba el texto refundido de su Estatuto Legal —.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

Además de las obras generales sobre Derecho administrativo económico citadas en el Tema anterior, puede consultarse la siguiente bibliografía específica:

AGUADO I CUDOLÀ, V., y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012.

ALONSO TIMÓN, A (coord.): *Sectores regulados. Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2014.

ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004.

BAÑO LEÓN, J. M.: «Declaración responsable y derechos de terceros», *REDA*, n.º 167, 2014.

- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003.
- CANALS I AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.
- CARLÓN RUIZ, M.: *El servicio universal de telecomunicaciones*, Civitas-Thomson, Madrid, 2007.
- (dir.): *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CASADO CASADO, L.; FUENTES GASÓ, J. R., Y GIFREU FONT, J. (dirs.): *Prestación de servicios, Administraciones públicas y Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CUBERO MARCOS, J. I.: *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.): *La ordenación de las actividades de servicios. Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración», *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 42, 2011.
- GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARCÍA GARRO, A.: *Impacto de la Directiva de Servicios en las licencias urbanísticas y de actividades*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir): *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- Derecho de la competencia y energía eléctrica*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *La autorización administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «La transposición de la Directiva de Servicios y la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 14, 2010.
- LÓPEZ PELLICER, J. A.: *Lecciones de Derecho administrativo. Vol. II (1) Actividades administrativas: policía, fomento, servicios y obras públicas*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2004.
- MAURO NALLAR, D.: *Regulación y control de los servicios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- MÍGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, CEDECS, Barcelona, 1999.
- MORA RUIZ, M.: «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico. ¿Nuevas técnicas administrativas?», *REDA*, n.º 155, 2012.
- MONTERO PASCUAL, J. J.: *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MOREU CARBONELL, E. (ed.): *El impacto de la Directiva Bolkenstein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2010.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: *La termina Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C.: *Las actividades comunicadas a la Administración*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- PALOMAR OLMEDA, A. Y TEROL GÓMEZ, R. (coords.): *El nuevo marco de ejercicio de las actividades económicas*, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2014.
- PAREJO ALFONSO, L.; DESCALZO GONZÁLEZ, A., Y ENTRENA RUIZ, D.: *Autorizaciones y licencias, hoy: un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PEDRAZA CÓRDOBA, J.: *Competencia efectiva y servicios de interés económico general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- REBOLLO PUIG, M. (dir.): «El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales», en VVAA.: *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014.

- RIVERO ORTEGA, R. (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009
- RIVERO YSERN, E., y CALVO SÁNCHEZ, M. D. (coords.): *Nuevas formas de control de las Administraciones públicas y sus repercusión sobre los consumidores y usuarios*, Ratio Legis, Salamanca, 2013.
- SERRANO GONZÁLEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, M.: *Cuestiones actuales del Derecho de la energía: regulación, competencia y control judicial*, Iustel, Madrid, 2010.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.
- VVAA: *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, AEPDA-Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

TEMA 24

LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU SUJECCIÓN A DERECHO PÚBLICO

1.1.1. *La actividad contractual de las Administraciones públicas*

Desde antiguo las Administraciones públicas han contratado con empresarios privados una parte importante de su actividad de transformación social y prestacional. De hecho, durante el siglo XIX estuvo vigente el dogma del «concesionario interpuesto», en virtud del cual se entendía que la Administración no debía realizar directamente la ejecución de obras públicas y la prestación de servicios públicos económicos (por ejemplo, en materia de transporte público o de abastecimiento de energía y agua). De este dogma se salvaban los servicios asistenciales (educación, sanidad y beneficencia) por la evidente falta de interés privado en su explotación económica. Posteriormente, en el siglo XX, aun cuando el dogma del concesionario interpuesto fue superado legalmente (a través de las figuras primero de las municipalizaciones y —ya a mediados de siglo— de las nacionalizaciones de servicios), lo cierto es que las Administraciones siguieron acudiendo mayoritariamente a la contratación con terceros para la gestión de los servicios económicos.

Más recientemente, en los últimos lustros, a esta práctica secular hay que añadir el fenómeno de la «privatización» de la gestión de servicios públicos asistenciales (como la sanidad o los servicios sociales), así como de la «externalización» de múltiples actividades que las Administraciones realizaban con medios propios (desde la vigilancia de edificios públicos a la custodia de la documentación pública), todo lo cual ha llevado a incrementar exponencialmente la importancia de la actividad contractual de las Administraciones públicas.

Una vez evidenciada la existencia de una amplia y diversificada actividad contractual a cargo de las Administraciones públicas, lo primero que habría que justificar es el porqué de la existencia de un régimen jurídico propio de Derecho Público para esta contratación, es decir, ¿por qué no aplicar sencillamente el régimen establecido por el Derecho Privado para los contratos entre particulares? Pues bien, la existencia de un régimen peculiar de contratación para las Administraciones ha obedecido a dos tipos de razones que conviene deslindar: de un lado, la actividad de selección del contratista y la negociación de las condiciones del contrato, y de otro lado, el régimen del contrato mismo, esto es los derechos y obligaciones de las partes.

1.1.2. *La adjudicación del contrato: los contratos de las Administraciones*

En las relaciones entre sujetos privados, cada particular es libre para decidir con quién contratar, aunque no sea aquel que le ofrezca las mejores garantías de solvencia

técnica y económica. De hecho, en materia de elección del contratante, la perspectiva del Derecho Privado se limita a evitar que un contratante se prevalezca de la inferior posición del otro contratante —p. ej., contratando en beneficio propio con un incapaz—. Y por las mismas razones, el particular, en ejercicio de la axiomática autonomía privada, puede pactar las condiciones que estime oportunas —p. ej., comprando a un precio superior al ordinario—. El Derecho Privado únicamente velará por que no se produzcan los supuestos extremos de dolo o engaño, coacciones y circunstancias de este tipo. Y es así porque tanto si de la inadecuada elección del contratante como de la mala negociación del contrato se deriva un daño para uno de los contratantes, el único perjudicado será, en principio, el particular, interés éste del que en principio puede legítimamente disponer el propio titular —dejando a salvo los límites generales, derivados de las normas vinculantes y de la protección de los intereses de terceros—.

Por el contrario, siempre se ha entendido que las Administraciones públicas no deben ser libres para elegir al contratista, porque no manejan fondos propios sino ajenos, y, además, no se trata simplemente de administrar el patrimonio de un tercero —lo cual ocurre con total normalidad en el tráfico privado—, sino que se trata de fondos públicos, obtenidos principalmente mediante procedimientos exorbitantes —vía fiscal o tributaria—. Por la misma razón, las Administraciones públicas no deben poder pactar las condiciones contractuales que les plazca, sino que deben seleccionar a aquel oferente que le ofrezca las mejores garantías y condiciones.

Y esta perspectiva tradicional se ha visto doblemente reforzada. Por un lado, porque, desde la Constitución de 1978, el respeto al principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación pública ha adquirido la naturaleza de derecho constitucional. Pero, sobre todo, desde la entrada del Estado español en la Comunidad Europea, en virtud de la libertad de circulación de servicios consagrada en el Tratado Constitutivo, se impuso la necesaria apertura del mercado de la contratación pública a todos los empresarios europeos, impidiendo discriminaciones por razón de la nacionalidad. No se olvide el volumen de dinero que se mueve hoy en día en los mercados públicos de contratación, y que no pocas grandes fortunas se han hecho en nuestro país —como en tantos otros— al abrigo de la contratación pública.

Y si inicialmente el Derecho Comunitario se limitó a proscribir las prohibiciones de contratar a los no nacionales y a imponer deberes adicionales de publicidad, a partir de la década de los noventa, la Unión Europea dio un paso cualitativo, en el sentido de aprobar Directivas que obligan a los Estado miembros a observar unas reglas uniformes para la adjudicación de los contratos, puesto que no basta con garantizar efectivamente que pueda presentarse cualquier empresa —nacional o no— al procedimiento de adjudicación, sino que también es necesario que la Administración convocante no introduzca, por vía normativa o simplemente a través del pliego de condiciones, factores que privilegien injustificadamente a unos empresarios nacionales en detrimento de los empresarios de otros países socios. Piénsese en la práctica común entre las Administraciones territoriales de favorecer a las empresas locales.

A todo lo anterior debe añadirse la demostrada vinculación de la actividad contractual con el fenómeno de la corrupción (nada novedosa, piénsese en los escándalos que rodearon las concesiones y contratos de ferrocarril en el siglo XIX, puestos de manifiesto en su día por el propio Consejo Real) y, más recientemente, la instrumentalización de la contratación administrativa como medio de financiación oculta de los partidos políticos.

En todo caso, interesa destacar que la necesidad de garantizar la regularidad en la adjudicación del contrato es válida para toda clase de contratos celebrados por las Administraciones, independientemente de lo que se conoce como «naturaleza jurídi-

ca del contrato», es decir, del régimen público o privado al que deberá someterse el fondo del contrato. Las normas relativas a la publicidad y transparencia del procedimiento de ejecución son aplicables tendencialmente a todos los contratos de las Administraciones, pues pasan por encima de disquisiciones sobre el carácter público o privado del contrato. Por tanto, puede formularse un binomio entre Administración Pública y procedimiento público de adjudicación del contrato. Esto ha sido así tradicionalmente, instrumentalizándose a través de la técnica de los llamados *actos separables*.

1.1.3. *El régimen sustantivo del contrato: los contratos administrativos*

Una vez seleccionado el contratista cabe plantearse de nuevo la cuestión de si es o no necesaria una regulación propia de los contratos de las Administración o si, por el contrario, para el régimen sustantivo del contrato basta una remisión a las normas del Derecho Privado. Pues bien, a esta cuestión cada país ha dado una respuesta diversa de acuerdo con su tradición jurídica. Básicamente, los países de tradición anglosajona someten la contratación pública al régimen común de los contratos privados (si bien, de ordinario, la Administración introduce cláusulas y estipulaciones que salvaguardan el interés público), mientras que los países de «régimen administrativo», como el nuestro, establecen una legislación propia en materia de contratación pública que ha reconocido a la Administración prerrogativas exorbitantes en relación con el Derecho privado, como la facultad de variar el objeto del contrato (*ius variandi*) o de interpretarlo unilateralmente, potestades que se aplican *ex lege*, sin necesidad de su introducción en el clausulado de cada contrato.

Ahora bien, incluso en los países de régimen administrativo, cobra importancia la distinción antes mencionada entre contratos privados y administrativos de las Administraciones públicas. Es decir, se considera que no todos los contratos que celebran las Administraciones tienen la condición de contratos «administrativos» y deben por ello estar asistidos de esas prerrogativas exorbitantes. Por el contrario, desde antiguo se viene admitiendo que determinados contratos de la Administración, una vez cumplidas las reglas de Derecho público en materia de preparación y adjudicación, deben someterse a las reglas comunes del Derecho Privado (a este respecto es paradigmática la STS de 4-2-1965 sobre el antiguo Hotel Andalucía Palace).

Ambos tipos de contratos de las Administraciones son sinalagmáticos, en el sentido de que existe una interdependencia o nexo causal entre las obligaciones de ambas partes. Ahora bien, mientras que, cuando se trata de un contrato privado de la Administración las prestaciones de ambas partes —Administración y contratista— se consideran jurídicamente equiparables, de igual valor una y otra, cuando se trata de un contrato público de la Administración el interés público —p. ej., la realización de obra pública— se incorpora a la causa del contrato, de tal modo que el Derecho concede una supervaloración a la prestación que debe realizar el contratista, porque ella constituye un interés público legalmente relevante, mientras que la prestación que corresponde a la Administración afecta exclusivamente al interés privado de quién contrató con ésta como colaborador en el cumplimiento de una actividad pública.

En definitiva, los contratos públicos —llamados contratos administrativos en sentido estricto— son aquellos en los que las exigencias del interés público no se detienen en el procedimiento previo a su celebración, sino que la tutela de este interés público alcanza la entera ejecución del contrato —p. ej., asegurando en todo momento la continuidad en la prestación de un servicio público—. Y esto significa que en

esta clase de contratos —y sólo en ella— el interés público va a impregnar, a modular, el contenido del contrato.

En concreto, en los contratos privados —tanto entre particulares como de la propia Administración— es un principio básico la *inalterabilidad del contrato*, en el sentido de que el contrato es ley para las partes, de modo que ninguna de ellas puede modificar unilateralmente su contenido, sino que toda variación precisa la conformidad de ambas partes; en cambio, en relación con los contratos públicos en sentido estricto, la Ley permite a la Administración —*ius variandi*—, por razón de interés público, modificar unilateralmente el contrato celebrado —p. ej., imponer al contratista que explota una línea regular urbana de transporte de viajeros su extensión a otras líneas—. Ahora bien, está claro que las cargas económicas que impone la consecución del interés público no deben recaer exclusivamente —y por ello injustamente— sobre el contratista, y por ello la Ley garantiza el respeto del *equilibrio financiero* del contrato, es decir, la correspondiente compensación económica.

No obstante, en la práctica hay que relativizar el alcance de esta supuesta potestad o prerrogativa o privilegio exorbitante de la Administración, puesto que estas potestades sólo se utilizan raramente. Y ello es así no sólo por el coste económico que supone el ejercicio de estas potestades, sino sobre todo por el hecho de que las Administraciones, al fin y al cabo, no son sino agentes inmersos en un mercado cada vez más globalizado, que expulsa o sanciona comportamientos unilaterales de este tipo, que dañan la seguridad o certeza o previsibilidad del tráfico jurídico. De hecho, en el caso de las modificaciones del contrato, los problemas prácticos suelen ser de otro orden, en el sentido no ya de perjudicar sino de beneficiar indebidamente al adjudicatario —p. ej., se amplía la cuantía del proyecto—, y en claro perjuicio de los competidores y, en última instancia, del interés público.

1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A diferencia de la categoría del acto administrativo, la categoría del contrato administrativo no es pacífica. De hecho, es desconocida en los ordenamientos alemán e italiano. Así, la doctrina clásica alemana (MAYER, JELLINEK, FORSTHOFF) ha entendido que en el contrato administrativo faltan los presupuestos necesarios —autonomía de la voluntad y paridad jurídica de las partes— para la existencia de un verdadero contrato, afirmando que el contrato administrativo sería meramente un acto administrativo unilateral. Y la doctrina italiana (ZANOBINI, GIANNINI, PRESUTTI), si bien admite que el contrato administrativo es un contrato, niega que se diferencie sustancialmente del contrato privado. En síntesis, la doctrina germana niega que los contratos administrativos sean verdaderos contratos, y la doctrina italiana admite su naturaleza contractual pero niega su sustantividad.

La categoría del contrato administrativo procede del Derecho francés, donde la doctrina (G. JÈZE) y el Consejo de Estado elaboraron a principios del siglo XX esta figura con la finalidad de armonizar la institución general del contrato con las exigencias del interés público —interpretado por JÈZE sobre la idea de garantizar el funcionamiento del servicio público—, exigencias éstas que fundamentaron una serie de reglas de Derecho Público, las llamadas «cláusulas exorbitantes», derogatorias de las reglas del Derecho Privado, y dirigidas a subrayar las diferencias sustanciales de los contratos administrativos en relación con los contratos civiles; todo ello a partir de la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para conocer los contratos relativos a la organización y funcionamiento de los servicios públicos.

Para un sector de la doctrina (VILLAR PALASÍ, GARRIDO FALLA, ARIÑO) este conjunto de prerrogativas características del contrato administrativo, que exceden del ámbito del Derecho Privado —*contra legem privatum*, decía VILLAR PALASÍ—, determinan que el contrato administrativo constituya una institución con sustantividad propia y diferenciada del contrato civil (tesis sustancialista). Y esta tesis de la sustantividad del contrato administrativo fue acogida por la Ley de Contratos de 1963 que dispuso que los contratos administrativos se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, y supletoriamente por las restantes normas del Derecho Administrativo.

En cambio, otro sector de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) entiende que las cláusulas o prerrogativas exorbitantes carecen de un valor sustantivo, y constituyen simples «modulaciones», especialidades o adaptaciones del régimen contractual que en sustancia es el mismo —reglas de fondo—, y que, además, no derivan del propio contrato sino que son únicamente el reflejo en el contrato de las potestades de la Administración —así, p. ej., la potestad de modificación del contenido del contrato tendría su fundamento en la potestad expropiatoria—, potestades respecto a las cuales la Administración nunca puede renunciar. De hecho, la fuerza vinculante de tales prerrogativas no se deriva de que se recoja en una cláusula concreta, sino directamente de la norma, de tal modo que su falta de mención no puede interpretarse como una renuncia de la correspondiente potestad. En definitiva, tales prerrogativas no lo son tanto del contrato cuanto de la Administración que contrata, y, por tanto, externas a la institución contractual.

Más aún, algunos autores (PARADA VÁZQUEZ, JURISTO) han llegado a defender que los contratos administrativos son sólo contratos civiles deformados por el privilegio de la decisión ejecutoria, como consecuencia de la atribución de estos contratos a la jurisdicción contencioso-administrativa, que al tratarse de un sistema revisor de actos ejecutorios implica la sumisión del contratista en todos los conflictos que le oponían a la Administración al privilegio de la decisión ejecutoria de ésta, lo que le convierte en un eterno recurrente contra decisiones sobre interpretación, modificación y extinción del contrato. De este modo, tales prerrogativas serían meras manifestaciones de un único privilegio procesal, connatural al sistema del contencioso-administrativo: el privilegio de la decisión ejecutoria que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad. Así, para estos autores, aunque pueda resultar paradójico, la atribución de la competencia para conocer de estos contratos a la jurisdicción contencioso-administrativa —debido a su carácter revisor— fue la causa y no la consecuencia del nacimiento de tales prerrogativas.

1.3. LA ORDENACIÓN LEGAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En cuanto al reparto competencial en materia de contratación pública, en virtud del art. 149.1.18 CE corresponde al Estado establecer la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. A partir de este precepto la mayoría de los Estatutos de Autonomía han atribuido a su respectiva Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en esta materia (la excepción es Navarra, cuya Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, reconoce su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas sin más límite que el respeto a los «principios esenciales» de la legislación básica del Estado).

A este respecto, el Tribunal Constitucional tiene establecido que las reglas que regulan los actos de preparación y adjudicación de los contratos públicos pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos. Pero también lo son las reglas que regulan el régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción de los «contratos administrativos», en la medida en que determinan el alcance de las prerrogativas de que goza la Administración en este tipo de contratos, en los que no existe igualdad entre las partes, a la vez que establecen límites a la libertad de pactos, es decir, a la discrecionalidad de los gestores públicos a la hora de diseñar los contratos, todo ello en aras de garantizar los fines institucionales de carácter público que con ellos se trata de realizar. Esto es, precisamente, lo que caracteriza los contratos administrativos y los distingue de los contratos privados (STC 84/2015, FJ 5).

Respecto a la ordenación legal, durante mucho tiempo la contratación administrativa, al igual que otras materias, ha estado contenida en dos regulaciones paralelas y diversas: una para la Administración del Estado (Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento General de 1967) y otra para la Administración Local (legislación de régimen local). Esta dualidad se superó con la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, como ley básica común a todas las Administraciones públicas, ley que vino, asimismo, a transponer diversas directivas comunitarias (Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios y Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE en materia de contratos de suministro y de obras, respectivamente; de hecho el Estado español había sido condenado por las sentencias TJUE de 15 de mayo de 2003, asunto 214/2000; STJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/2000), así como los compromisos derivados del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, y el Acuerdo sobre Contratación Pública auspiciado por la Organización Mundial del Comercio, y firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

El objetivo de las Directivas consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico (SSTJCE 15-1-1998, *Mannesmann*, C-44/96; 10-11-1998, *BFI Holding*, C-360/96). De este modo, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicatarias establecidas en otro Estado miembro (STJCE 10-11-1998, *BFI Holding*, C-360/96; 17-12-1998, *Comisión/Irlanda*, C-353/96). Lo cierto es que el Derecho comunitario sobre contratación pública va a ser determinante de las evoluciones del derecho español.

Así, la Ley 13/1995 (a pesar de las sucesivas modificaciones que experimentó, principalmente mediante Ley 53/1999, de 28 de diciembre) no cumplía con todas las exigencias derivadas del Derecho comunitario, lo que supuso nuevamente reiteradas condenas al Estado español (sentencias del TJUE de 13-1-2005 y 19-4-2007), lo que unido a nuevos cambios trascendentales en el Derecho comunitario de la contratación (aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que vino a sustituir a las tres directivas antes citadas), llevó al legislador estatal a aprobar una nueva Ley sobre la materia: la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que —como se desprende del propio título— adopta un planteamiento más amplio, no constreñido a los contratos de las Administraciones públicas, al tiempo que incorpora nuevas modalidades de contratación y revisa la terminología tradicional. Asimismo, tras sucesivas leyes que modificaron por diversos motivos la Ley 30/2007, se adoptó el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), si bien no todos sus preceptos tienen carácter básico (disposición final segunda).

Además, debe significarse que el Derecho comunitario ha vuelto a renovarse: Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que ha derogado a la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública. Todo ello, volverá a exigir nuevas modificaciones de la legislación estatal básica.

Como normas de desarrollo, debe citarse el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, y algunas de cuyas normas son básicas (disp. final primera). Dado el carácter parcial de esta norma, debe entenderse vigente el Reglamento General de la anterior Ley de Contratos, aprobado por RD 1.098/2001, de 12 de octubre, en la medida en que no sea incompatible con la ley vigente.

Por su parte, aun cuando las Comunidades Autónomas ostentan, como se ha señalado, competencias de desarrollo legislativo, las disposiciones dictadas sobre esta materia presentan, en general, un carácter fragmentario, referidas a aspectos orgánicos y procedimentales (la excepción es la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, debido a la indicada singularidad competencial; y, en menor medida, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón).

Finalmente, existen normas especiales que vienen a transponer directivas comunitarias también específicas. Así, cabe destacar la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que regula los procedimientos de contratación en los llamados sectores especiales, del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (transposición de la Directiva 17/2004, derogada por la Directiva 2014/25/UE); así como la 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad (transposición de la Directiva 81/2009).

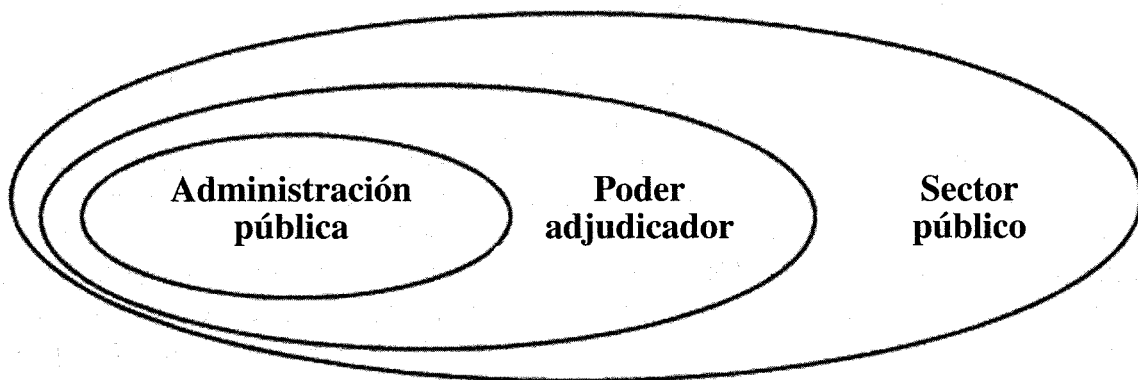
2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCSP

2.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

Tradicionalmente, el ámbito subjetivo de la ley de contratos ha estado constituido, como en el resto de leyes administrativas, por las Administraciones públicas, entendidas desde una concepción personalista. Pero para evitar el cumplimiento de las normas de contratación, las Administraciones en ocasiones han eludido la primera

parte del binomio, es decir la existencia de una Administración pública. Para ello, se ha acudido al cómodo expediente de crear o constituir una entidad jurídico-privada —generalmente una sociedad mercantil— de titularidad pública. Es decir, la Administración utiliza un sujeto interpuesto para burlar la aplicación de las normas de Derecho público, todo ello en no pocas ocasiones con apoyo del propio legislador.

Sin embargo, con objeto de garantizar el efecto útil de las Directivas comunitarias, el Derecho comunitario adoptó una perspectiva *sustancial* o funcional para determinar qué se entiende por «organismo de Derecho Público» sujeto a las mismas, que prescinde de criterios jurídico-formales, fácilmente manipulables por los Estados miembros, quebrándose la imprescindible unidad del ordenamiento comunitario (SSTJUE de 17-12-1998, *Comisión/Irlanda*, C-353/96, y de la misma fecha, *Connemara Machine Turf. Co.*, C-306/97). Dicho de otro modo, la circunstancia de que el Derecho nacional asigne a un organismo un estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas, lo que motivó —como se señaló— sendas condenas del Reino de España por parte del TJUE (sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00). Por este motivo, la LCSP de 2007 cambió el planteamiento, introduciendo hasta tres nociones subjetivas: Administración pública, poder adjudicador y sector público, que funcionan como círculos concéntricos.



En primer lugar, dentro de la noción de *Administración pública* entran los sujetos que tienen esta condición con arreglo a la legislación básica general, como son las Administraciones generales estatales, autonómicas y locales, así como las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas. Ahora bien, de modo seriamente cuestionable, la Ley excluye expresamente de la consideración de Administraciones Públicas a las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales —art. 3.2.e—. A los sujetos que tienen la condición a estos efectos de Administración pública, se les aplica la Ley de forma plena, con la salvedad que se señala más adelante respecto a los contratos privados de las Administraciones públicas.

En segundo lugar, siguiendo la Directiva 18/2004 —art. 1.9—, la Ley —art. 3.3— delimita los llamados *poderes adjudicadores*. La noción de «poder adjudicador» es por entero obra del Derecho comunitario, pues debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. A estos sujetos que tengan la condición de poderes adjudicadores se les aplica la Ley en lo relativo al régimen de preparación y adjudicación —art. 189 LCSP—. Pues bien, son poderes adjudicadores, además de los sujetos anteriores calificados de Administraciones Públicas, todos los demás en-

tes, organismos o entidades que cumplan los tres requisitos siguientes de carácter acumulativo (STJUE de 15 de enero de 1998, *Mannesmann*, C-44/96):

a) Que tengan personalidad jurídica propia (y es indiferente que sea de derecho público o privado).

b) Que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Según el TJCE (sentencia 10-11-1998, *BFI Holding*, C-360/96), la única interpretación que puede garantizar el efecto útil de la norma consiste en considerar que ésta ha creado, dentro de la categoría de necesidades de interés general, una subcategoría con las necesidades que no tengan carácter industrial y mercantil. Pues si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento de la definición carecería de utilidad. Por consiguiente, el legislador comunitario distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que sí tienen carácter industrial o mercantil. De otro lado el hecho de que haya competencia en un sector no basta para excluir la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público se guíen por consideraciones que no tengan carácter económico. Por tanto, las normas de contratación pueden aplicarse a un organismo determinado, aunque existan empresas privadas que satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, y la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo obligado por las normas de contratación. No obstante, la existencia de competencia no carece totalmente de pertinencia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil. En efecto, la existencia de competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que se trata de una necesidad de interés general de carácter industrial o mercantil.

c) Que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador (básicamente Administraciones públicas) financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Según la jurisprudencia del TJCE, se trata de requisitos alternativos, que reflejan tres variantes de la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, de modo que basta con cumplir uno cualquiera de los requisitos (STJCE 1-2-2001, *Comisión/ Francia*, C-237/99). Y, específicamente, en relación con la financiación pública, el Tribunal ha declarado que no toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar la relación específica de subordinación o dependencia. Únicamente cabe calificar de financiación pública aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica, pero no entrarían en este concepto las sumas abonadas por una entidad adjudicataria en el marco de contratos de prestación de servicios (STJCE 3-10-2000, C-380/98, *Universidad de Cambridge*).

En tercer lugar, la noción de *sector público*, que comprende además de los sujetos de las dos categorías anteriores, a otras entidades que conforman el sector público, como son las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de públicas sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o

varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Estas entidades, que ni tienen la consideración de Administración ni de poder adjudicador, únicamente están sujetas a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación que informan la legislación de contratación pública, si bien la Ley se remite a las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades para que dispongan lo necesario para asegurar la efectividad de dichos principios, instrucciones que deben publicarse en el perfil de contratante de la entidad —art. 192 LCSP—. Y en tanto no se aprueben las instrucciones internas estas entidades estarán sujetas a las reglas de adjudicación aplicables a los poderes adjudicadores —disp. trans. 5.^a—.

El principal problema es delimitar cuándo una entidad jurídico-privada del sector público encaja o no en la noción de «poder adjudicador». En el caso de las sociedades mercantiles del sector público será preciso analizar —caso por caso— su objeto social, para constatar si concurren o no las circunstancias exigidas en la Ley, si bien la tendencia de la doctrina del TJUE se orienta a interpretar de forma amplia la noción de poder adjudicador. Así, respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles municipales constituidas para el ejercicio de una actividad económica consistente en la promoción económica, industrial o comercial del municipio, el TJUE (sentencia de 22 de mayo de 2003, *Korhonen*, C-18/01), considera que están sujetas a la legislación pública de contratos, por entender que satisfacen necesidades de interés general, en la medida que «pueden impulsar los intercambios, así como el desarrollo económico y social del municipio, dado que la implantación de empresas en su territorio suele repercutir favorablemente en éste, en relación con la creación de empleo, el aumento de los ingresos fiscales y la mejora y la oferta de la demanda de bienes y servicios».

Asimismo, en el caso de que el objeto social esté integrado a la vez por actividades de servicio público y por actividades puramente económicas de carácter industrial o mercantil, frente a la posible interpretación de limitar la aplicabilidad de la LCSP únicamente a su actividad de servicio público, pero no de su actividad puramente económica, el TJUE (sentencia de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau*, C-44/96) consideró que: «es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades [...]. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por [...] tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer».

De otro lado, en el caso de las fundaciones del sector público, debido a su propia naturaleza de organizaciones sin ánimo de lucro que tienen su patrimonio afectado de modo duradero a la realización de fines de interés general, su condición de poder adjudicador parece evidente en todo caso.

2.2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

2.2.1. *Relaciones jurídicas excluidas*

La Ley —art. 4— excluye de su ámbito una serie de relaciones jurídicas, que se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de LCSP para resol-

ver las dudas y lagunas que pudieran presentarse —art. 4.2—. Entre dichas relaciones jurídicas destacamos las siguientes:

— *Las relaciones con el personal al servicio profesional de la Administración.* Se excluyen aquí tanto la relación de servicio de los funcionarios públicos (que, en propiedad, no constituye una relación contractual) como a los contratos regulados en la legislación laboral. En el pasado existían problemas de delimitación en la práctica del ámbito de aplicación de la relación contractual laboral y del antiguo contrato administrativo de trabajos específicos no habituales, que fue finalmente derogado por la Ley 53/1999.

— *Las relaciones con los usuarios de servicios públicos.* La Ley excluye de su ámbito a las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios. Se trata de servicios públicos prestados directamente por la Administración, a los que se aplica la legislación de defensa de los consumidores y usuarios.

— *Los convenios interadministrativos de cooperación.* La Ley excluye a los convenios de colaboración que celebren las distintas Administraciones entre sí, regulados inicialmente por la LRJPAC —arts. 6 y 8—. Así, el TJUE ha admitido la exclusión del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos cuando se trata de acuerdos que establecen una cooperación entre entidades públicas que tiene por objeto garantizar la realización de una «misión de servicio público» común a las mismas. Ahora bien, se exige que, además, tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06). No obstante, esta exclusión no entra en juego cuando se trate de «negocios que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley». Así, por ejemplo, los servicios de investigación y estudios que las Administraciones concertaban con Universidades públicas mediante convenios, desde la LCSP pueden entrar en la noción del contrato de servicios (véase STJUE 19 de diciembre de 2012, *Università del Salento*, C-159/11).

— *Los convenios de colaboración con particulares.* La Ley excluye de su ámbito a los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales. Aquí podrían entrar, por ejemplo, los convenios-programas en materia de subvenciones públicas.

— *Los acuerdos de Derecho Internacional Público.* La Ley excluye de su ámbito a los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público. También se declaran excluidos los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con uno o varios países no miembros de la Comunidad, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación conjunta de una obra, o relativos a los contratos de servicios destinados a la realización o explotación en común de un proyecto. E, igualmente, los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas, y los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.

— *Los contratos patrimoniales*. Hasta la LCSP los contratos de las Administraciones de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles y propiedades incorpóreas, se consideraban contratos privados de la Administración, de modo que les eran aplicables —como se verá— las normas de preparación y adjudicación de derecho público. Sin embargo, la LCSP —art. 4.1.p)— optó por excluir de su ámbito de aplicación a los «contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial». Además, se excluyen las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, que también se regulan por la legislación de patrimonio —art. 4.1.o)—.

2.2.2. *Especial referencia a las encomiendas o encargos de gestión por medios propios*

Como nos consta, la Ley 30/1992 —art. 15— posibilitó las encomiendas de gestión entre Entidades Públicas. En estos casos se parte de la idea según la cual una entidad adjudicadora no está obligada a iniciar un procedimiento de licitación para adjudicar un contrato público cuando ejerza sobre la entidad adjudicataria un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que la controlan (STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* C-107/98). En tal supuesto, no cabe considerar que la persona en cuestión tenga la condición de tercero con respecto a la entidad adjudicadora (son los llamados contratos domésticos o *in house providing*).

Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas aprobaron Leyes específicas para dar cobertura legal a las encomiendas de gestión o encargos de ejecución a entidades instrumentales jurídico-privadas, incluidas sociedades de economía mixta. Sin embargo, el TJEU (sentencia de 13 de enero de 2005) condenó a España por la imposibilidad de realizar encomiendas de gestión a las empresas públicas que no sean íntegramente de capital público. Asimismo, la doctrina del TJUE ha venido perfilando las exigencias para el empleo de esta técnica (sentencias de 19 de abril de 2007, *Tragsa*, C-295/05; de 17 de julio de 2008, *Comisión/Italia*, C-371/05; de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* C-324/07; de 10 de septiembre de 2009, *Sea*, C-573/07).

Finalmente, la LCSP abordó esta figura como un supuesto de negocio excluido de su aplicación. En concreto, la Ley —art. 4.n)— excluye los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que tenga atribuida la condición de *medio propio y servicio técnico* del mismo, la realización de una determinada prestación. Y se añade —art. 24.6— que los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la *parte esencial* de su actividad (la Directiva 2014/24/UE cifra esa parte esencia en más del 80 por 100 de las actividades de esa persona jurídica —art. 12—), cuando éstos ostenten sobre los mismos un *control análogo* al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, la Ley declara que se «entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un *control análogo* al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de eje-

cución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan». Por su parte, según reiterada jurisprudencia del TJUE, existe un «control análogo» cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de «influencia determinante», tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, *Parking Brixen*, *Coditel Brabant*, y *Sea*), nociones que asume la Directiva 2014/24/UE —art. 12—. En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia *Comisión/Italia*). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia *Coditel Brabant*).

No obstante, la jurisprudencia del TJUE ha admitido la noción de «control conjunto», en virtud de la cual, en el supuesto de que se recurra a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente, lo que supone admitir que una Administración pública puede ser socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público (sentencias *Coditel Brabant* y *Sea*), siempre y cuando cada una de las Administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión (sentencia de 29 de noviembre de 2012, *Econord SpA*, C-182/11).

En todo caso, la LCSP establece que la condición de *medio propio y servicio técnico* de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas. Y, en tal sentido, la propia LCSP atribuye expresamente esta condición a la empresa estatal TRAGSA —disp. adic. 25.^a—.

Y, de modo más general para el sector público estatal, la LRJSP —art. 86— declara que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

De otro lado, la Ley —art. 4.n)— precisa que los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de *medio propio y servicio técnico* para

la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre (es decir, según se trate de Administración pública, poder adjudicador o simple entidad del sector público) y el tipo y cuantía de los mismos (contratos sujetos a regulación armonizada o no).

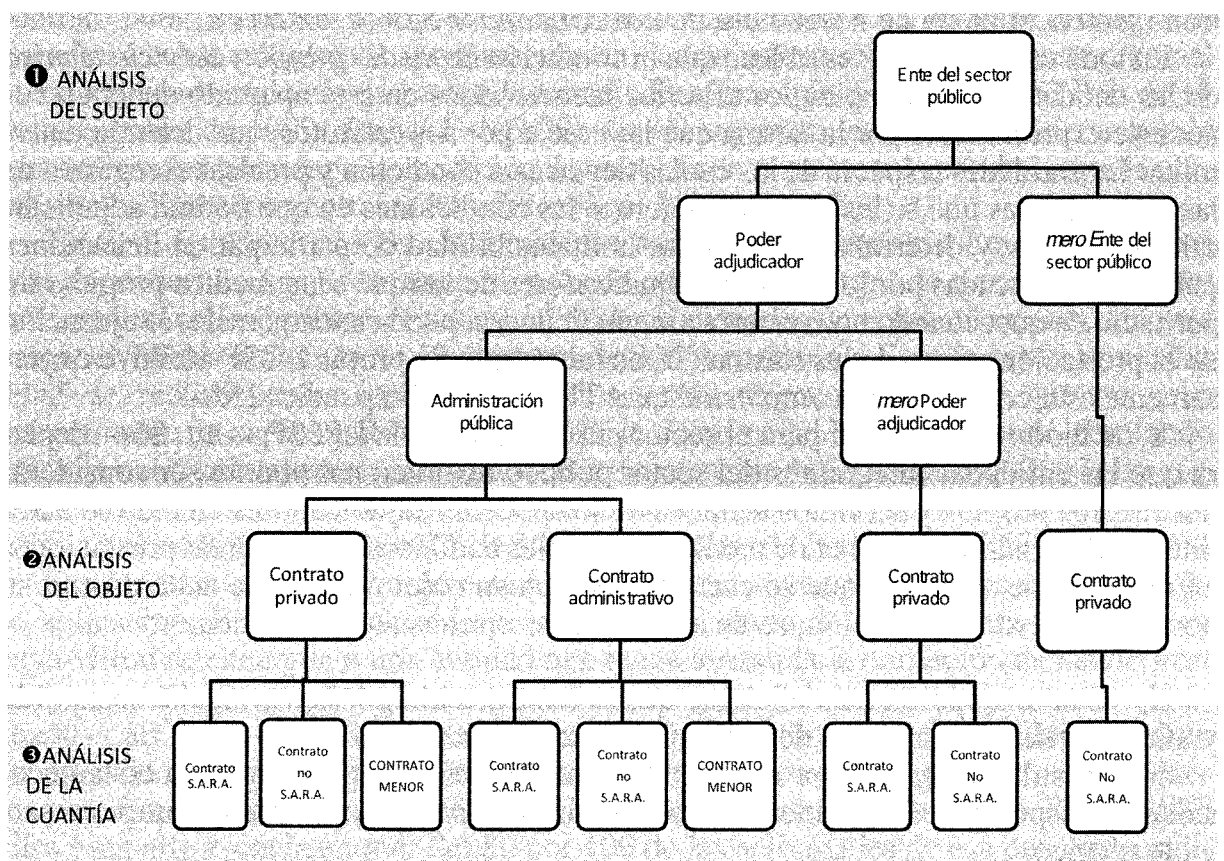
3. CLASES DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

3.1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

La vigente LCSP —art. 18 LCSP— mantiene la tradicional distinción entre contratos administrativos y contratos privados, si bien estos últimos presentan un mayor alcance dada la ampliación del ámbito subjetivo a los contratos no sólo de las Administraciones públicas sino también de sector público. Nos remitimos a lo señalado más arriba sobre las razones de esta distinción. Las complejas clasificaciones de los contratos pueden verse en una panorámica general con la siguiente figura (REGO).

FIGURA 1

Clasificación de los contratos del sector público



3.1.1. *Contratos administrativos*

Según el LCSP —art. 19—, tienen carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios (salvo excepciones, los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos) así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Con la novedad del contrato de colaboración, se trata de los tradicionales contratos administrativos *típicos* o *nominalizados*, regulados en la propia ley de contratos (por Ley 53/1999 se suprimieron —como se ha señalado antes— los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales).

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados, o por declararlo así una Ley. Son los llamados contratos administrativos *atípicos* o *especiales*.

Dado que la noción de contratos privados de las Administraciones Públicas es por exclusión, es decir, los que tengan por objeto servicios no incluidos dentro de la noción de contratos administrativos —art. 20.1—, la noción clave para diferenciar entre contratos administrativos y contratos privados de las Administraciones Públicas es la señalada vinculación «al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla» (expresiones introducidas por la Ley de Contratos de 1995). En última instancia, si el objeto del contrato recae sobre una materia o actividad de la específica competencia atribuida por el ordenamiento a la Administración actuante, el contrato será administrativo, pues en virtud del principio de la irrenunciabilidad de la competencia, la Administración debe retener las prerrogativas necesarias en la fase de ejecución y resolución de los contratos.

Lo que en modo alguno es criterio delimitador de la naturaleza jurídica del contrato es que el contrato se sujete, en su pliego de condiciones, a uno u otro régimen, o a una u otra jurisdicción, porque, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, la calificación que las partes realicen del contrato no vincula al juzgador. Lo único relevante es el objeto del contrato, lo que en la práctica ha generado una cierta casuística.

En cuanto a su régimen jurídico, los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por el LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas —art. 19.2—. Sobre la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, nos remitimos a lo indicado más arriba.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos —art. 21.1 LCSP y art. 2.b) LJCA—.

3.1.2. *Contratos privados*

Tienen la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administracio-

nes Públicas (de la que están excluidas —como se señaló— las entidades públicas empresariales). Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios no incluidos dentro de la noción de contratos administrativos (como la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos), así como cualesquiera otros contratos distintos de los contratos administrativos —art. 20.1—.

Respecto a su régimen jurídico, los contratos privados se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado. No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas sobre modificación de los contratos de la LCSP —art. 20.2—.

Ahora bien, mientras en relación con los contratos administrativos el único orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo, en relación con los contratos privados se establece un complejo reparto competencial, sustentado en la tradicional noción *actos separables* —art. 21—:

— *Orden jurisdiccional contencioso-administrativo*: le corresponde el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 así como determinados contratos de servicios (de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros) que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores. También conocerá de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en la Ley —art. 41—.

— *Orden jurisdiccional civil*: es el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados.

Tradicionalmente, las reglas de reparto jurisdiccional se detenían aquí en los contratos privados de la Administración, pero dado que la LCSP amplía su ámbito subjetivo a entidades que no tienen la consideración de Administración pública, es necesario determinar qué orden jurisdiccional es competente en relación con las cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública. Pues bien, según la Ley, será igualmente competente el orden jurisdiccional civil, «siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada». Por tanto, en los contratos sujetos a una regulación armonizada, el orden jurisdiccional competente en relación con los actos de preparación y adjudicación es el contencioso-administrativo, probablemente porque en estos supuestos se interpone previamente un recurso administrativo especial ante un órgano independiente de la Administración de tutela de la entidad contratante. Sin embargo, dado que la noción de contrato sujeto a regulación armonizada es —como se verá— en gran medida cuantitativa (en función del importe estimado del contrato), el criterio seguido por el legislador para repartir la competencia jurisdiccional no deja de ser arbitrario.

Lo ahora expuesto, añadido a lo que se verá más tarde acerca de los contratos sujetos a una regulación armonizada (SARA), nos determina la siguiente tabla de vías judiciales de impugnación en materia de contratación:

	Preparación	Adjudicación	Efectos	Extinción
Contratos administrativos	Jurisdicción contencioso-administrativa			
Contratos privados de la Administración	Jurisdicción contencioso-administrativa		Jurisdicción civil	
Contratos privados SARA				
Contratos de servicios de todo poder adjudicador, cat.17-27 anexo II, > 200.000 €				
Contratos privados, no AAPP, no SARA	Jurisdicción civil			

3.2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

3.2.1. *Contrato de obras*

Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una «obra», entendiéndose por tal el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble, o bien la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I (construcción y demolición de inmuebles, perforaciones y sondeos, construcción de carreteras, vías férreas, obras hidráulicas, entre otras) o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante —art. 6.1—.

Inicialmente, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente «proyecto» que definirá con precisión el objeto del contrato —art. 121.1—. No obstante, se prevé la posibilidad de que excepcionalmente el contrato de obra comprenda también la redacción del correspondiente proyecto —art. 6.2—, en cuyo caso se llevaría a cabo la adjudicación conjunta de proyecto y obra —arts. 121.2 y 124—.

3.2.2. *Contrato de concesión de obras públicas*

Menos común que el contrato de obras, el contrato de concesión de obras públicas tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio —art. 7.1—. Esta modalidad contractual se utilizó en el siglo XIX para la realización de obras que por su elevado coste el Estado no podía afrontar, como los ferrocarriles, y en la actualidad ha recobrado interés, en el contexto de crisis financiera del Estado.

El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, como contenido, la adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o actividades económicas a las que sirve de soporte material, así como las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales —art. 7.2—. En todo caso, con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma, el cual debe someterse a información pública —art. 128—. Debe significarse que esta modalidad contractual está ahora sujeta a la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

3.2.3. *Contrato de gestión de servicios públicos*

Junto con el contrato de obras, es el contrato administrativo por excelencia. La LCSP —art. 8— delimita este contrato mediante dos elementos, uno subjetivo —quién contrata— y otro objetivo —lo que se contrata—. Según la Ley, el contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública (de acuerdo con el elenco que formula la LCSP, y no otra entidad del sector público, salvo una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en relación exclusivamente con la gestión de la prestación de asistencia sanitaria), encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (o Mutua) encomendante —art. 8.1—.

Básicamente, los servicios públicos pueden gestionarse de forma directa por la propia Administración, o de forma indirecta mediante el contrato de gestión de servicios públicos —art. 85.2 LRBRL—. Por este motivo, la LCSP —art. 8.2— dispone que este contrato no es aplicable a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública, pues, en realidad, se trata de supuestos de gestión directa del servicio público —art. 85.2.A) LRBRL—.

Ahora bien, no toda actividad de la Administración es susceptible de contratación con tercero. Así, el LCSP —art. 275.1— declara que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante este contrato, los servicios de su competencia, «siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos». Y, de modo similar, la LRBRL —art. 85.3— establecía que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, lo que ha llevado a la jurisprudencia a declarar la imposibilidad de gestionar indirectamente el servicio de recaudación de tributos (SSTS 5-3-1993 y 31-10-1997). Y tras la reforma de la LRBRL operada por la Ley 27/2013, se ha sustituido la anterior referencia a servicios que impliquen el ejercicio de autoridad, por una remisión a las funciones que, de acuerdo con el EBEP —art. 91— corresponde su ejercicio en exclusiva a los funcionarios públicos (véase el Tema sobre «El Empleo Público»).

Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio —art. 132 LCSP—. En cuanto a las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), fueron expuestas en el Tema anterior, entre los modos de gestión de los servicios públicos.

El contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 LCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 10 de septiembre de 2009, C-206/08 y Sentencia 14 de noviembre de 2013, asunto *Belgacom*) declaró que la concesiones de servicios de interés transfronterizo están sujetas a los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (prohibición de discriminación, principio de igualdad de trato y obligación de transparencia). En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, sometiéndolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones públicas.

Con todo, la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, ha venido a cubrir esta laguna (a partir de los umbrales de cuantía fijados en la misma), y sin que ello afecte al principio de libertad de administración de las autoridades públicas, en el sentido de «libertad» para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios (es decir, la Directiva no se predetermina la elección del modo de gestión, pero sí establece normas particulares para el caso de que se opte por la gestión indirecta).

3.2.4. *Contrato de suministro*

Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles —art. 9.1—. Como nos consta, los contratos de adquisición de bienes inmuebles están excluidos del ámbito de la LCSP —art. 4.1—.

En todo caso, se consideran contratos de suministro los siguientes —art. 9.3—:

- a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.
- b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos —véase art. 290—, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.
- c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad —véase art. 291—. De otro lado, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables —art. 9.2—.

3.2.5. *Contrato de servicios*

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro —art. 10—. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II (servicios de mantenimiento y reparación, de limpieza, servicios de transporte y mensajería, de telecomunicación, financieros, de consultoría, de seguridad, entre otros).

Con objeto de diferenciar este contrato de la concesión de servicios públicos, que —como nos consta— no es un contrato armonizado, en un primer momento, el criterio diferenciador se situó en el modo de remuneración del contratista: pagado por los usuarios, en el contrato de concesión, y por la Administración, en el contrato de servicios. Pero posteriormente la propia Directiva 2004/18/CE —art. 1.4— declara que «La «concesión de servicios» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio». Como señala la jurisprudencia comunitaria, en la concesión de servicios se transfiere el derecho a explotar el servicio en cuestión de que se trata, asumiendo el concesionario el riesgo vinculado a la explotación, entendido como el «riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado», es decir, al juego de la oferta y de la demanda, y ello con independencia de que la retribución del contratista proceda de la Administración o de los usuarios (por todas, SSTJUE 18-7-2007, C-382/05, *Comisión/Italia*; 10-3-2011, C-274/2011, sobre servicios de socorro).

En general, mientras el contrato de gestión de servicios públicos tiene por objeto la explotación y prestación de un servicio público de competencia de una Administración, el objeto del contrato de servicios es más bien la prestación de servicios marcadamente auxiliares o instrumentales para el funcionamiento interno de la Administración (como la limpieza, el mantenimiento o la seguridad de edificios públicos). Así, mientras en el contrato de gestión de servicios públicos los destinatarios del servicio que presta el contratista son los usuarios del servicio público y no directamente la Administración, en el contrato de servicios el destinatario directo e inmediato del servicio constitutivo del objeto del contrato es precisamente la Administración contratante. De hecho, esta es la principal modalidad contractual mediante la que se instrumentaliza el fenómeno de la *externalización* de servicios por parte de las Administraciones.

3.2.6. *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*

Se trata de una noción que procede directamente de la Unión Europea (Libro Verde de la Comisión sobre «La colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones», de abril de 2004), que la LCSP introdujo en nuestro ordenamiento, pensada para la realización, financiación y gestión de grandes y complejas infraestructuras.

Según la Ley, son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública (o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas) encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realiza-

ción de una *actuación global e integrada* que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: *a)* La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. *b)* La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. *c)* La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. *d)* Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento —art. 11.4—.

Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto que no existen otras fórmulas alternativas de contratación que permitan la satisfacción de las finalidades públicas —art. 11.2—. En este sentido, con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá realizar una evaluación previa que ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación —art. 134.1—.

El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. En todo caso, el contrato debe identificar las prestaciones principales que constituyen su objeto, y que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato —art. 136.a)—. Así, se establece que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales de la LCSP y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada en el contrato, en lo que no se opondan a su naturaleza, funcionalidad y contenido —art. 313—.

3.3. CONTRATOS SUJETOS A UNA REGULACIÓN ARMONIZADA

Con carácter general, son contratos sujetos a una regulación armonizada (SARA) los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios (comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II), cuyo valor estimado sea igual o superior a las cuantías que indica la Ley (por ejemplo, 5.000.000 euros en los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas), siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador.

Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada determinados *contratos subvencionados* —arts. 13.1 y 193—. En concreto, entran en esta categoría ciertos contratos de obras y los contratos de servicios que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores —art. 17.1—.

Por tanto, son contratos no sujetos a una regulación armonizada los siguientes: los contratos suscritos por entes del sector público que no tienen naturaleza de poder adjudicador, ni tienen por objeto contratos subvencionados, bien porque no exceden el umbral económico que en relación con los mismos establece la Ley, o bien por decisión expresa del propio legislador, que con independencia de que sean suscritos por poderes adjudicadores y de su valor estimado, ha decidido excluir de la regulación armonizada determinados contratos, como los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, y los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación —art. 13.2—.

La delimitación de esta categoría de contratos sujetos a una regulación armonizada tiene por único objeto cumplir, de modo estricto, las exigencias de publicidad y garantía de concurrencia establecidas en el Derecho comunitario (principalmente, en la Directiva 2004/18/CE). De este modo, se establece un doble estándar de garantías jurídico-públicas, en función de que se trate de contratos públicos sujetos o no a regularización armonizada. Así, por ejemplo, la Ley diferencia entre contratos sujetos a una regulación armonizada y los que no lo están en materia de garantías de solvencia —arts. 80 y 81—, de publicidad de la licitación —art. 142—, de plazos de presentación de proposiciones —arts. 159, 164 y 167—, de adjudicación —arts. 190 y 191—, de publicidad de la formalización del contrato —art. 154—, de nulidad contractual —art. 37—, en materia de recurso especial —art. 40—, y de orden jurisdiccional —art. 21.2—.

Con todo, este criterio ha sido censurado por un sector de la doctrina (SÁNCHEZ MORÓN, MORENO MOLINA), pues se limita a cumplir el mínimo exigido en las normas comunitarias sin interiorizar sus principios, máxime cuando el TJUE tiene declarado que aun en el caso de que el contrato no alcance los umbrales fijados en las Directivas, resultan de aplicación las normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE, en concreto los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que el contrato de que se trate presente un interés transfronterizo cierto habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución (sentencias de 15 de mayo de 2008, *SECAP* y *Santorso*, C-147/06 y C-148/06).

4. LAS PARTES DE LA CONTRATACIÓN

4.1. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CONTRATACIÓN

4.1.1. Órganos de contratación

En general, la representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre —art. 51 LCSP—. Asimismo, al órgano de contratación le corresponde adoptar las principales decisio-

nes relacionadas con la actividad contractual, como la tramitación y aprobación del correspondiente expediente de contratación —arts. 109 y 110—, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas —arts. 115 y 116— y la adjudicación del contrato —art. 151—, entre otras.

En la Administración General del Estado los órganos ordinarios de contratación son los Ministros los Secretarios de Estado, y los Presidentes o Directores de los organismos, agencias y demás entidades públicas estatales, son los órganos de contratación de unos y otros, a falta de disposición específica sobre el particular —art. 316.1 y 2 LCSP, y arts. 61.k), 62.2.g) y 100.2 LRJSP—. No obstante, se contempla la posibilidad de constituir *Juntas de Contratación*, que actuarán como órganos de contratación para determinados contratos —art. 316.4 LCSP—. Asimismo, los órganos de contratación necesitan la autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos en determinados supuestos (básicamente cuando el valor estimado del contrato exceda de una cuantía muy elevada).

Por su parte, en los municipios de régimen común y demás Entidades locales corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años. En el resto de los casos, corresponde al Pleno de la entidad las competencias como órgano de contratación —disp. adic. 2.^a LCSP—.

De otro lado, los órganos de contratación podrán designar un *responsable del contrato* al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él —art. 52 LCSP—.

Además, de modo novedoso, la Directiva 2014/24/UE obliga a los Estados miembros a velar por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los *conflictos de intereses* que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. El concepto de conflicto de intereses comprende al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación. A este respecto, la LCSP —art. 319— se ha limitado a remitirse a las causas de abstención previstas en la LRJSP —art. 23—, y que presentan hoy en día un alcance excesivamente estricto.

Asimismo, con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por la Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación están obligados a difundir, a través de Internet, su *perfil de contratante*. El perfil de contratante es un término muy poco expresivo con el que se designa una sección de la página web que necesariamente habrán de tener operativa los contratantes del sector público. Curiosamente, no tiene la consideración de sede electrónica en los términos previstos

por la LRJSP, aunque no es raro que esta sección del portal web se ubique por las Administraciones públicas precisamente en su sede electrónica. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación de los contratos —arts. 53 y 154—.

Además, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a las Administraciones y demás sujetos obligados por misma a publicar en su portal de transparencia: «Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público —art. 8.1.a)».

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, entre los sistemas previstos para la racionalización técnica de la contratación —art. 194—, se encuentra la posibilidad de que las entidades del sector público estatal, así como las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales puedan centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados denominados *centrales de contratación* —arts. 203 y 204—. En el ámbito de la Administración General del Estado, la Dirección General del Patrimonio del Estado operará como central de contratación única —art. 206—.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, entre los sistemas previstos para la racionalización técnica de la contratación —art. 194—, se encuentra la posibilidad de que las entidades del sector público estatal, así como las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales puedan centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados denominados *centrales de contratación* —arts. 203 y 204—. En el ámbito de la Administración General del Estado, la Dirección General del Patrimonio del Estado operará como central de contratación única —art. 206—.

4.1.2. Órganos de asistencia

Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en determinados procedimientos negociados con publicidad, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas deben estar asistidos por una *Mesa de contratación*, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas y formular la propuesta de adjudicación (no vinculante) al órgano de contratación —art. 160—. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación. Los miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación, y entre los vocales deberán designarse

técnicos con funciones de asesoramiento jurídico y de control económico-presupuestario —art. 320 LCSP—.

En los concursos de proyectos, la Mesa de contratación se constituirá en *Jurado de los concursos* de proyectos, incorporando a su composición hasta cinco personalidades de notoria competencia en el ámbito relevante, designadas por el órgano de contratación, que puedan contribuir de forma especial a evaluar las propuestas presentadas, y que participarán en las deliberaciones con voz y voto —art. 323 LCSP—.

4.1.3. Órganos consultivos

Junto a los órganos consultivos generales (Consejo de Estado y concejos consultivos autonómicos), que deben emitir dictamen en determinados procedimientos de contratación (básicamente, de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista), existen específicos órganos consultivos en esta materia. Para la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, Agencias y demás entidades públicas estatales, existe la *Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado* como órgano consultivo específico en materia de contratación administrativa. La Junta podrá exponer directamente a los órganos de contratación o formular con carácter general las recomendaciones pertinentes —art. 324 LCSP—. En este sentido, este órgano emite informe preceptivo en relación con diversos aspectos de la contratación, como la clasificación de los contratistas, sobre pliegos de cláusulas administrativas generales y prescripciones técnicas generales, o revisión de precios, entre otras. Asimismo, este órgano es receptor de la información estadística sobre los contratos formalizados —art. 30—.

Por su parte, las Comunidades Autónomas han creado, en ejercicio de su potestad de organización, sus propios órganos consultivos en materia de contratación que, según el LCSP —art. 325— ejercerán su competencia en su respectivo ámbito territorial, en relación con la contratación de las Administraciones autonómicas, de los organismos y entidades dependientes o vinculados a las mismas «y, de establecerse así en sus normas reguladoras, de las entidades locales incluidas en el mismo», sin perjuicio de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Además, se ha creado la *Oficina Nacional de Evaluación* que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos a celebrar por los poderes adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales. En tal sentido, este órgano evacuará informe preceptivo cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario; o bien en los casos en que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros (Disp. Adic. 36.^a LCSP, añadida por la LRJSP —Disp. Final 9.^a—).

4.1.4. Registros Oficiales y otros instrumentos de difusión

Dependiente del Ministerio de Hacienda, existe el *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado*, en el cual se harán constar los datos relativos a la capacidad de los empresarios que hayan sido clasificados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —art. 326—, sin perjuicio de que las Comuni-

dades Autónomas puedan crear sus propios Registros Oficiales de licitadores y empresas clasificadas —art. 327—, como de hecho así sucede. Es obligatoria la inscripción de la clasificación obtenida por los empresarios que la soliciten —art. 69—, así como de determinadas prohibiciones de contratar en la inscripción en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, pero la inscripción de otros datos es voluntaria para los empresarios —arts. 327, 328 y 329—. El Registro se declara público para todos los que tengan interés legítimo en conocer su contenido —art. 331—.

De otro lado, también dependiente del Ministerio de Hacienda, existe el *Registro de Contratos del Sector Público*, en el que se inscriben los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas administraciones públicas y demás entidades del sector público —art. 333—. Este registro constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España y, como tal, el soporte para el conocimiento, análisis e investigación de la contratación pública, para la estadística en materia de contratos públicos y, en general, para la difusión pública de dicha información, de conformidad con el principio de transparencia. Para ello, los órganos de contratación comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción. No obstante, la transparencia prevista es limitada: «con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet» —art. 333.5—.

De otro lado, debe mencionarse la *Plataforma de Contratación del Sector Público*, plataforma electrónica que tiene por finalidad primaria dar publicidad a través de internet, mediante un portal único, a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren. Para ello, los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal deberán integrarse en esta plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las sedes electrónicas de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil del contratante situado en la Plataforma de Contratación del Estado. Por lo demás, la Plataforma de Contratación del Estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y las Entidades locales —art. 334—. Sobre el perfil del contratado, véase Tema 11, § 2.5.2.

4.2. EL CONTRATISTA

4.2.1. *Capacidad y solvencia del empresario*

En general, sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la Ley, se encuentren debidamente clasificadas —art. 54 LCSP—. De este modo, la aptitud para contratar con el sector público se centra en las prohibiciones para contratar y en la exigencia de solvencia. De modo general, por imperativo del Derecho Comunitario, la verificación de la aptitud de los licitadores y candidatos debe realizarse mediante criterios no discriminatorios y en condiciones de transparencia.

No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurren determinadas circunstancias —art. 60, ampliadas por la LRJSP—, como haber sido

condenadas mediante sentencia firme por delitos relacionados con la corrupción (tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, financiación ilegal de partidos políticos), fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos relativos a la ordenación del territorio, protección del medio ambiente o del patrimonio histórico, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio; haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales; no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social; haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública; o estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa, con arreglo a lo previsto en la Ley General de Subvenciones, o en la Ley General Tributaria, entre otras.

En cuanto a la exigencia de solvencia, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación —art. 62.1 LCSP—. Sin embargo, la Ley no exige que, en todo caso, tal solvencia se acredite por medios propios, sino que permite que el empresario pueda basarse en la solvencia y medios de «otras entidades», independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios —art. 63 LCSP—.

No obstante, el requisito de la solvencia es sustituido por el de la *clasificación* en determinados casos, básicamente cuando el valor estimado del contrato supera ciertas cuantías —arts. 62.2 y 65.1—. La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, económica y financiera y técnica o profesional, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A este respecto es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE (sentencia de 10 Oct. 2013, C-94/2012) que permite, con carácter general, a los candidatos o licitadores recurrir a las capacidades de una o varias entidades terceras junto con sus propias capacidades, para cumplir los requisitos de capacidad, lo cual es conforme con los objetivos que persiguen las directivas de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible y de facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos. No obstante, corresponde en estos casos al operador económico probar que dispondrá efectivamente de los medios que esgrime durante toda la duración de validez de la clasificación.

Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas, que en la Administración del Estado corresponde adoptar a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —art. 68—, se inscriben de oficio en el *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas* que corresponda en función del órgano que los hubiese adoptado, y acreditan en el ámbito correspondiente las condiciones de aptitud del empresario —arts. 69 y 83—.

4.2.2. *Garantías exigibles en la contratación pública*

Sin perjuicio de la acreditación de la solvencia (exigencia común a todos los licitadores), el licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa

deberá acreditar, en el plazo que se señala, la constitución de la *garantía definitiva*. Generalmente, esta garantía debe prestarse para cada contrato y alcanza un 5 por 100 del importe de adjudicación —arts. 95 y 99—. No obstante, en casos especiales, se puede imponer la prestación de una *garantía complementaria* de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato. Asimismo, alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario podrá constituir una *garantía global* para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los que celebre con una Administración Pública, o con uno o varios órganos de contratación —art. 98—.

La garantía responderá de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución, así como de las penalidades impuestas al contratista —art. 100—. Por ello, la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista —art. 102—.

Finalmente, en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una *garantía provisional*, que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo, y cuyo importe no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato. La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación —art. 103—.

5. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

5.1. CUESTIONES GENERALES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

La celebración de contratos por parte de las Administraciones públicas exigirá en todo caso la tramitación de un expediente —art. 109.1—. El procedimiento de contratación es un continuo, que se inicia con una serie de *actos preparatorios* previos y prosigue con una *fase de adjudicación* articulada en dos períodos sucesivos: uno, de *licitación y presentación de ofertas*, en el que se publica la convocatoria del contrato a fin de que se presenten las propuestas de quienes se encuentren interesados en participar en el procedimiento; y otro, de *selección del contratista*, durante el cual se selecciona una oferta, de acuerdo con los *criterios de selección* que se hayan establecido previamente. Finalmente, se procede a la *formalización* del contrato, es decir, a darle soporte en un documento suscrito por ambas partes.

La tabla ofrece una visión panorámica de las fases del procedimiento de contratación.

Fase		Trámite	
Actos preparatorios (expediente de contratación)		Memoria justificativa de la necesidad del contrato	
		Certificación de la disponibilidad del gasto	
		Pliego de cláusulas administrativas generales	
		Pliego de cláusulas administrativas particulares	
		Pliego de prescripciones técnicas	
		Otros documentos preparatorios según el tipo de contrato	
Licitación (publicidad)		Anuncios previos: programa de contrataciones para los próximos doce meses	
		Anuncios o notificaciones de convocatoria del contrato	
Presentación de ofertas (plicas)			
Adjudicación	Selección del contratista	Abierto	Apertura de las plicas
			Valoración de las ofertas
			Propuesta de adjudicación por el órgano de valoración (mesa de contratación)
			Adjudicación definitiva
		Restringido	Anuncio específico de requisitos de solvencia
			Presentación de solicitudes de participación
			Selección de empresas participantes
			Invitación a presentación de plicas
			Apertura de las plicas
			Valoración de las ofertas
			Propuesta de adjudicación por el órgano de valoración (mesa de contratación)
			Adjudicación definitiva
		Procedimientos extraordinarios	Negociado
			Diálogo competitivo
Contratos menores			
Formalización		Redacción del contrato en un documento y suscripción del mismo	

El conjunto de actuaciones implicadas en el proceso, desde los primeros actos preparatorios hasta la formalización del contrato, se compone de los trámites que en diferentes lugares de esta obra hemos calificado como *actos separables*, esto es, los que forman parte del procedimiento de contratación, lo que determina importantes diferencias en relación con la intensidad del Derecho público aplicable y la vía de impugnación de los actos que se dicten. A partir del momento en el que el contrato se formaliza comienza su fase de ejecución, que sólo se encuadra en el Derecho administrativo cuando se trata de contratos administrativos en sentido estricto.

No existe un solo *procedimiento* de contratación, sino diferentes clases de procedimientos, que se combinan entre sí. Hay dos criterios principales de clasificación de los procedimientos de contratación:

— Según el *criterio de licitación*, es decir, en función de cómo se articula el número de empresas que pueden concurrir al procedimiento de contratación y presentar

sus ofertas. Se distingue entre procedimiento *abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo*.

— Según el *criterio de selección del contratista*, es decir, en función de la manera en la que se decide quién resulta adjudicatario del contrato, una vez determinadas las diferentes ofertas. En la *subasta*, el criterio único es el precio. En el concepto más amplio de *oferta más ventajosa* caben incluir otros criterios, como veremos en su lugar.

— Un tercer factor de clasificación es el de procedimientos de contratación que *combinan los criterios de licitación y selección* simultánea e indisolublemente; con arreglo a este término de clasificación se dan tres procedimientos: el que se sigue en los llamados *contratos menores*, así como los *acuerdos marco* y los *sistemas dinámicos* de contratación.

Los procedimientos de contratación sirven a las dos finalidades que se indicaron al principio de este Tema como fundamento de la contratación pública: preservar la objetividad en la selección del adjudicatario y garantizar la adecuada satisfacción de los intereses públicos. Esto ha llevado a una progresiva sofisticación del procedimiento, que en la actualidad resulta por lo general dilatadísimo en el tiempo y sobrecargado con una infinidad de trámites y cargas administrativas.

Además, las especialidades y particularismos se multiplican hasta el infinito, en función del sujeto contratante (Administración pública, poder adjudicador o ente del sector público), la sujeción a regulación armonizada o no, y las diferentes clases de contratos (de obra, de servicio, de suministro, de gestión de servicios públicos...): en función de todos estos criterios pueden variar los plazos, las formas de tramitación, los medios de licitación... En una obra como ésta es sencillamente imposible dar cuenta cabal del agotador detallismo normativo, de la interminable minuciosidad de los trámites y plazos, repletos de reglas especiales justificadas por las antedichas razones. En los epígrafes subsiguientes nos limitamos por tanto a ofrecer una visión muy superficial de la materia, dirigida a adquirir una idea global de los procedimientos de contratación, en un intento por hacer inteligible esta complicada legislación, pues el adecuado conocimiento de la contratación administrativa es una materia altamente especializada y de profundo tecnicismo para cuyo estudio resulta forzoso acudir a fuentes más precisas.

De otro lado, no es ocioso decir que la farragosidad presente en la contratación pública es uno de los principales argumentos que se aducen para justificar la *huida* hacia las formas privadas de personificación instrumental, pues cuando, en lugar de contratar directamente la Administración, lo hace mediante un ente interpuesto (de personalidad privada, o pública con aspectos sustanciales de su actuación sometidos al Derecho privado), se eluden muchos de estos trámites y exigencias. Y en cuanto al grado de éxito del propósito implícito en este denso bosque normativo (garantizar la pureza del procedimiento de contratación), no hay más que mirar la prensa diaria, jalonada de casos de corrupción en la adjudicación de contratos, para ser consciente de su absoluto fracaso.

El resultado final es demencial: se erige una magnífica e intachable construcción jurídica, en la que se satisfacen pulcramente las exigencias derivadas de los principios jurídicos que vinculan el quehacer de las Administraciones públicas; pero en la práctica esa legislación sólo se emplea en un porcentaje del volumen total de contratación, acudiéndose a fórmulas de fuga y esquivo del Derecho rituario vigente e incurriéndose en irregularidades en la adjudicación espoleadas por redes de corrupción. Parece más sensato promover fórmulas de simplificación administrativa, que agilicen los procedimientos, y además, que reduzcan la carga administrativa que se hace re-

caer sobre los participantes en el procedimiento. Y sobre todo, es preciso potenciar la *transparencia* del proceso, y especialmente de las adjudicaciones, que deberían hacerse públicas por medios general y fácilmente accesibles a fin de que el *cuarto poder* (la sociedad civil, y en particular los medios de comunicación), puedan llevar a cabo un minucioso escrutinio que vele por la pureza de las adjudicaciones y evite toda corruptela.

5.2. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS Y FORMAS DE TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

5.2.1. *El expediente de contratación*

El objeto y el precio del contrato son dos elementos de conocimiento previo *sine quae non* puede procederse a tramitar el procedimiento. El *objeto* ha de ser concreto y ha de ser previamente determinado, sin que sea posible fraccionar sus contenidos para eludir los umbrales o procedimientos que establece la ley —art. 86—. Su *precio* ha de ser cierto, aunque se puede expresar de diferentes maneras: en valores unitarios de productos suministrados, por fracciones o unidades de obra, etc. —art. 86—; también puede ser variable, estableciéndose sus fórmulas de variación. Dado que los criterios de selección del contratista hacen difícil estipular previamente las cantidades, se opera con el valor estimado de los contratos (sin IVA), en el que deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato —art. 88—.

Con arreglo al art. 109 LCSP, para la celebración de un contrato por la Administración habrá de contarse con un *expediente*, que se referirá a la totalidad del objeto del contrato, y en el que se incorporarán los siguientes documentos:

1. El *pliego de cláusulas administrativas particulares*: es un documento que establece estipulaciones jurídicas: derechos, obligaciones, plazos, condiciones, etc. Se considera parte integrante del contrato: la presentación de una oferta supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna —art. 145.1—. Se aprueba con carácter específico para un contrato determinado, por lo que no tiene naturaleza normativa sino estrictamente contractual. No obstante, para simplificar la tramitación de los expedientes se puede aprobar un *pliego de cláusulas administrativas generales*, esto es, un documento de carácter jurídico al igual que el anterior, pero que se aprueba con carácter general para grupos o tipos de contratos, y que por consiguiente, aunque resulte plenamente aplicable a todos los contratos de su grupo, es una disposición de naturaleza normativa.

2. El *pliego de prescripciones técnicas* que hayan de regir el contrato: contiene determinaciones de carácter técnico relativas a las prestaciones del contratista: tipos de materiales o productos, calidades, cantidades, controles técnicos, etc.

3. Asimismo, deberá incorporarse el *certificado de existencia de crédito* o documento que legalmente le sustituya: se trata de un trámite de carácter financiero que acredita la existencia de fondos con que afrontar la contratación, evitando que se llegue a licitar un contrato para el que no exista partida presupuestaria suficiente.

4. *La memoria justificativa*: mediante este documento se justificará adecuadamente en el expediente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

5. *Otros documentos preparatorios según el tipo de contrato*: proyectos o anteproyectos de obras, de construcción, de explotación, etc.

5.2.2. *Formas de tramitación del procedimiento: ordinaria y abreviada*

Los procedimientos de contratación se tramitarán de acuerdo con los plazos que con carácter general establece la ley. Por tanto, el procedimiento ordinario es el que se establece como punto de partida en el articulado, y constituye (o al menos eso se pretende) la regla general. Frente a ello se establecen otras reglas especiales que permiten aliviar los trámites y acortar los plazos, siempre que se den circunstancias que lo justifiquen, lo cual da lugar a formas especiales o *abreviadas* de tramitación del procedimiento; son las siguientes:

— *Procedimiento urgente* —art. 112—: se contempla para los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada. Estos expedientes gozarán de preferencia para su despacho por todos los órganos implicados en su tramitación, y los plazos generales de los diferentes trámites se reducen a la mitad.

— *Procedimiento de emergencia* —art. 113—: se prevé para cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. En estas circunstancias el ritual rigorismo de la contratación decae para atender la finalidad principal encomendada a la Administración: la satisfacción del interés general. Por consiguiente, en tales circunstancias la Administración podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales y sin obligación de tramitar expediente administrativo.

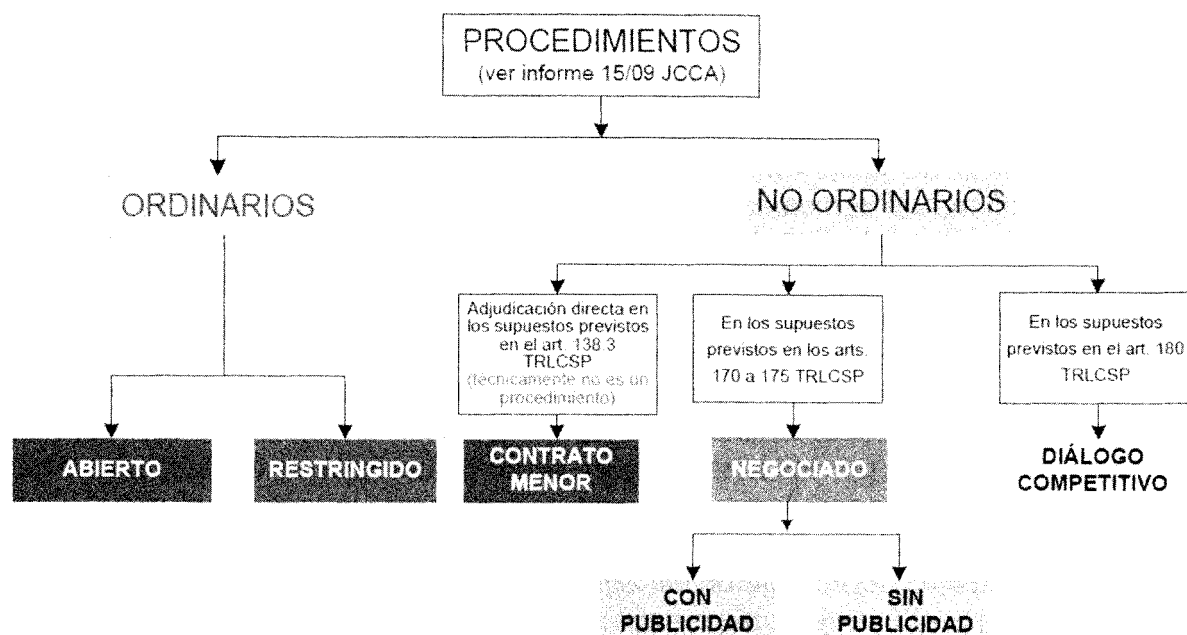
5.3. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

5.3.1. *Tipos de procedimientos y reglas generales de publicidad*

La Ley designa como procedimiento de *selección del contratista* al método que se emplea para determinar qué empresarios pueden *participar* en el procedimiento de contratación. El término selección se utiliza, pues, en un sentido impropio de su carga semántica coloquial, pues no se trata de elegir el contratista adjudicatario. Esto último se hace también en esta fase, pero como *selección del adjudicatario*, que tiene lugar de acuerdo con los *criterios de valoración* de las ofertas. La ley, curiosamente, regula esta cuestión —arts. 150 ss.— antes que la otra —arts. 157 ss.—, lo que se presta a confusión. Aquí preferimos ordenar la exposición de acuerdo con el orden temporal en el que se produce materialmente cada selección.

Los procedimientos de selección de contratistas se clasifican de acuerdo con el siguiente esquema:

FIGURA 2



(Fuente: FUEYO BROS)

El carácter ordinario de los procedimientos abierto y restringido supone que deben ser los que se tramiten habitualmente —art. 138.2—, eligiéndose a propio criterio del contratando sin más necesidad que su justificación. Los otros tres procedimientos, negociado, diálogo competitivo y contrato menor, se tramitarán únicamente cuando concurren sus respectivas causas fundamentadoras.

Por otra parte, la ley establece que, cuando se haya realizado en ciertos tipos de contratos un *anuncio previo* en el *DOUE* o en el perfil de contratante —véase *supra*, 4.1.1— de la licitación de los contratos que tenga previsto adjudicar en los próximos doce meses, podrá beneficiarse de un acortamiento de los plazos de licitación —art. 141—. Este tipo de *bonus* son frecuentes en el resto de fases del procedimiento cuando el contratante potencia la publicidad de los contratos utilizando medios electrónicos, lo cual permite acortar significativamente la duración total del procedimiento.

A efectos de la *licitación* (esto es, la publicación de la convocatoria a fin de que los potenciales interesados puedan presentar sus ofertas), la regla general es su publicación en el *BOE* —art. 142—, con las siguientes especialidades:

— Cuando el contratante sea una Comunidad Autónoma o Entidad Local, podrá *sustituir* la publicación en el *BOE* con el diario oficial de la Administración correspondiente.

— Cuando se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada, *además* de la publicación en el *BOE*, se licitará la contratación en el *DOUE*.

— Cuando se trate de los procedimientos negociados referidos en el art. 177.2 LCSP, la publicación en el *BOE* o diario oficial que corresponda podrá *sustituirse* por la publicación en el perfil de contratante.

5.3.2. *Procedimiento abierto*

Es el más largo y complejo, ostentando la condición de procedimiento-tipo: los demás se configuran principalmente mediante especialidades respecto al mismo (excepciones de sus reglas, acortamiento de sus plazos). Se caracteriza por abrir la contratación a cualquier empresario que desee presentar ofertas, sin que se pueda restringir su número —art. 157.1—.

El plazo general de presentación de ofertas será de cincuenta y dos días desde el momento en que se envíe el anuncio al *DOUE* (existe un sistema electrónico obligatorio para estos envíos), aplicándose diversos *bonus* de reducción de plazos que la propia Ley establece —art. 159.2—

Conforme al art. 160 LCSP, el órgano competente para la valoración de las proposiciones (normalmente es la *mesa de contratación*, como se estudió en su lugar) calificará previamente la documentación acreditativa de los requisitos de contratación, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el art. 150.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta. La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. Pero tampoco vincula al órgano contratante, que podrá apartarse libremente de ella y adjudicar el contrato a una empresa distinta de la propuesta por la mesa de contratación, aunque en tal caso deberá motivar su decisión.

Cuando el único criterio a considerar para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones —art. 161—; pero el plazo será de dos meses cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición.

En la página siguiente se ofrece un esquema completo del procedimiento abierto. Incluye más información de la que hemos incluido expresamente, y permite hacerse cargo de la complejidad de la cuestión.

5.3.3. *Procedimiento restringido*

Este procedimiento se aplica cuando, por la naturaleza de la contratación a emprender, se estima que no todos los empresarios son adecuados para asumir la presta-

ción y por consiguiente se restringe el procedimiento a las concretas empresas que superen los requisitos de solvencia establecidos *ad hoc* —art. 162—. Este procedimiento se caracteriza por una fase preliminar en la que se fijan los requisitos de solvencia y se abre una licitación para que concurran las empresas interesadas presentando solicitudes de participación —art. 165—; se procede entonces a revisar el cumplimiento de los requisitos de solvencia, y se invita desde luego a presentar proposiciones a un número concreto de empresarios, que no puede ser inferior a 5.

En las invitaciones se incluye una referencia al anuncio de licitación, así como el plazo de presentación de proposiciones (que no podrá ser inferior a cuarenta días desde el envío de la invitación), y otros datos relevantes. En lo que se refiere a la presentación de las plicas, valoración de ofertas, etc., se procede de igual manera que en el procedimiento abierto.

5.3.4. *Procedimiento negociado*

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos —art. 169—.

Este procedimiento sólo puede seguirse en supuestos especiales expresamente previstos por la Ley —arts. 170 a 176—. Así, cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado; cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente; cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia (supuesto que plantea no pocas dudas de delimitación con esta última); en ciertos casos en que los procedimientos abiertos o restringidos hayan resultado fallidos, etc.

Los aspectos que serán objeto de negociación se deben establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares, si bien su concreción podrá hacerse en etapas sucesivas con los diferentes competidores, asegurándose en todo caso que en la fase final de adjudicación concurren los suficientes para que exista verdadera competencia —art. 177—.

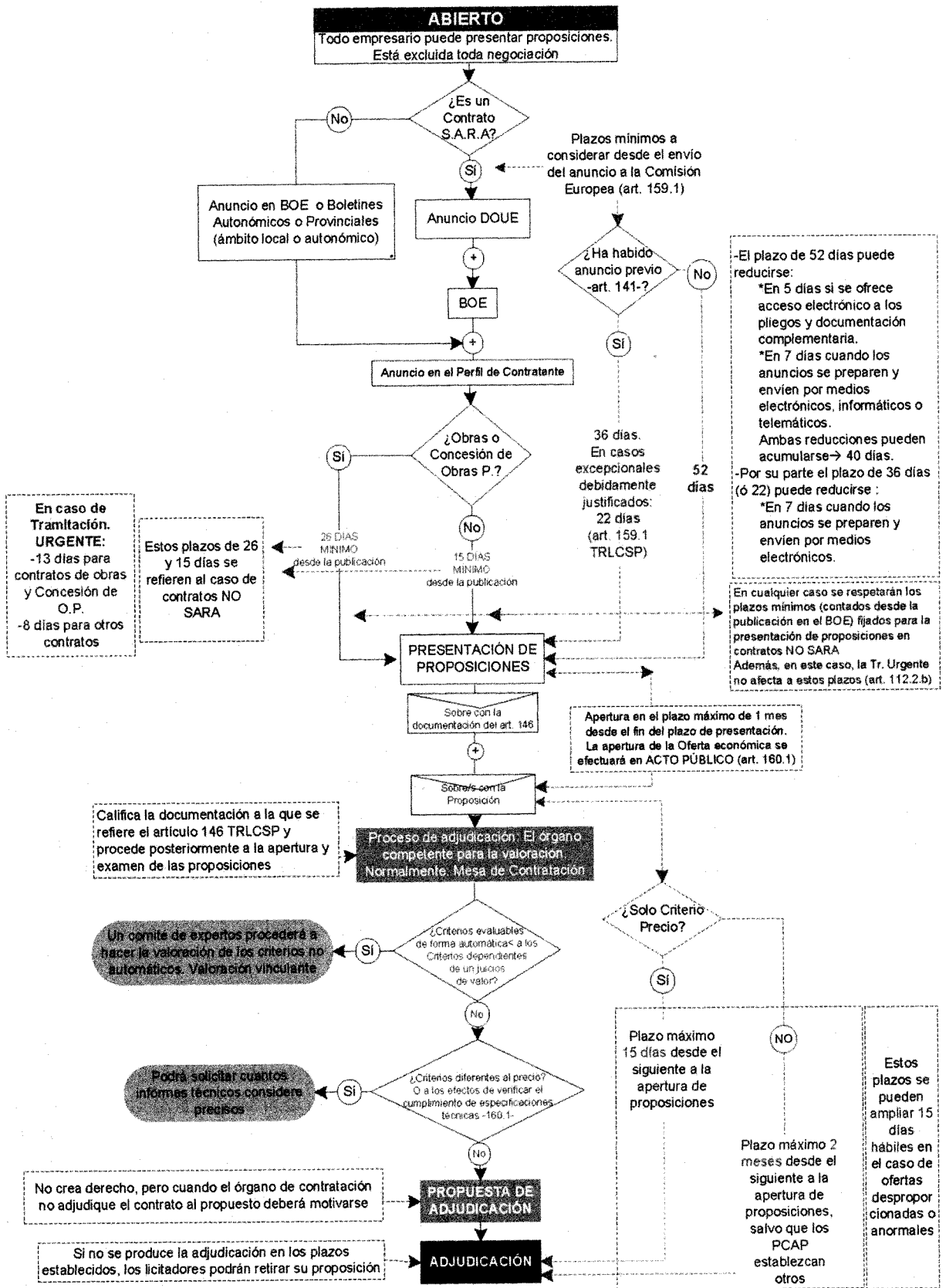
5.3.5. *Diálogo competitivo*

El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato —art. 180—; se entiende que los contratos son particularmente complejos cuando el órgano de contratación no pueda definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto; suele tratarse de objetos contractuales cuya concreción exige un alto grado de cualificación técnica o tecnológica del que puede carecer la Administración, necesitando asesoramiento para concretar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas. Se utiliza, por ejemplo, para deter-

FIGURA 3

PROCEDIMIENTO ABIERTO

(ARTS. 138, 142, 159, 160 y 161 TRLCSP y art. 112 Tramitación Urgente)
(todos los plazos señalados en días son naturales salvo que se indique lo contrario -DA 12ª TRLCSP-)



minar las coberturas y exclusiones en contratos de responsabilidad patrimonial que incluyan a colectivos de empleados públicos, como sucede en sanidad o educación. También se aplica este procedimiento como regla general a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta —art. 179.1—.

El procedimiento guarda cierto parecido con el negociado, articulándose una primera fase de licitación y una segunda de invitación, si bien en esta última se entabla un diálogo con las empresas participantes, articulado en etapas sucesivas, que sirven para ir perfilando el contenido del contrato. La ley se ocupa de preservar que el órgano de contratación dé un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades —art. 182.2—; tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo —art. 182.3—.

El órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa; para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado —art. 183—.

Este procedimiento genera gastos a las empresas incluso por su mera participación. Puesto que con ocasión del diálogo tiene lugar de hecho un asesoramiento técnico, la Administración podrá establecer primas o incentivos por el solo hecho de participar en el procedimiento —art. 179.1— y contribuir a la definición del objeto del contrato.

5.3.6. *Contratos menores*

Los contratos menores son una categoría clásica en el Derecho de la contratación. Atienden a una ponderación entre la eficacia y la objetividad, relajando las reglas de tramitación para potenciar la *eficiencia* de la contratación. Parten de la premisa de que no pueden ser iguales las exigencias procedimentales cuando el precio de los contratos es de escasa cuantía, de ahí su expresiva calificación como *menores*, que merecen —art. 138.3— los contratos de importe inferior a:

- 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras.
- 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos.

No obstante, se excluyen de este procedimiento de contratación los ámbitos en los que se hayan establecido centrales de compras en el ámbito estatal —véase *infra*, racionalización de la contratación—.

Los contratos menores *podrán adjudicarse directamente* a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para

realizar la prestación, cumpliendo tan sólo con la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, aunque en el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran —art. 111—.

Una práctica ante la que hay que estar particularmente atento es la división del objeto en diferentes contratos, a fin de que cada uno de ellos por separado no supere estos umbrales, una práctica prohibida por la Ley, como ya sabemos, y ante la que la jurisprudencia actúa cuando se presentan evidencias, no siempre fáciles de reunir por lo opaco de la tramitación; un aspecto en el que debe de incidir la legislación sobre transparencia.

5.4. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO (CRITERIOS DE VALORACIÓN)

5.4.1. *Criterios generales*

Por lo que se refiere a la presentación de ofertas la Ley establece una serie de *reglas generales*. Así, *las proposiciones serán secretas* sin que puedan difundirse hasta la adjudicación definitiva —art. 145—, salvo los procedimientos que exigen ir divulgando algunos de sus elementos (diálogo competitivo y subasta electrónica). *Cada empresario sólo podrá presentar una oferta*, y tampoco se admite la presentación simultánea por empresas vinculadas.

Los *criterios de valoración* de las ofertas de cara a elegir la más ventajosa son tan variados como puede serlo el propio objeto de contratación; a título indicativo la Ley —art. 150— señala: la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo —art. 150.2—: es una fórmula que se conoce como *subasta*, en la que todas las características aparecen detallada y suficientemente definidas en los pliegos, limitándose los licitantes a determinar el precio por el que están dispuestos a asumir la contratación, y adjudicándose el contrato a la mejor oferta presentada. Ahora bien, la Ley no señala que éste deba ser el criterio preferente. Sí declara esa *preferencia por los criterios cuantitativos* en su conjunto, esto es, aquellos que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos: por ejemplo, plazos de entrega, rebajas del precio a partir de un cierto número de unidades suministradas, niveles de calidad del producto, etc. En estos casos la valoración es prácticamente automática.

Para reforzar la objetividad de la contratación, cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables

de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, esta última deberá hacerse por un *comité de expertos* o un organismo técnico especializado.

Cuando se tome en consideración *más de un criterio*, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. Es lo que se conoce como *baremo*, que debe establecerse con anterioridad a la apertura de las pliegos, para reforzar la objetividad de las decisiones. Se conforma así una especie de plantilla en la que se va consignando la valoración que cada criterio recibe en las ofertas a medida que se van evaluando. Este documento presenta una enorme importancia de cara a la posterior impugnación de las adjudicaciones.

El órgano de contratación *clasificará, por orden decreciente, las proposiciones* presentadas, atendiendo a los criterios de adjudicación: resulta así una prelación en la que el primer lugar lo ocupa la oferta más ventajosa y sucesivamente se sitúan las demás en función del resultado de la baremación. Completados posteriormente ciertos trámites meramente documentales por el primero de la lista —art. 151.2—, se procederá a adjudicar el contrato.

La Ley contempla expresamente la posibilidad de excluir las ofertas que presenten *valores anormales o desproporcionados* —art. 152—. Por ejemplo, cuando el criterio sea exclusivamente el precio, y éste resulte anormalmente bajo. Resulta una previsión hasta cierto punto asombrosa con la que se pretende impedir que asuma la ejecución una oferta técnicamente inviable, dando finalmente al traste con el objeto de contratación y con ello al interés público subyacente que se pretende atender. La crisis económica está suponiendo la masiva aplicación de esta cautela, toda vez que la desesperación por la falta de cargas de trabajo lleva a las empresas a hacer *bajas temerarias* en sus ofertas.

5.4.2. *La subasta electrónica*

La subasta electrónica, que la Ley regula —art. 148— en sede de licitación, representa en realidad un criterio de valoración tramitado necesariamente mediante un procedimiento electrónico de carácter iterativo. Tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos. La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 170.a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual.

Es una fórmula muy interesante, en la que el órgano de contratación hace pública una primera prelación de las ofertas recibidas sin indicar a qué empresa corresponde cada una, y abriendo una o sucesivas fases en las que se pueden presentar nuevas ofertas por todos los empresarios integrados en el procedimiento, de acuerdo estrictamente con valores cuantificables (precio, plazos, descuentos por volumen, niveles de calidad, etc.). Cada vez que concluye una fase se publican nuevamente los resultados ciegos de la baremación, lo cual mueve a los participantes a mejorar sucesivamente sus ofertas hasta el límite.

5.5. FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos que celebren las Administraciones públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público —art. 156—. Esta previsión supera el régimen tradicional de protocolización del contrato ante notario, si bien el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos.

En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

En el caso de los contratos menores no se precisa formalización, bastando con incorporar la factura al expediente.

5.6. RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN

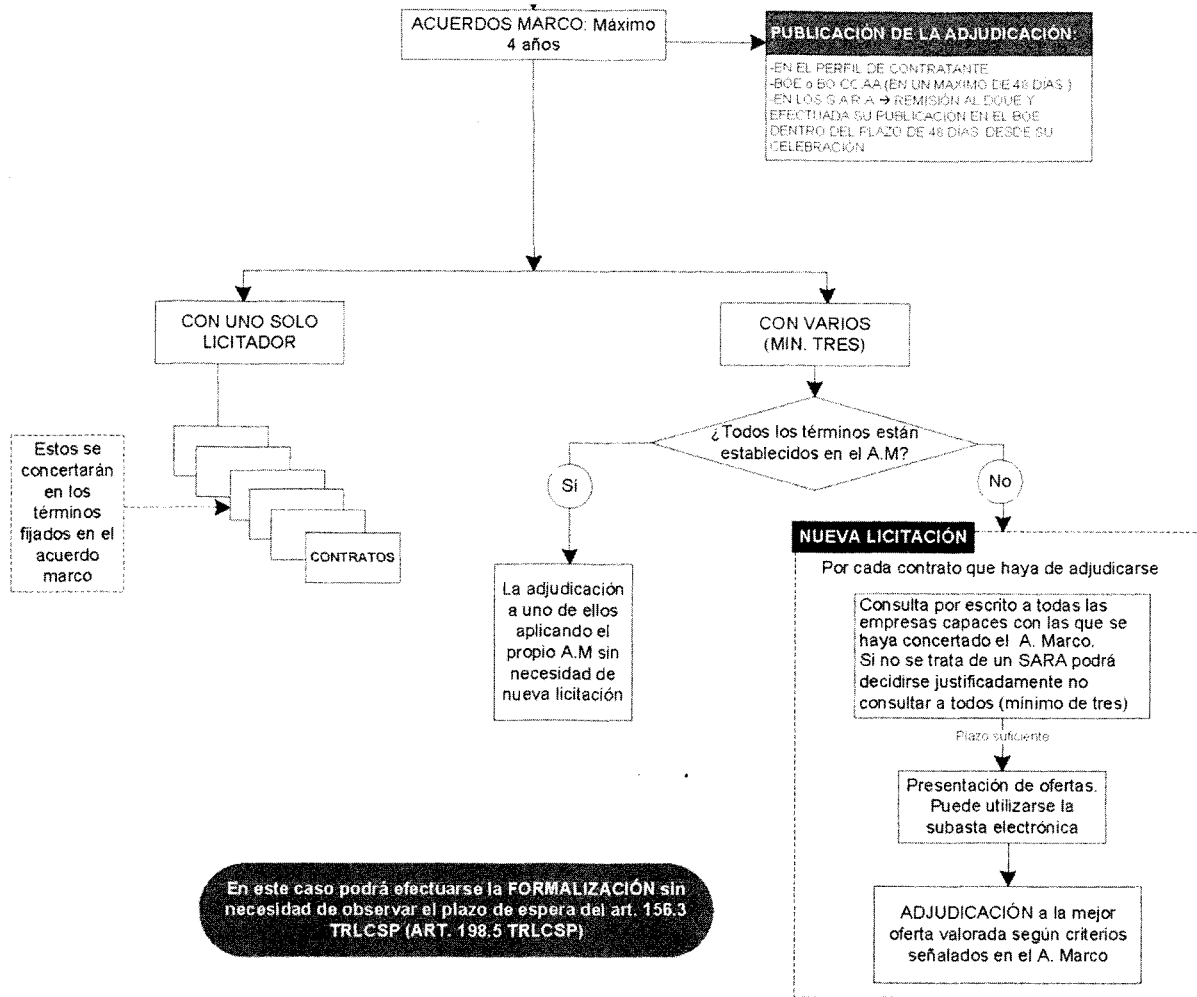
Existen ámbitos en los que se producen contratos-masa o reiterativos, en los que la ley ingenia una serie de fórmulas que pretenden agilizar los trámites a fin de reducir los costes (de tiempo y económicos) que representa la tramitación de los procedimientos de contratación. Un requisito compartido por todos ellos es que no pueden emplearse de forma que falseen la competencia. Nos limitamos a describir muy brevemente en qué consisten.

5.6.1. *Acuerdos marco*

Son acuerdos suscritos por la Administración con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado —art. 196—. Una vez fijado el acuerdo marco, cada vez que exista necesidad de llevar adelante la contratación, se hace en el marco del acuerdo, sólo con el o los empresarios integrados.

El acuerdo marco en sí mismo constituye un procedimiento de contratación que habrá de tramitarse conforme a las reglas anteriormente vistas relativas al procedimiento de contratación, criterios de selección y formalización, así como las normas del Libro II de la Ley. El siguiente esquema refleja el funcionamiento de un acuerdo marco.

FIGURA 4



Manuel Fuego Bros

5.6.2. Sistemas dinámicos

Los sistemas dinámicos se articulan para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan las necesidades de las Administraciones públicas —art. 199—. Son similares a los acuerdos marco, con la particularidad de que no se trata de objetos contractuales específicos que deban crearse *ex novo* para la Administración, sino habituales y preexistentes en el mercado. Por ejemplo, la adquisición de material sanitario, fijando el catálogo de productos, con sus correspondientes características técnicas y los valores que se estimen necesarios. Además, es un requisito necesario de este medio de racionalización que se implemente completamente por medios electrónicos, tanto el desarrollo del sistema, como la adjudicación de los contratos —art. 200.3—, siendo gratuita la participación de las empresas.

La implementación del sistema tiene lugar mediante un anuncio de licitación dotado de todos los pliegos, formulando los empresarios ofertas indicativas; el anuncio precisará que se trata de un sistema dinámico y establecerá su período de vigencia, durante el que se podrán incorporar nuevos empresarios formulando ofertas indicativas —art. 201—.

Cada vez que se desee suscribir un contrato se efectuará una licitación por medios electrónicos a los empresarios integrados en el sistema, adjudicándose el contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada de acuerdo con los criterios señalados en el anuncio de licitación —art. 202—.

5.6.3. Centrales de contratación

Esta forma de racionalización permite centralizar la contratación de obras, suministros y servicios en órganos especializados —arts. 203 ss.—. Su propósito es lograr mejores condiciones en atención al volumen de la contratación esperada.

6. LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.1. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los procedimientos de contratación velan primordialmente por la objetividad de la adjudicación, y su prolijo régimen se orienta a seleccionar la oferta más ventajosa para los intereses públicos, evitando el favoritismo y la colusión. Por ello, se aplican, con diferente intensidad, a toda la contratación del sector público y no sólo a los contratos administrativos en sentido estricto.

El régimen de ejecución de los contratos, por el contrario, se preocupa principalmente por la salvaguarda de los intereses públicos a cuya satisfacción se orienta el contrato. Por ello, resulta aplicable exclusivamente a los contratos administrativos en sentido estricto. En este contexto, las prerrogativas de que disfruta la Administración durante la ejecución del contrato constituyen un elemento central, y todo el régimen aplicable a esta materia, como ya se ha dicho repetidamente, se encuentra regulado por el Derecho administrativo, derivándose además a la jurisdicción contencioso-administrativa todas las cuestiones que suscite este régimen de ejecución.

La ley enumera estas prerrogativas en su art. 210; son las siguientes:

a) La *interpretación unilateral del contrato* es una potestad que se reconoce a la Administración para que disipe las posibles dudas que plantee su cumplimiento. En el ámbito privado estas dudas se despejan de mutuo acuerdo entre las partes, y en caso de subsistir diferencias de criterio, es preciso dirimirlas mediante arbitraje o juicio, sin que existan decisiones ejecutorias en tanto se sustancia el litigio. En cambio, el contrato administrativo lo interpreta unilateralmente la Administración en una decisión que se beneficia de todos los rasgos consustanciales a los actos administrativos: unilateralidad, ejecutividad, ejecutoriedad y presunción de validez. El contratista que disienta con el criterio establecido por la Administración se ve en la necesidad de ejercer las correspondientes vías de recurso. Doctrinalmente se ha propuesto reemplazar esta prerrogativa por el sometimiento de las diferencias de interpretación a un tribunal independiente (MEILÁN).

b) El *ius variandi*, esto es, la potestad de *modificar unilateralmente los contratos*, que supone una notable excepción respecto al régimen aplicable en el Derecho privado, donde el contrato es ley para las partes y no cabe su modificación unilateral por parte de una de ellas. Es lo que coloquialmente se conoce como *reformado*, es decir, una desviación respecto del proyecto inicial (relativamente frecuente en los

contratos de obras públicas) que suele terminar encareciendo considerablemente el precio del contrato; los abusos en su empleo llevaron a una condena de España por el TJUE y a la ulterior modificación de la Ley restringiendo el ejercicio del *ius variandi*. No confiere un poder voluble y antojadizo que permita modificar la contratación de forma caprichosa, sino por razones justificadas que persigan la mejor satisfacción de los intereses públicos subyacentes. Esta potestad también se aplica al resto de contratos del sector público, si bien los contratos administrativos tienen especialidades que la potencian; así —art. 105—:

— Las reglas del *ius variandi* aplicables a *todos los contratos* restringen las modificaciones admisibles, mediante una serie de acotaciones sucesivas: i) la Ley contempla algunos supuestos específicos en que las modificaciones están plenamente admitidas —como la revisión de precios, cesión y prórroga del contrato...—; ii) al margen de ellas, únicamente pueden introducirse modificaciones en los contratos cuando esté previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, pues en otro caso hay que realizar una nueva contratación; iii) la modificación no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria —art. 107.3—; iv) dichas causas también están tasadas: fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos; conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato; necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato; etc. —art. 107.2—.

— La regla específica aplicable a *los contratos administrativos* es que en éstos el contratista está obligado a aceptar la modificación del contrato —art. 219.1 par. 2.º—, mientras que en el resto de contratos del sector público puede optar entre aceptar la modificación o resolver el contrato. La interpretación unilateral confiere a la Administración la facultad de dictar órdenes concretas de ejecución del contrato. En el marco de la modificación de los contratos administrativos, la Administración también dispone de una potestad de suspensión unilateral, razonando las causas por las que la acuerde —art. 220—.

c) *La resolución unilateral del contrato*: esta potestad se contempla para el caso de que resulte imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato —arts. 223.1.g) y 225.3-4—. En caso de ejercicio de esta potestad el contratista tiene derecho a una indemnización del 3 por 100 del precio del contrato.

Todas estas prerrogativas han de ejercerse previa la *tramitación de un procedimiento administrativo*, que tiene un régimen común —art. 211—, y algunas particularidades en función de la prerrogativa de que se trate. El procedimiento común es el siguiente:

1. Se debe conceder *previa audiencia* al contratista.
2. Es preceptivo el *informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente* de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad

y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista; y b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por 100 del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

3. En todo el sector público estatal los acuerdos deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los arts. 99 y 213.

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos.

6.2. LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.2.1. Reglas generales de la ejecución. En particular, el equilibrio financiero

Los contratos administrativos se cumplirán en sus justos términos —art. 209—, encuadrándose la ejecución en un régimen general se caracteriza por tres rasgos principales.

En primer lugar, la ejecución se ha de realizar a *satisfacción de la Administración* —art. 222—, que se traduce en un acto formal y positivo de recepción o conformidad por la Administración tras la entrega o realización del objeto del contrato.

En segundo lugar, el contratista asume la *responsabilidad por los daños y perjuicios* que se puedan producir a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato —art. 214—. No obstante, puede excluir su responsabilidad y desplazarla a la Administración cuando el daño sea consecuencia del propio contenido contractual (por ejemplo, el proyecto de obra redactado por la Administración no contempló la existencia de una cañería que se daña en la ejecución provocando perjuicios a terceros), o cuando la actuación del contratista fue resultado de una orden directa de la Administración. Los sujetos perjudicados deberán iniciar la vía de reclamación correspondiente (administrativa o privada) según el supuesto.

Y en tercer lugar, la ejecución del contrato se realizará a *riesgo y ventura del contratista*, es decir, que debe asumir los cambios de circunstancias que perjudiquen sus expectativas de beneficio o incluso supongan pérdidas —art. 215—.

Ahora bien, en la ejecución de los contratos administrativos se comprometen relevantes intereses públicos, y así como existe una posición de sujeción especial por parte del contratista que está obligado a aceptar el régimen que venimos comentando, también hay cláusulas que le benefician y protegen su posición a fin de que no se dé al traste con la ejecución del contrato que impida la satisfacción de los intereses públicos concernidos. Este tipo de medidas se engloban en una categoría de construcción doctrinal conocida como *equilibrio financiero del contrato*, y comprende una serie de excepciones legales al principio de riesgo y ventura, así como compensaciones por el ejercicio del *ius variandi* de la Administración. Se traduce en las siguientes consecuencias:

a) Excepciones al principio de riesgo y ventura:

— La fuerza mayor en el contrato de obras —art. 231—, que da derecho a indemnización por parte de la Administración.

— Lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

— El *factum principis* o *hecho del príncipe*, es decir, una decisión tomada por la propia Administración contratante al margen de la relación contractual que deriva consecuencias sobre la ejecución del contrato y le perjudica. No se trata, pues, del ejercicio del *ius variandi*, sino de una causa extracontractual. La legislación lo reconoce expresamente para el caso del contrato de concesión de obra pública —art. 258.b)—, y de gestión de los servicios públicos —art. 282.b)—, si bien se entiende (SANTAMARÍA, SÁNCHEZ MORÓN) que en los casos no cubiertos por tales preceptos sería igualmente aplicable en virtud de las reglas generales de responsabilidad extracontractual —art. 106.2 CE—. Por ejemplo, cuando un Ayuntamiento contrata la insonorización de un edificio y después reduce en la ordenanza de protección ambiental los umbrales de ruido, obligando a mejorar el aislamiento, encareciendo el contrato.

— El contratista también tiene derecho a ser indemnizado frente al *riesgo imprevisible*, esto es, un acontecimiento sobrevenido y externo al contrato, ajeno a las partes, y que no alcanza a ser fuerza mayor, pero altera sustancialmente el riesgo financiero del contratista excediendo la razonable aleatoriedad que rodea toda expectativa de negocio. La necesidad de compensar al contratista ante esta eventualidad es una construcción jurisprudencial del Consejo de Estado francés (caso *Gaz de Bordeaux*, de 1916). A pesar de que no aparezca expresamente contenida en la LCSP, la jurisprudencia aplica la teoría del riesgo imprevisible, si bien restrictivamente como excepción admitida al principio fundamental *contractus lex*: i) ha de tratarse de circunstancias sobrevenidas; ii) que el contratista razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de lo normal; iii) que producen un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones, derivadas de ellos, sea excesivamente oneroso para el mismo; así, un incremento del 31 por 100 en el precio del asfalto sería motivo de aplicación de esta figura en un contrato de construcción de una autopista, pero no en el caso examinado porque la desviación en el precio total es de sólo el 2,49 por 100 (STS 10-11-2009, Rec. 930/2007); en cambio, la privación sobrevenida de la deducción del 95 por 100 en el IBI a un concesionario de autopistas sí supone un riesgo imprevisible que da lugar a revisión de precios (SSTS 15-10-2012, Rec.1.554/2011). El descenso de ingresos derivado de la crisis económica no constituye *per se* motivo de reequilibrio (STS 4-02-2014, Rec. 486/2011); en cambio, la jurisprudencia civil sí admite el reequilibrio —contratos privados del sector público—, en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando en el caso concreto se hayan producido efectos específicos que conduzcan a una excesiva onerosidad del contrato (STS, Sala Civil, 30/6/2014, Rec. 2.250/2012).

b) En el caso de que la Administración ejerza el *ius variandi*, esa modificación se debe traducir igualmente en el reequilibrio financiero del contrato —así, art. 258.2.a) para el contrato de obra—.

El reequilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe combinarse con el principio de riesgo y ventura (FERNÁNDEZ GARCÍA). Se puede lograr por diferentes vías, según el tipo de contrato: la más extendida es la *revisión de precios*, que conduce a su incremento para compensar los gastos o daños padecidos. Pero también caben otras fórmulas compensatorias en función del tipo de contrato, como una ampliación de la concesión, una revisión de las tarifas que se giran a los usuarios, etc.

Además del equilibrio financiero, el contratista tiene derecho al pago del precio, que podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado —art. 216—.

6.2.2. Ejecución defectuosa y retraso en la ejecución

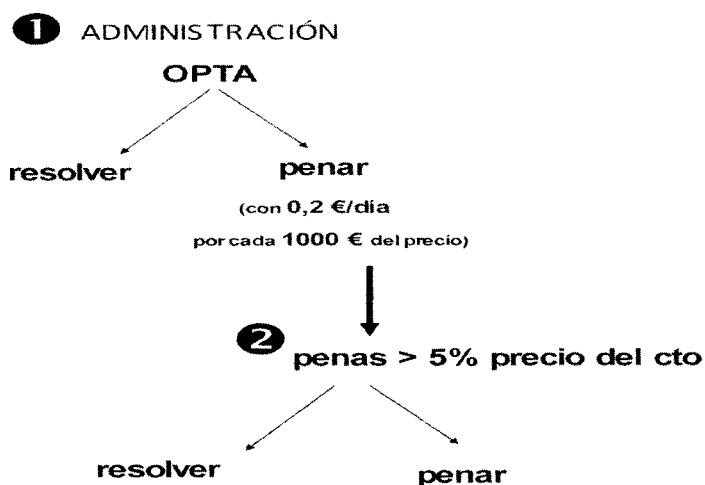
El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva —art. 212—. El incumplimiento de tales plazos puede dar lugar a la aplicación de las penalidades —también llamadas penalizaciones— proporcionales al incumplimiento y no superiores al 10 por 100 del presupuesto, sin que la constitución en mora del contratista precise intimación previa por parte de la Administración. Tales penalizaciones pueden preverse de manera específica en los pliegos de cláusulas administrativas, pero en su defecto la ley establece directamente las siguientes para el incumplimiento del plazo total —art. 212.4-5—:

1. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.

2. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

Este orden de cosas se representa gráficamente con la siguiente figura (REGO):

FIGURA 5



La Ley también prevé que los pliegos puedan contemplar penalidades en caso de incumplimientos parciales de los plazos o de las prestaciones del contrato —art. 212.6-7—.

7. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

Las tres causas de extinción de los contratos administrativos son el cumplimiento, la extinción y la nulidad —arts. 221 y 39—.

7.1. EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS. LA FACTURA ELECTRÓNICA

El cumplimiento es el *modo normal de terminación* de los contratos, entendiéndose que se produce cuando ambas partes hayan cumplido sus respectivas obligaciones. Su constatación por la Administración exige un acto formal, como ya se ha visto, de recepción o conformidad —art. 222.2—.

A partir de la fecha de recepción o conformidad comienza el *plazo de garantía*, que se establece en los pliegos y no puede ser inferior a un año en el contrato de obras; si transcurre sin incidentes se entenderá extinguida la responsabilidad del contratista —art. 222.3—. En el contrato de obras, ello no exonera de la responsabilidad por vicios ocultos de la construcción, que se extiende por quince años —art. 236—.

En cuanto a los *deberes de la Administración* para cumplimiento del contrato, tendrá la obligación de *abonar el precio* dentro de los treinta días, y si se demorase, se contemplan compensaciones para el contratista —art. 216—:

1. A partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días deberá abonar al contratista los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

2. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración tal circunstancia con un mes de antelación.

3. Si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

En cuanto a la facturación a las Administraciones públicas, la Ley 25/2013, de impulso de la factura electrónica (LIFE), la implanta con carácter general a partir del 15 de enero de 2015, aunque algunos supuestos quedan excluidos del deber de presentarla en este formato: principalmente, las personas físicas y los importes inferiores a 5.000 euros —art. 4 LIFE—. Estandarizar de este modo la facturación de las Administraciones públicas pretende agilizar su gestión (y los pagos), pero también incrementar el control financiero y potenciar la igualdad de los acreedores. Así, se crea un punto general de entrada para todas las facturas electrónicas de cada Administración pública, incluidas sus entidades instrumentales —art. 6 LIFE—, y se establece la obligación de implantar también un registro contable de facturas que facilite su seguimiento —art. 9 LIFE—.

7.2. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

En la economía propia de la ley, toda extinción del contrato que no tenga lugar por su cumplimiento se realizará mediante su resolución; concretamente se relacionan las siguientes causas de resolución —art. 223—:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio del supuesto de sucesión del contratista —art. 85—.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. Esta causa sólo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo de inicio de ejecución del contrato.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior a ocho meses.

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato en ejercicio del *ius variandi*. En este caso, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por 100 del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente en la Ley para cada categoría de contrato.

La resolución del contrato se acordará mediante un acto expreso por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, siguiendo un procedimiento de carácter contradictorio. Puesto que los procedimientos de contratación contemplan con carácter general la presentación por el adjudicatario de una garantía de cumplimiento —art. 95—, el acuerdo de resolución contendrá en todo caso un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que se hubiese constituido. Las consecuencias de la resolución de los contratos están reguladas del modo que a continuación se expresa —art. 225—.

Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.

El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato le supondrá el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía. Además, el contratista se expone a las penalizaciones adicionales que se hayan establecido en los pliegos.

7.3. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS

A efectos de terminar las causas de invalidez de los contratos es preciso distinguir, en primer lugar, entre las que concurren en su clausulado y las que se produzcan en relación con los actos separables. Por lo que se refiere al *clausulado*, en cada tipo de contrato se aplica el Derecho sustantivo correspondiente: el Derecho administrativo para los contratos administrativos y el Derecho privado en los demás. En cuanto a los actos separables, la ley regula causas de invalidez no sólo aplicables a los contratos administrativos, sino a todos los contratos que celebren las Administraciones públicas (sean administrativos o privados), y a los contratos sujetos a una regulación armoniza-

da, en tanto que al resto de contratos que se celebren en el sector público únicamente les son aplicables las causas de invalidez de Derecho privado —art. 31 LCSP—.

Clausulado		Actos separables	
Contratos administrativos	Resto de contratos	Contratos de las Administraciones públicas (incluso contratos privados) y contratos SARA	Resto de contratos privados
Causas de Derecho administrativo y privado	Causas de Derecho privado	Causas de Derecho administrativo y privado	Causas de Derecho privado

Aunque la Ley no lo deje suficientemente claro, cabe afirmar que son aplicables a todos los contratos del sector público las causas de nulidad previstas en la legislación civil: esta conclusión se puede extraer del art. 36 LCSP, y a mayor abundamiento se recordará la supletoriedad general del Derecho privado en materia de contratos públicos —art. 19.2 LCSP—.

En lo que respecta a las causas de nulidad de Derecho administrativo, la ley establece dos grupos de causas —art. 32—:

1. Las que se establecen en la legislación del procedimiento administrativo común —art. 47 LPAC—.

2. Las causas específicas que establece la propia LCSP —art. 32—:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60.

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) Los supuestos especiales de nulidad aplicables sólo a determinados tipos de contratos; así el art. 37 LCSP las establece en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada.

d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

8. LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE LOS CONTRATOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

Existen tres procedimientos de revisión e impugnación de los contratos administrativos:

a) Un procedimiento específico de cuestión de nulidad, que sólo se aplica a las causas especiales de nulidad previstas en el art. 37 LCSP.

b) Un recurso administrativo especial en materia de contratación —arts. 40 ss.—, aplicable a los actos separables, que se sustancia ante un órgano *ad hoc*, que en el caso de la Administración del Estado se denomina Tribunal Administrativo Central de Re-

cursos Contractuales, y en cada Comunidad Autónoma el que establezcan sus normas propias. Contra los actos relacionados en el art. 40 no cabe presentar recursos administrativos ordinarios, sino este recurso especial, que es potestativo, pues también cabe presentar directamente el recurso contencioso-administrativo; no obstante, las CCAA pueden permitir en sus normas propias que se interpongan los recursos administrativos ordinarios antes de presentar este recurso especial.

c) El recurso administrativo general que proceda (alzada o reposición).

El régimen jurídico de estas vías de impugnación puede sintetizarse con la siguiente tabla (REGO):

Vía de impugnación	Cuestión de nulidad	Recurso administrativo especial en materia de contratación	Recurso administrativo (alzada o reposición)
Regulación	Art. 39 LCSP	Arts. 40 ss. LCSP	Arts. 121 ss. LPAC
Tipos de contratos	— Ctos. SARA — Ctos servicios cat.17-27 Anexo II, > 200.000 €	— Ctos. SARA — Ctos. servicios cat.17-27 Anexo II, > 200.000 € — Ctos. gestión servicios pcos > 5 años, > 500.00 € gastos 1er. establecimiento	— Ctos. de Administraciones públicas — Ctos. de poderes adjudicadores con personalidad jco.-pública (salvo si cabe recurso administrativo especial)
Actos impugnables	Actos de preparación o adjudicación del art. 31 LCSP	Actos específicamente relacionados en art. 40.2 LCSP, excepto procedimiento de emergencia	— Actos de preparación y adjudicación no incluidos en art. 40.2-3 (v. art. 40.5) — Actos relativos a efectos y extinción en los contratos administrativos
Supuestos de invalidez	Supuestos especiales de nulidad del art. 37	— Nulidad (general): art. 32 — Anulabilidad: art. 33	
Plazo de interposición	Art. 39.2-3: — 30 días hábiles — 6 meses	— Previo anuncio escrito de interposición — 15 días hábiles desde notificación (art. 44.2)	
Órgano competente	Órgano administrativo especializado (art. 41): — Estatal: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales — CCAA y EELL: el órgano que establezcan las CCAA — Cortes Generales: el que establezcan — Otros poderes adjudicadores: el de su Administración matriz		Los establecidos en la LPAC para alzada y reposición
Efectos suspensivos	No automáticos (se necesita pronunciamiento expreso otorgando suspensión)	— Impugnación de la adjudicación: automático — Resto de casos: se necesita pronunciamiento expreso otorgando suspensión	No automáticos (se necesita pronunciamiento expreso otorgando suspensión)

En cuanto a la impugnación en vía judicial, la cuestión se expuso más arriba —§ 3.1—.

9. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES EXCLUIDOS

Existen cuatro sectores de ordenación económica que, por imperativo del Derecho comunitario (Directiva 2004/17/CE), se someten a reglas públicas de contratación aunque las empresas contratantes sean estrictamente privadas y realicen tales actividades en mercados regulados o como prestatarios de servicios públicos: son los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El calificativo convencional de sectores *excluidos* induce a confusión, pues se trata más bien de lo contrario: sectores que se incluyen en reglas de contratación pública a pesar de que la licitación no la lleva a cabo un ente del sector público.

La Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que establece el régimen jurídico de tales contratos. Al configurarse como una simplificación de la LCSP, su exposición aquí es innecesaria.

10. LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU TRASPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO

10.1. LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN

En 2014 se han aprobado cuatro Directivas que modifican el régimen jurídico de la contratación del sector público en la Unión Europea:

— Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva de concesiones).

— Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública (Directiva general de contratos).

— Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (Directiva de sectores excluidos).

— Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública (Directiva de factura electrónica).

La norma central es la Directiva general de contratos, cuyas principales novedades son las siguientes:

a) *Impulso de la igualdad, la transparencia, y la competencia.* Son tres aspectos estrechamente ligados que se ramifican en un conjunto de medidas a todo lo largo de las Directivas. Se proclaman ahora como principios generales de la contratación que deben presidir la interpretación y aplicación de toda la normativa. Con estas medidas, además de estimular la competencia efectiva (mejorando las condiciones de contratación y evitando la colusión o acuerdos entre competidores), se pretende luchar contra la corrupción. Así, se potencia la contratación electrónica, tanto en la fase de publicidad como en el proceso de presentación de ofertas y en la fase de ejecución del contrato (modificaciones posteriores), mejorando con ello la publicidad y la transparencia. Se contempla la división del contrato en lotes, pudiendo limitarse la participación

de los licitadores a un número máximo de lotes. Se procede a una regulación más detallada de los criterios de adjudicación, limitando la discrecionalidad de los órganos de contratación. Por lo demás, muchas de las novedades que describimos a continuación conectan con estos principios.

b) *Regulación más restrictiva de los contratos «in house».* Un factor perturbador de la competencia es el encargo o encomienda de actividades que los poderes públicos pueden realizar a entidades del propio sector público (los *medios propios*, véase *supra*, § 2.2.2). Las nuevas Directivas afinan el concepto de medio propio, introduciendo nuevas restricciones a este tipo de encargos que, por tanto, tendrán que ser objeto de contratación pública en régimen de libre competencia.

c) *Simplificación y modificación de los procedimientos de contratación.* Se pretende agilizar y simplificar los procedimientos de contratación y potenciar la administración electrónica: por una parte, para reducir costes; y por otra, para estimular la competencia. No se modifican, en cambio, los umbrales (cuantía de los contratos) a partir de los que juega la aplicación del Derecho de la UE. Las clases de procedimientos resultantes son las siguientes:

1. Procedimientos ordinarios: abierto y restringido.
2. Procedimientos especiales y con negociación: diálogo competitivo, procedimiento de licitación con negociación (antiguo procedimiento negociado con publicidad) y asociación para la innovación (este último es un procedimiento completamente nuevo). Estos procedimientos con negociación son especiales, pero no excepcionales.
3. Procedimiento excepcional: procedimiento negociado sin publicación previa.

d) *Respaldo a la contratación por las PYMEs.* Este formato empresarial representa un peso extraordinario en la composición de la economía europea. Las Directivas contemplan medidas que potencian la participación de las PYMEs en los procedimientos de contratación pública para consolidar su existencia, evitando que queden excluidas, especialmente en los contratos de elevada cuantía. De ahí la división de los contratos en lotes a que se aludía anteriormente, la exigencia de proporcionalidad en los requisitos de capacidad económica y financiera (para evitar exigencias desmesuradas que solo permitan participar a grandes empresas), o la reducción de las cargas administrativas de la contratación (que resultan proporcionalmente más gravosas a empresas de dimensiones modestas).

e) *Regulación de la ejecución del contrato.* Se procede por primera vez a regular esta materia, que antes estaba excluida del Derecho de la UE y entraba, por tanto, en el ámbito soberano de cada Estado miembro. Su objetivo es, una vez más, favorecer la igualdad, la transparencia y la competencia y evitar la corrupción. Así, se regula la supervisión de los poderes públicos sobre el cumplimiento efectivo de las obligaciones impuestas para la ejecución de los contratos; la subcontratación, de manera que afloren las empresas implicadas promoviendo la transparencia; la modificación de los contratos, para evitar que encubra realmente contrataciones nuevas; así como la resolución de los contratos.

f) *Apuesta por la innovación en la contratación pública.* Se promueve que la contratación pública contribuya a la innovación de manera que se promueva un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, de acuerdo con la Estrategia Europa 2020, lo que representa una forma de desarrollo idónea en el contexto económico mundial.

Por otra parte, la Directiva 2014/23, de concesiones, también supone importantes novedades respecto al régimen precedente, pues con anterioridad el Derecho de la UE

no regulaba esta materia, salvo la concesión de obras públicas. En el nuevo marco normativo existen tres categorías distintas: *i*) Servicios públicos no económicos de interés general (no susceptibles de explotación económica), que quedan excluidos de las Directivas; *ii*) Servicios públicos económicos calificados como contratos de servicios, que se rigen por la Directiva 2014/24, general de contratos; *iii*) Servicios públicos económicos calificados como concesiones, regidos por la Directiva 2014/23, que pasamos a analizar.

La Directiva de concesiones se aplica tanto a las concesiones de obras como a las de servicios, que se definen de la siguiente manera —art. 5.1—:

a) *Concesión de obras*: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual se confía la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es: *i*) el derecho a explotar las obras objeto del contrato, o bien *ii*) este mismo derecho en conjunción con un pago.

b) *Concesión de servicios*: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual se confía la prestación y la gestión de *servicios distintos de la ejecución de las obras* contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es: *i*) el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o bien *ii*) este mismo derecho en conjunción con un pago.

Se trata de nociones restrictivas con las que se pretende impedir que se consideren como concesiones actuaciones que deben calificarse como contratos de servicios y regirse consiguientemente por la Directiva 2014/24, y que se completan con el criterio determinante del *riesgo operacional*, que debe asumir el concesionario —párrafo segundo del art. 5.1 de la Directiva de concesiones—, considerándose que existe cuando no esté garantizado que el concesionario, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión, suponiendo una exposición real a las incertidumbres del mercado. Este concepto de concesión no se corresponde en modo alguno con el existente en nuestro Derecho, y obliga no sólo a revisar la legislación de contratación pública, sino también a reconsiderar la propia categoría de concesión y su regulación en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

El umbral a partir del cual se aplica el Derecho de la UE es de 5.186.000 euros. Estos contratos han de respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; los Estados pueden establecer cualquier procedimiento de adjudicación que respete tales principios, pues la Directiva no regula dichos procedimientos, aunque sí establece reglas en relación con la publicidad. La duración de estos contratos ha de ser limitada: con carácter general, cinco años, salvo que sea necesario (y se justifique) un plazo mayor para amortización de la inversión. Se establecen criterios de selección de los concesionarios y criterios de adjudicación de los contratos, si bien estos últimos de forma muy abierta. También se regulan ciertos aspectos en relación con la ejecución y resolución de estos contratos.

10.2. SU TRASPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO

Las Directivas 2014/23, 24 y 25 debían haberse traspuesto al Derecho interno antes del 18 de abril de 2016, salvo en lo relativo a la incorporación del uso obligatorio de medios electrónicos en la contratación, cuyo plazo de trasposición se extiende

hasta el 18 de octubre de 2018 (excepto las centrales de compra, que deben estar operativas el 18 de abril de 2017). Por su parte, la Directiva 2014/55 tiene un plazo de trasposición más amplio, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018.

Dada la envergadura de los cambios a introducir, a fin de trasponer las Directivas se elaboró en 2015 un Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y se inició su tramitación (informes del Consejo de Estado, del CGPJ, etc.), pero no llegó a convertirse en Proyecto de Ley al disolverse las Cortes. Tampoco se ha dictado un RD-Ley que permita cumplir el deber de trasponer las Directivas al Derecho interno. Aunque algunos aspectos parciales del paquete de Directivas ha sido objeto de trasposición mediante normas específicas (como el RD-Ley 10/2015, o la Ley 40/2015), el grueso principal de su contenido sigue pendiente de incorporación formal al Derecho interno. Habiendo vencido el plazo de trasposición, son de aplicación directa en nuestro Ordenamiento los contenidos de las Directivas que cumplan los requisitos señalados a tal efecto señalados por la jurisprudencia del TJUE: como es sabido, y esencialmente, *i*) Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa; y *ii*) Que establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición.

Dada la complejidad intrínseca de la legislación relativa a la contratación pública, y en atención a la envergadura de las modificaciones exigidas por el nuevo paquete de Directivas de contratación, no es fácil determinar cuáles de sus preceptos son directamente aplicables desde el 18 de abril de 2016. Pero a su vez, en aras a la seguridad jurídica, es tremendamente importante suministrar a los operadores jurídicos unas pautas claras y uniformes a las que poder atenerse: los poderes adjudicadores, para ordenar sus procedimientos de contratación conforme a Derecho; y los licitadores, a fin de verificar la legalidad de las actuaciones emprendidas por los poderes adjudicadores que puedan resultar lesivas de sus derechos e intereses. A fin de iluminar en lo posible este ensombrecido panorama han surgido varias iniciativas, entre las que cabe destacar dos.

En primer lugar, la «Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública», de 15 de marzo de 2016 (accesible en <http://www.minhap.gob.es>), que sintetiza y sistematiza los contenidos de las Directivas 2014/23 y 2014/24 que se deben entender directamente aplicables en España. El documento no tiene fuerza normativa ni carácter vinculante, pero la Junta Consultiva es el máximo órgano de interpretación de la materia contractual en la Administración del Estado (*supra*, § 4.1.3), por lo que el valor de estas orientaciones es indudable.

Y también es destacable el documento elaborado por los Tribunales administrativos de contratación pública el 1 de marzo de 2016, titulado «Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público» (disponible en <http://www.obcp.es>). Su principal utilidad es que contiene sendos Anexos en los que analiza las Directivas 2014/23 y 2014/24 artículo por artículo, indicando cuáles de sus preceptos se considera que producen efecto directo, y con qué alcance.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALMEIDA CERREDA, M., y MARTÍN DELGADO, I. (dir.): *La nueva contratación pública*, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, 2015.
- AMOEDO SOUTO, C.: *TRAGSA Medios propios de la administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

- BALLESTEROS MOFFA, L. A.: *La adjudicación de contratos en el sector público*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 2011.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», *REDA*, n.º 175, 2016.
- CARBONERO GALLARDO, J. M.: *La adjudicación de los contratos públicos*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2010.
- CEPEDA MORRAS J.; YÁNEZ DÍAZ C., y otros: *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X.: «La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del Derecho europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado», *REDA*, n.º 172, 2015.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J.: *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2011.
- EMBED IRUJO, A., y COLOM PIAZUELO, E.: *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2005.
- FUEYO BROS, J. M.: *Esquemas del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, 16/12/2011 (accesible en <http://www.obcp.es>).
- GAMERO CASADO, E.: «Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 71-72, 2008.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: *Sistema de control de la contratación pública en España*, Aranzadi-Observatorio de los Contratos Públicos, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.
- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006.
- *Las reformas legales de la Ley 30/1997, de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- (ed.): *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública-Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Aranzadi, 2012.
- HORGUÉ BAENA, C.: *La modificación del contrato administrativo de obras: el ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.): *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- MELLADO RUIZ, L.: «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP*, n.º 74, 2009.
- MESTRE DELGADO, J. F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.
- MORENO GIL, O.: *Contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- MORENO MOLINA, J. A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33-43.
- *La reforma de los contratos del sector público en materia de recursos*, Madrid, 2010.
- *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1996.
- *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación públicas*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2016.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, J. J.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007.
- Observatorio de Contratos Públicos 2015, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, 2015.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Encomienda de gestión*, Aranzadi, 2013.
- PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, cuatro tomos, Bosch, Barcelona, 2009.
- PERNAS GARCÍA, J. J.: *Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008.

- REGO BLANCO, M. D., y HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H.: *Introducción al Derecho de contratos del sector público*, Praxis, Sevilla, 2012.
- RUIZ OJEDA, A. (dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004.
- TORNOS MAS, J. (coord.): *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2006.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015.
- VILALTA REIXAC, M.: *La encomienda de gestión*, Aranzadi, 2012.
- VILLALBA PÉREZ, F.: *Nociones básicas de contratación pública*, Tecnos, Madrid, 2014.
- VVAA: *Memento práctico contratación pública Abogacía del Estado 2016/17*, Francis Lefebvre, 2015.

LOS BIENES PÚBLICOS. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

1. EL PATRIMONIO DE LA ADMINISTRACIÓN

1.1. CONCEPTO Y CLASES

El régimen legal de los bienes públicos se ha bifurcado tradicionalmente en dos categorías: bienes de dominio público (demaniales) y bienes de dominio privado de la Administración (patrimoniales). Pero la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) trata de agrupar ambas categorías en una noción, la de «patrimonio de la Administración», pues establece que el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, «cualquiera que sea su naturaleza» y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos, y únicamente se excluye de la noción de patrimonio público el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda —art. 3.2—.

La LPAP sigue así el criterio ya establecido en el ámbito local —art. 79.1 LRBRL—, relativo a una concepción «amplia» y unitaria del patrimonio, y apartándose de la ordenación anterior del Patrimonio del Estado (Ley de 1964), se inclina por considerar que los bienes dominio público se encuentran plenamente incardinados en el patrimonio de las Administraciones públicas. La finalidad de esta concepción unitaria de patrimonio no es otra que facilitar el diseño de una política patrimonial completa y sistemática para el Estado, que permita acabar con el fraccionamiento de los sistemas de administración de los bienes públicos (exposición de motivos).

No obstante, la LPAP se ve obligada a declarar que, por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el «patrimonio» de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o *demaniales* y de dominio privado o *patrimoniales* —art. 4—. Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales —art. 5.1 LPAP—. Por su parte, son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales —art. 7.1 LPAP—. Es decir, se trata de una noción meramente residual.

Sin embargo, dejando aparte la indeterminación de los criterios legales —pues no siempre está claro qué es un uso o servicio público y qué grado de vinculación a uno y otro tienen determinados bienes—, el propio Tribunal Constitucional ha admitido que determinados bienes patrimoniales pueden estar vinculados al cumplimiento de fines públicos como los demaniales, sin que ello signifique que adquieran esta condición por afectación (STC 166/1998), lo cual ha llevado a algún autor (MORILLO-VELARDE) a apuntar a un género de «bienes patrimoniales no disponibles», como categoría intermedia entre los bienes demaniales y el resto de los patrimoniales.

Asimismo, la doctrina ha señalado que la categoría de los bienes patrimoniales en la práctica viene a constituir una especie de «estado transitorio» en el que se encuentran los bienes antes de convertirse en demaniales o después de dejar de serlo y salir finalmente de las manos de la Administración tras su enajenación o cesión gratuita. Es decir, una especie de estación de paso por la que circulan trenes con destino al dominio público o procedentes del dominio público (CHINCHILLA MARÍN). En todo caso, como ya dijera CLAVERO, las expresiones dominio público y dominio privado de la Administración sólo pueden admitirse si se parte de una perspectiva dinámica y flexible, puesto que se trata de un régimen jurídico mutable, en función de criterios diversos y en ocasiones puramente pragmáticos.

1.2. ORDENACIÓN

1.2.1. *La reserva de ley*

La Constitución —art. 132.1— establece: «La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los demaniales...». Asimismo, añade —art. 132.3— «Por Ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional...». De estos preceptos se infiere fácilmente que la Constitución establece una reserva de ley para la regulación de los bienes públicos. Ahora bien, esta reserva de ley no es absoluta. A la ley le corresponde delimitar los elementos esenciales de la administración, utilización y protección de los bienes públicos. Pero la regulación legal puede ser complementada por vía reglamentaria, tal como sucede en la práctica. De hecho, la sistematización más completa de las reglas generales aplicables a los bienes públicos se ha contenido tradicionalmente en una norma reglamentaria, como es el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. Lo que impide la reserva de Ley es que por vía reglamentaria puedan atribuirse a la Administración potestades limitativas de los derechos individuales sin suficiente cobertura legal (SÁNCHEZ MORÓN).

Desde un punto de vista sustantivo, en relación con los bienes de dominio público y comunales, la Constitución —art. 132.1— no se limita a ordenar una reserva de Ley, sino que impone determinadas directrices que han de inspirar la regulación legal (los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad). Respetando dichas directrices, el legislador tiene un amplio margen de libertad para configurar el régimen específico de dichos bienes (SÁNCHEZ MORÓN). Ahora bien, por lo que se refiere a los bienes que constituyen recursos naturales —aguas, montes...— la propia Constitución —art. 45.2— impone a los poderes públicos el mandato de velar por la utilización racional de estos recursos, con el fin de «proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente». Por tanto, en estos casos el legislador no sólo está facultado sino obligado a la protección de dichos bienes —STC 149/1991—.

1.2.2. *La distribución de competencias sobre los bienes de dominio público*

Cuestión distinta a la de la titularidad de los bienes de dominio público es la que se refiere a la distribución de competencias sobre los mismos. Esto es así porque, según el Tribunal Constitucional —STC 227/1988—, la Constitución no ampara una concepción patrimonialista del dominio público, según la cual las competencias sobre el mismo sean emanación de la titularidad de la propiedad del bien. Para el Tribu-

nal Constitucional —SSTC 227/1988, 103/1989, 149/1991, 36/1994—, «son, en principio, separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural». Por ello, la distribución de competencias sobre los bienes públicos debe buscarse en los arts. 148 y 149, y no en el art. 132 y similares de los Estatutos de Autonomía —SSTC 58/1982, 85/1984—.

Con carácter general, el Estado ostenta dos títulos competenciales que le permiten intervenir en la regulación de los bienes públicos. Uno es el relativo a la competencia exclusiva sobre legislación civil —art. 149.1.8 CE—, pues si bien el régimen característico de los bienes públicos es el Derecho Administrativo, tanto por lo que se refiere a la determinación de cuáles son los bienes públicos «naturales» como a efectos de regulación supletoria, ha de estarse a la legislación civil. En segundo lugar, pero más incisivo, se encuentra la competencia del estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas —art. 149.1.18—, pues según el Tribunal Constitucional en virtud de esta competencia el Estado está habilitado para establecer también el régimen jurídico básico de los bienes públicos, tanto de los demaniales —SSTC 227/1988, 149/1991—, como de los patrimoniales —SSTC 58/1982, 85/1984—. Más específicamente, el art. 149.1.18 CE reserva al Estado la competencia relativa a la legislación básica sobre concesiones administrativas, en las que deben incluirse las concesiones de bienes de dominio público —STC 227/1988—.

Más allá de estos títulos generales, la distribución de competencias sobre los bienes públicos dependerá de la categoría de que se trate. Así, son distintas las reglas de reparto competencial aplicables a las aguas continentales —art. 149.1.22—, a las costas —art. 149.1.19 y 20—, a las minas —art. 149.1.23—, o las infraestructuras del transporte y las comunicaciones —art. 149.1.21 CE—. Asimismo, debe tenerse en cuenta que sobre el régimen de aprovechamiento y protección de algunos bienes públicos planean otros títulos competenciales de carácter horizontal (SÁNCHEZ MORÓN), como los referidos a la competencia estatal de coordinación de la planificación económica general —art. 149.1.13 CE—, a la legislación básica sobre el medio ambiente —art. 149.1.23 CE—, y a la defensa del patrimonio cultural —art. 149.1.28 CE—. Pero, a la inversa, las Comunidades Autónomas ostentan un título competencial, también de carácter horizontal o transversal, cual es la ordenación del territorio, que puede incidir sobre la protección y uso de bienes del Estado —SSTC 77/1984, 149/1991, 36/1994—.

1.2.3. Ordenación legal

La ordenación legal de los bienes públicos se encuentra bifurcada en dos tipos de normas: las generales y las específicas de categoría de bienes. De acuerdo con la propia LPAP —art. 5.4—, los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación (por ejemplo, en materia de aguas, costas o montes) y, a falta de normas especiales, por la propia LPAP y las disposiciones que la desarrollen o complementen. De este modo, en realidad, la LPAP presenta una escasa aplicación a los bienes demaniales, y sus principales aportaciones se centran en los bienes patrimoniales (ESTEVE PARDO).

Por su parte, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas. Esta Ley contiene numerosos preceptos que tienen el carácter de legislación básica —en el ejercicio de la competencia estatal atribuida por el artículo 149.1.º18.ª de la Constitución para la aprobación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, en el que se incluye el régimen de su patrimonio—,

preceptos que serán en consecuencia, de aplicación a todas las Administraciones Públicas, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 162/2009).

Como norma también general, debe citarse el Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003. Aun cuando es una norma dirigida primordialmente a la Administración del Estado, serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades que integran la administración local determinados preceptos (que la declara normas básicas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas en virtud del art. 149.1.18.^a de la CE).

Por su parte, todas las Comunidades Autónomas cuentan con leyes propias de patrimonio, aplicables a la Administración autonómica y entidades dependientes de la misma. Asimismo, en relación con el patrimonio de las entidades locales, deben tenerse en cuenta tanto normas estatales, como las básicas contenidas en la LRBRL (arts. 79 a 83 del Capítulo I «Bienes» de su Título VI) y las supletorias del Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio, por el que se aprobaba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL). Asimismo, algunas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias normas específicas sobre patrimonio local, como, a título de ejemplo, la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

Finalmente, en defecto de las normas generales, estatales y autonómicas, relativas a patrimonios públicos, se prevén reglas de aplicación supletoria diferenciadas para los bienes demaniales y patrimoniales. Para los primeros, la LPAP dispone que las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio —art. 5.4—. Por su parte, en relación con los bienes patrimoniales, supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico —art. 7.3 LPAP—.

1.3. LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

1.3.1. *Concepto y naturaleza de los bienes de dominio público*

Según la LPAP —art. 5.1—, son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales. De este modo, dejando de lado los bienes declarados por Ley demaniales, la consideración de un bien como demanial exige dos elementos: la titularidad en favor de una Administración y la afectación o destino a un uso o servicio público.

Para la doctrina tradicional, los bienes de dominio público constituyen un tipo de propiedad especial (*teoría patrimonialista*). Así, la doctrina mayoritaria en nuestro país (GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, PARADA VÁZQUEZ, LÓPEZ RAMÓN) considera que el dominio público es una categoría de propiedad, tal como se desprendería del Código Civil —arts. 338 a 345—, que las diferentes Administraciones territoriales tienen sobre determinados bienes, en cuanto sometidos a un régimen jurídico exorbitante del Derecho Civil. De otro lado, un sector de la doctrina (VILLAR PALASÍ, PAREJO ALFONSO, GALLEGO ANABITARTE, MORILLO-VELARDE) considera que la técnica jurídica del dominio público es un título de intervención administrativa, destinado a ordenar la utilización y a proteger determinados bienes de interés general.

Por su parte, el Tribunal Constitucional —STC 227/1988—, tras mostrarse contrario a una visión patrimonialista del dominio público, que pudiera justificar potestades de la Administración titular al margen de las reglas constitucionales de distribución de competencias, considera que «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión de una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *rex extra commercium*». De este modo, lo que destaca del dominio público es su indisponibilidad, nota que no casa con la teoría patrimonialista del dominio, pues el poder de disposición constituye el núcleo mismo del derecho de propiedad.

Por todo ello, la noción legal de «patrimonio» de las Administraciones, al incluir a los bienes demaniales —como se señaló al inicio—, aun cuando tiene una finalidad práctica, presenta el inconveniente de dar una visión patrimonialista (y, por ello, distorsionada) del dominio público, como si fuesen bienes de titularidad de la Administración. Como señala un sector de la doctrina (ESTEVE PARDO, MORILLO-VELARDE), la relación de la Administración con los bienes demaniales, en particular con el llamado demanio natural (al que se alude más adelante), se articula más adecuadamente en torno al concepto de «competencia», que el de propiedad o titularidad, por lo que en rigor no encaja en ningún «patrimonio».

1.3.2. *La inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público*

La Constitución —art. 132.1— establece que el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales deberá inspirarse en los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad —en este sentido, art. 80 LBRL y art. 6 LPAP—. Igual regla se aplica a los bienes integrantes del Patrimonio Nacional —art. 6.2—. Los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad tienen su origen en el Derecho romano en relación con las *res communes omnium*, y entroncan con el señalado carácter *extra commercium* de los bienes demaniales. Así se deduce del Código Civil —art. 1.271—, al admitir como objeto del contrato sólo las cosas «que no estén fuera del comercio de los hombres», las únicas que, además, pueden ser objeto de prescripción —art. 1.936—. Esta regla significa que estos bienes son indisponibles por la Administración y no puede perderse su titularidad pública, ni por voluntad expresa de la Administración ni por desidia o negligencia de ésta por falta prolongada de su posesión fáctica. Así, la imprescriptibilidad supone la inviabilidad de aplicar al dominio público la prescripción adquisitiva como modo de adquisición de los derechos.

Ahora bien, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles mientras continúen siendo demaniales, característica que se pierde al producirse la desafectación. Hasta tanto se produzca ésta la doctrina defiende que cualquier decisión administrativa en contrario debe reputarse nula de pleno derecho, «pues su objeto sería absolutamente ilícito y radicalmente imposible en términos legales».

1.3.3. *La declaración de los bienes de dominio público: límites y competencia*

La Constitución —art. 132.2— establece: «Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar

territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental». De la Constitución se desprende que la categoría de bienes de dominio público estatal no se limita a los enunciados *ex Constitutione* («y, en todo caso»). Soslayando ahora la vertiente competencial de este problema, interesa destacar los límites sustantivos de legislador, tanto estatal como autonómico, para publicar recursos y bienes.

A este respecto, el Tribunal Constitucional —STC 227/1988— declaró que la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes, tanto porque la garantía de la propiedad privada —art. 33 CE— no es absoluta, como porque toda la riqueza del país está subordinada al interés general —art. 128.1 CE—. Más aún, la Constitución —art. 128.2— permite reservar al sector público recursos esenciales, aunque dicha reserva no significa necesariamente su incorporación al dominio público. Pero la potestad del legislador para determinar los bienes demaniales «no puede sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares». Es decir, la demanialización *ope legis* de determinados bienes debe tener una justificación objetiva, relacionada con las finalidades que pretender servir la institución del dominio público y debe constituir una medida proporcionada y razonable a la luz de las circunstancias. Y ello es así porque, aunque la facultad que la Constitución otorga al legislador no aparece acompañada de limitación expresa alguna, «es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes, si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas» —STC 149/1991—. Esta argumentación apunta a configurar la demanialización como una medida subsidiaria, en defecto de otras medidas como puede ser la declaración de «bienes de interés público», que sin dejar de ser de propiedad privada se someten, mediante estatutos particulares, a muy variadas potestades administrativas orientadas a garantizar su conservación y protección —como sucede con los espacios naturales protegidos o los bienes de interés cultural—.

De otro lado, a efectos de delimitar la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas para demanializar bienes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado dos categorías de bienes de dominio público: el demanio «natural» y el demanio «instrumental». El primero se refiere fundamentalmente a los recursos naturales (como las aguas, las costas o las masas forestales), mientras que el segundo se corresponde a las infraestructuras de uso público (como carreteras, puentes, aeropuertos, vías ferroviarias...), y, ambas categorías responden a lógicas parcialmente diversas (ESTEVE PARDO).

Por demanio natural no se entiende un conjunto de bienes que «por naturaleza» deban formar parte del dominio público, sino simplemente las «categorías o géneros de bienes definidos por sus características físicas o naturales homogéneas» que el legislador —o la propia Constitución en el art. 132.2— incluye en el dominio público. Y, en este sentido, el Tribunal Constitucional —STC 227/1988— se refiere a los bienes que, «en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias».

En todo caso, según el Tribunal Constitucional —STC 149/1991—, la demanialización de estos géneros de bienes debe realizarse por ley y sólo por Ley del Estado, integrándose necesariamente dichos bienes en el dominio público estatal. Es decir, sólo el legislador estatal está facultado para definir los bienes de dominio público natural que no figuran en el texto de la Constitución, así como para concretar los bienes que integran las categorías de demanio constitucionalmente necesario —art. 132.2—.

Esta tesis se justifica porque con estos bienes se pretende la «satisfacción de necesidades colectivas primarias» que al Estado le corresponde garantizar y porque la exclusión de ciertos tipos de bienes en su conjunto del tráfico jurídico privado establece la línea divisoria entre bienes susceptibles o no de ser objeto de propiedad privada. Y trazar esa línea divisoria corresponde en exclusiva al Estado, pues forma parte de la «legislación civil» en sentido material, siendo así que sólo el Estado es competente para establecer la legislación civil general —art. 149.1.8 CE—, y porque al Estado compete también garantizar la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio de los derechos fundamentales, incluido el de propiedad —art. 149.1.1 CE—.

En cambio, tratándose de bienes singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes y servicios determinados en régimen de titularidad pública, la afectación del bien al dominio público se halla «íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituye un mero soporte material». Por eso en estos casos se entiende que la titularidad del bien es accesoria o instrumental a la competencia para la gestión del servicio, de manera que será el legislador estatal o autonómico, según la materia de que se trate, competente para regular esos servicios o actividades el que determine cuáles de estos bienes pueden incluirse en el dominio público y en qué condiciones.

1.3.4. *Clases de bienes de dominio público: bienes de uso público y de servicio público*

Además de la ya aludida distinción entre bienes de dominio público natural e instrumental, útil para determinar la competencia para declarar la incorporación al dominio público, tradicionalmente se vienen distinguiendo dos categorías de bienes de dominio público, en función de la finalidad pública que motiva la afectación: bienes destinados al uso público y bienes destinados al servicio público —art. 339 CC, art. 79.3 LRBRL, art. 2.2 RBEL—, distinción que procede directamente del Derecho francés. Son bienes destinados al uso público, aparte de la mayoría de los que integran el demanio marítimo e hidráulico —con independencia de que puedan existir aprovechamientos privativos de estos bienes—, los caminos, calles, paseos, puentes, parques y «demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general» —art. 3.1 RBEL—. Así, p. ej., constituyen bienes de dominio público los terrenos ocupados por las carreteras del Estado —art. 29.1 Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras—.

En cambio, son bienes de servicio público los edificios públicos en los que se alojan los órganos del Estado —art. 5.3 LPAP—, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales —art. 4 RBEL—, y, en general, los que sirven de soporte a la prestación de cualquier servicio público, tales como «hospitales, hospicios (*sic*), museos, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte» —art. 4 RBEL—. Se trata, pues, de una categoría muy amplia, tanto que si se parte de un concepto lato de servicio público como equivalente a actuación administrativa, todos los bienes de titularidad pública serían demaniales (SÁNCHEZ MORÓN), de modo que esta categoría absorbería a la de bienes patrimoniales de la Administración. Por ello, y a falta de norma expresa que califique un bien como de dominio público, se defiende que debe seguirse el criterio de la jurisprudencia francesa, según el cual debe determinarse el grado de vinculación del bien al servicio de que se trate —criterios de esencialidad o de especial vinculación, *aménagement spécial*. Así, el propio RBEL —art. 4— se refiere a los bienes «directamente» destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos.

En cualquier caso, estas categorías no son siempre excluyentes: así un puerto o una carretera son a la vez bienes de uso público y soporte de servicios públicos. Y, sobre todo, estas dos finalidades no agotan los fines que justifican la afectación al dominio público, puesto que, como ya nos consta, pueden perseguirse otras finalidades —valores ambientales y culturales—. Finalmente, desde un sector de la doctrina (MORILLO-VELARDE) se postula la revisión de esta clasificación, en el sentido de que los verdaderos bienes demaniales serían los de uso público, mientras que los de servicio público deberían ser bienes patrimoniales no disponibles, pues esta es su principal característica.

1.3.5. *La afectación de los bienes al dominio público*

El elemento decisivo para calificar un bien como perteneciente al dominio público es la afectación a alguno de los fines que, según la Ley, determinan la demanialidad, de ahí que la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA) considere la afectación como la figura central o medular del dominio público. Así, la LPAP —art. 65— declara que la afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público. Ahora bien, la afectación opera de forma muy distinta según se trate del demanio natural o instrumental.

— *Afectación ope legis*. En relación con los bienes que conforman el llamado demanio natural —los ríos y sus cauces, los acuíferos subterráneos, la zona marítimo-terrestre, las playas, los recursos mineros...— la afectación se produce directamente *ope legis*. Es la Ley la que califica estos géneros de bienes como de dominio público, de modo que no hace falta declaración o acto posterior, pues dichos bienes en su conjunto no pueden ser objeto de propiedad privada ni pueden ser bienes patrimoniales de la Administración. Cuestión distinta es delimitar en cada caso hasta dónde alcanzan las dependencias del demanio, es decir, cuál es el límite del cauce o de la ribera del río o de la zona marítimo-terrestre. Para esta finalidad sí puede ser necesario dictar actos administrativos de aplicación de la ley, en particular actos de deslinde. Pero estos actos no son actos de afectación, esto es que marquen el destino de un bien al uso o servicio público, sino que son puros actos de delimitación (SÁNCHEZ MORÓN).

— *Afectación mediante acto formal*. Para los bienes que constituyen el demanio artificial, es decir, que son de dominio público en virtud de su destino específico, pero que podrían no serlo si tuvieran otro destino o fueran de propiedad privada, es necesario un acto formal de afectación singular e individualizada para su incorporación al dominio público. Así, la LPAP —art. 66.1— establece que, salvo que la afectación derive de una norma con rango legal (supuesto anterior), ésta deberá hacerse en virtud de acto expreso por el órgano competente, en el que se indicará el bien o derecho a que se refiera, el fin al que se destina, la circunstancia de quedar aquél integrado en el dominio público y el órgano al que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación. Y, de modo similar, en relación con las Entidades Locales, la LRBRL —art. 81.1— estableció que esta afectación tiene lugar mediante la aprobación del correspondiente acto administrativo por el órgano competente, en virtud de un expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad. En el caso de la Administración General del Estado, la afectación de bienes y derechos tiene lugar mediante Orden del Ministerio de Hacienda, y en el caso de la Administración Local, corresponde al Pleno de la Corporación acordar mediante mayoría absoluta la afectación de bienes —art. 8.2 RBEL—.

— *Afectación tácita*. El ordenamiento establece que la afectación se entenderá implícita como consecuencia de la aprobación de determinados actos administrativos, que presuponen el destino de un bien público a un uso o servicio público. Tal es el caso de la aprobación por el Consejo de Ministros de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público —art. 66.2 LPAP—, o la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios —art. 81.2 LRBRL—. También es el caso previsto en la LPAP —art. 66.2— de las adquisiciones de bienes que se realicen en virtud de expropiación forzosa, supuesto en el cual los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social.

— *Afectación presunta*. El ordenamiento prevé, incluso, la posibilidad de que la afectación tenga lugar sin necesidad de acto alguno. Ya la LRBRL —art. 81.2— contempló la afectación automática por la adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público. Por su parte, las Leyes autonómicas recogen esta regla pero reduciendo sustancialmente los plazos de destino de forma continuada al uso o servicio público. Finalmente, la LPAP —art. 66.2— omite plazo alguno: «La utilización pública, notoria y continuada por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general». En todo caso, lo ordinario es que se trate de un bien patrimonial de la Administración el que adquiera esta condición.

1.3.6. *Las mutaciones demaniales*

Las mutaciones demaniales son los cambios que se producen en el estatuto jurídico de la demanialidad de un bien que continúa siendo de dominio público (SÁNCHEZ MORÓN). Estos cambios pueden tener lugar por alteración del sujeto titular del bien o por modificaciones en su afectación.

— *Mutaciones del sujeto titular*. El cambio de titularidad puede obedecer a distintas razones. Así, la sucesión de una Administración por otra, que conlleva la subrogación en los derechos y potestades de aquél. Por ejemplo, la fusión de dos municipios en uno solo, o la segregación de una parte de un término municipal, en la que existan bienes de dominio público, bien para agregarlo a otro o bien para constituir un nuevo municipio. De otro lado, la transferencia o delegación de competencia intersubjetiva generalmente conlleva el traspaso de los medios precisos para su ejercicio y, entre ellos, de los bienes públicos afectos al servicio transferido —STC 227/1988—. No obstante, no siempre la redistribución de competencias conlleva el cambio de titularidad, pues debe recordarse que en el caso de los bienes del demanio natural, la titularidad estatal es compatible con el ejercicio de competencias por otras Administraciones sobre el mismo bien. Así, la LPAP —art. 71.4— prevé que los bienes y derechos demaniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos podrán afectarse a otras Administraciones públicas para destinarlos a un determinado uso o servicio público de su competencia, si bien este supuesto de mutación entre Administraciones públicas no alterará la titularidad de los bienes ni su carácter demanial.

— *Mutaciones de la afectación*. Es típico el cambio de afectación de los terrenos expropiados en virtud de planes urbanísticos para dotaciones públicas —servicios e infraestructuras—, que cambian su destino mediante modificación del Plan. Algunas

Leyes autonómicas prevén que la mutación demanial pueda producirse también por ley e incluso de manera presunta en virtud del destino continuado del bien a uso o servicio distinto del inicialmente previsto durante dos o más años. Cuestión distinta es la que plantea la asignación de «afectaciones secundarias», posibilidad abierta en aquellos casos en que un mismo bien es susceptible de varios usos o finalidades simultáneas (SÁNCHEZ MORÓN). La nueva afectación debe decidirse por acto expreso, y, como establecen algunas leyes autonómicas, debe ser compatible con el destino principal o determinante de la demanialidad del bien.

1.3.7. *La desafectación*

La desafectación es la operación por la que un bien deja de pertenecer al dominio público. Así, la LPAP —art. 69.1— declara que los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público.

— *Desafectación mediante acto formal.* Por lo general, la desafectación requiere un acto expreso, adoptado tras el correspondiente expediente administrativo —art. 69.2 LPAP, art. 8 RBEL—. Incluso se requiere expediente y decisión expresa en el caso de los terrenos del dominio público marítimo deslindados que, por causas naturales, hayan perdido su condición de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre. De esta manera, el ordenamiento pretende tutelar el dominio público, previniendo frente a eventuales desafectaciones presuntas que pudieran legitimar usurpaciones por particulares. En este sentido, el RBEL de 1986 suprimió la posibilidad prevista en el antiguo Reglamento de Bienes anterior de 1955 de desafectación por el transcurso del tiempo —en concreto de veinticinco años— sin utilizarse el bien para el destino previsto por la afectación, lo que podía ocurrir por usurpación.

— *Desafectación tácita.* Tiene un carácter excepcional, pues sólo se produce en los supuestos expresamente previstos en la Ley —art. 69.2 LPAP—. Por un lado, se produce con ocasión de un acto de deslinde respecto de los bienes públicos sobrantes, que no quedan incluidos en el dominio público. Supuesto distinto es el de la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana, cuando elimina el uso público de los terrenos, los cuales pasan al patrimonio de la Administración lo que permite su reversión. Además, la desafectación tácita puede producirse por hechos concluyentes —p. ej., la demolición de un edificio, o actos administrativos que impliquen un cambio de destino—, si bien la jurisprudencia exige en tales casos la prueba de la evidencia por quien alegue la desafectación, ya que se trata de una excepción a la regla general (STS 22-6-1991).

— *La degradación del dominio público natural.* Se trata de determinar si cuando un bien del demanio natural pierde su naturaleza (p. ej., una marisma se deseca), ¿se produce una desafectación del bien? Cuando la degradación de los bienes es consecuencia de los procesos naturales, parece que la respuesta debe ser afirmativa. Así, en relación con el dominio marítimo-terrestre, el Supremo (a partir de dos sentencias de 5 de noviembre de 2010) entiende que los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre no se han de mantener indefinidamente en el dominio público por el solo hecho de que un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos los incluyera en él. En cambio, cuando la degradación es consecuencia de la intervención humana, la respuesta debe ser más matizada (ESTEVE PARDO), pues la reparación de estos bienes degradados puede ser,

según los casos, exigida legalmente a sus responsables (Ley 24/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental).

Salvo el supuesto excepcional regulado en el art. 370 del Código Civil, los bienes que son desafectados se convierten en bienes patrimoniales de la Administración titular —art. 341 Código Civil—. En cualquier caso, la incorporación al patrimonio de la Administración de los bienes desafectados no se entenderá producida hasta la recepción formal de estos bienes por la Administración, y en tanto no tenga lugar esta recepción formal seguirán teniendo tales bienes el carácter de dominio público —art. 70.2 LPAP y art. 8.3 RBEL—.

1.4. LOS BIENES PATRIMONIALES

1.4.1. *Concepto*

Como ya se señaló, se definen con un criterio negativo: «Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales» —art. 7.1 LPAP, y, de modo similar art. 340 Código Civil—. Dentro de esta categoría residual se halla una gran variedad de bienes, como los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, o los derechos de propiedad incorporal. No obstante, en el ámbito local, el RBEL —art. 6.2— añade, de modo positivo, la tradicional referencia a los bienes productores de renta: «Son bienes patrimoniales o de propios los que siendo propiedad de la Entidad local no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la Entidad». El origen de estos bienes obedece a razones históricas diversas: así la desamortización civil del siglo XIX dio origen al actual régimen peculiar de la propiedad forestal pública, o la intervención de la Administración en las actividades económicas a lo largo del siglo XX dio lugar a la constitución de un importante patrimonio empresarial en mano pública, hoy en claro retroceso y liquidación; o las necesidades de regulación del mercado de suelo generadas por la actividad urbanística ha dado lugar a la constitución de patrimonios públicos de suelo destinados a la urbanización y edificación en manos de los Ayuntamientos (SÁNCHEZ MORÓN).

Finalmente, debe observarse que algunas normas autonómicas establecen una suerte de presunción de patrimonialidad de los bienes, en el sentido de que los bienes y derechos de las Administraciones se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso o servicio de interés general.

1.4.2. *Adquisición de bienes patrimoniales*

— *Por atribución de la Ley.* Entre estas formas de adquisición se encuentran las de los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido, es decir, los denominados bienes mostrencos. La titularidad del Estado sobre estos bienes, establecida por la Ley de Mostrencos de 1835, fue cuestionada largo tiempo sobre la base del Código Civil —art. 610—, que admitía la adquisición por ocupación de los bienes apropiables que carecen de dueño. Pero hoy en día la LPAP —art. 17— declara que pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de

dueño. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la Ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. Ahora bien, la Administración General del Estado no podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos si se opone un tercero con posesión a título de dueño. Igualmente, la LPAP —art. 18— declara que corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años, opción que ha sido avalada por el Tribunal Constitucional (SSTC 58/1982 y 204/2004). Y también puede mencionarse el comiso de los instrumentos de perpetración de los delitos y de los efectos que de ellos provengan —art. 127 del Código Penal—. Finalmente, deben mencionarse las cesiones de naturaleza urbanística, que se rigen por su normativa específica (por ejemplo, cesiones obligatorias y gratuitas de terrenos destinados por la ordenación urbanística a dotaciones).

— *Adquisición a título oneroso.* Estas adquisiciones pueden efectuarse mediante cualesquiera contratos, típicos o atípicos (por ejemplo, compra), debiendo respetarse los principios de publicidad y concurrencia —art. 8.1 LPAP—. Más aún, la adquisición de bienes a título oneroso se registrará, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas —arts. 110 LPAP y 11 RBEL—, debiéndose a tal efecto formar el correspondiente procedimiento en el cual deberá justificarse la necesidad o conveniencia de la adquisición así como la tasación del bien o derecho —arts. 116 LPAP y 11 RBEL—.

— *Adquisiciones mediante ejercicio de derechos de tanteo y retracto.* Diversas leyes reconocen a las Administraciones derechos de adquisición preferente, así cabe citar la Ley de Patrimonio Histórico Español en relación con los bienes declarados de interés cultural —art. 38—, y la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad en relación con los espacios naturales protegidos —art. 39—.

— *Adquisición a título gratuito.* No está sujeta a restricción, ahora bien, la aceptación de herencia, legado o donación requiere un acuerdo formal del órgano competente, y se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario —art. 20 LPAP, art. 956 del Código Civil—, y sin necesidad de declaración alguna sobre ello, con el efecto conocido de que la Administración no queda obligada a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma —art. 1.023 Código Civil—. Por otra parte, el Estado es heredero *ab intestato*, a falta de personas que tengan derecho a heredar conforme al Código Civil —arts. 956 a 958—, distribuyéndose la herencia entre distintas instituciones públicas.

— *Por prescripción adquisitiva.* Según la LPAP —art. 22— y RBEL —art. 14—, esta forma de adquisición se rige por la legislación civil. A este respecto la jurisprudencia ha venido exigiendo las condiciones establecidas en el Código Civil —arts. 1.940 y 1.941—, en el sentido de que para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley, y la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

— *Por adjudicación de bienes en procedimientos judiciales y administrativos.* Se trata de la adjudicación a la Hacienda Pública de los bienes embargados para asegurar el pago de deudas con las Administraciones, cuando no se hayan enajenado en las correspondientes subastas —art. 25 LPAP—.

— *Por transferencia de otras Administraciones.* Algunas Leyes reguladoras del patrimonio de las Comunidades Autónomas contemplan también el supuesto de la adquisición de bienes patrimoniales por traspaso del Estado u otras entidades, pues al tratarse de una subrogación o sucesión en la titularidad de los bienes, la Comunidad Autónoma que los adquiere no se ve privada de la facultad de decidir el destino de esos bienes a los servicios de su competencia —STC 58/1982—.

1.4.3. *La disposición de los bienes patrimoniales*

A diferencia de los bienes de dominio público, los bienes patrimoniales son susceptibles de disposición (enajenación y gravamen), en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso —art. 132 LPAP—. Ahora bien, la garantía de los intereses públicos y de la objetividad con que debe actuar la Administración impone algunas cautelas competenciales y procedimentales y algunos límites a la facultad de enajenación sobre todo de bienes inmuebles, con objeto de evitar que se produzcan tratos de favor a terceros u operaciones carentes de la debida transparencia (SÁNCHEZ MORÓN). En este sentido, la LPAP —art. 30.2— declara que los bienes y derechos patrimoniales podrán ser enajenados «siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos». Así, en el caso de enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, siendo el concurso el procedimiento ordinario —art. 137 LPAP—.

Asimismo, en cada ordenamiento se establecen determinaciones competenciales precisas. Así, en la Administración General del Estado el órgano competente para enajenar los bienes inmuebles será el Ministro de Hacienda —art. 135 LPAP—. Y en las Administraciones Locales (salvo municipios de gran población) corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales la enajenación del patrimonio cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, correspondiendo en otro caso al Pleno, además de las enajenaciones de bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor (Disp. Adic. 2.^a LCSP). Por su parte, la legislación autonómica introduce algunas novedades, como la exigencia de autorización de la respectiva Asamblea Legislativa para la enajenación de determinados bienes de gran valor.

De otro lado, la legislación —arts. 145 LPAP y 109 RBEL— contempla la posibilidad de que la Administración acuerde la cesión gratuita de bienes patrimoniales, si bien se establece una limitación legal de los sujetos que pueden ser destinatarios de la cesión de bienes (otras Administraciones, fundaciones públicas y asociaciones declaradas de utilidad pública), así como la vinculación del bien a un fin público (para la realización de fines de utilidad pública o interés social de la competencia del cesionario). A este respecto, la jurisprudencia (STS 26 de febrero de 2002) ha rechazado que se pueda ceder gratuitamente bienes locales a sociedades mercantiles en mano pública creadas para la gestión directa de servicios públicos locales (típicamente para la promoción de viviendas). En todo caso, los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo —art. 148 LPAP—. En este sentido, si los bienes inmuebles cedidos no se destinasen al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de estarlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la administración con todas las mejoras realizadas —arts. 150 LPAP y 111 RBEL—.

Finalmente, los bienes patrimoniales, al no ser imprescriptibles, son susceptibles de usucapión en su favor a particulares, de acuerdo con la legislación civil —art. 30.2 LPAP—.

1.5. LOS BIENES COMUNALES

Los bienes comunales de titularidad municipal tienen su origen en formas comunitarias de propiedad, especialmente de propiedad forestal, pertenecientes al tipo de la comunidad germánica indivisible. Bienes que fueron de la titularidad del común de los vecinos y destinados a su aprovechamiento por la comunidad vecinal, pero que a partir de la legislación desamortizadora del siglo XIX se cuestionó su naturaleza demanial o privativa con la finalidad de incluirlos en el tráfico jurídico. En todo caso, la legislación de régimen local acabó por transferir la titularidad de los bienes comunales de los vecinos al municipio o, en su caso, entidad local menor y el consiguiente desplazamiento de las tradicionales normas consuetudinarias locales por reglamentaciones escritas, llegando a calificar a los bienes comunales como bienes patrimoniales.

Por su parte, la Constitución —art. 132.1—, aun cuando declara que la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público «y de los comunales», como si fuesen categorías diversas, añade que ambos tipos de bienes están sujetos a idénticos principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. En este sentido, la LRBRL —arts. 79.3 y 80.1— incluye los bienes comunales entre los de dominio público, por lo que hoy en día es clara su naturaleza demanial (NIETO). Así, el RBEL —art. 2— declaró: «Tienen la consideración de comunales aquellos bienes que *siendo de dominio público*, su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos» —art. 2.3—. Es decir, se trata de unos bienes demaniales de uso común por los vecinos.

El RBEL —art. 103.1— dispuso que el derecho al aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales, en cualquiera de sus modalidades, corresponderá simultáneamente a los vecinos sin distinción de sexo, estado civil o edad. Los extranjeros domiciliados en el término municipal gozarán también de estos derechos (lo cierto es que legalmente son vecinos del municipio). No obstante, el TRRL —art. 75.4— y el RBEL —art. 103.2— admiten que los Ayuntamientos y Juntas vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales, mediante concesiones periódicas a los vecinos de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, puedan exigir a aquéllos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas *condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia*, según costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en ordenanzas especiales, que necesitarán para su puesta en vigor la aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma, el cual la otorgará o denegará, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquélla, si existiera.

Así, en aplicación de estas normas el Tribunal Supremo ha admitido la conformidad a Derecho de una Ordenanza reguladora de los aprovechamientos forestales, pastos y caza de las fincas comunales que establecía la exigencia de ser *natural* (nacido) del municipio para ser beneficiario del disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales, por considerarse esta exigencia conforme con la vinculación, arraigo y permanencia a que se refieren el TRRL, pues según el Supremo la costumbre local puede establecer condiciones de vinculación a la localidad que van más allá del arraigo o de permanencia en la misma (STS 4-12-2007, Rec. 85/2005), apoyándose para ello en

«la transcendencia que el aprovechamiento de estos bienes comunales posee para la pervivencia de esos núcleos rurales que pocos habitantes sobreviven en espacios del territorio nacional para fijar en su término a los residentes en ellos». En consecuencia se declara que la Ordenanza es conforme a Derecho cuando exige para el disfrute de los aprovechamientos de los bienes comunales el requisito con otros de ser «natural» de la localidad. En nuestra opinión, una cosa es admitir la imposición de un especial arraigo y otra distinta es vincular tal arraigo exclusivamente a la circunstancia personal del lugar de nacimiento.

1.6. EL PATRIMONIO NACIONAL

Forman este conjunto los bienes del antiguo Patrimonio Real, destinados originalmente al uso privado del Rey, pero distintos de su patrimonio privado, tales como los llamados Palacios Reales (de Oriente, Aranjuez, El Escorial, La Granja, El Pardo, La Zarzuela), a los que se suma hoy los derechos de gobierno y administración de las Fundaciones denominadas Reales Patronatos. Originariamente de titularidad de la Corona, si bien con el carácter de bienes inalienables e imprescriptibles, este patrimonio pasó durante la Revolución Liberal a la titularidad del Estado. Actualmente, de acuerdo con la LPAP —disp. adic. cuarta—. Este patrimonio se sigue rigiendo por la Ley 23/1982, de 16 de junio, que mantiene la titularidad estatal y define los bienes que componen el Patrimonio Nacional como «afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen» —art. 2—. Ello sin perjuicio de la posible utilización de los bienes con fines culturales, científicos y docentes, del respeto al medio ambiente y de la aplicación de la legislación de protección del patrimonio histórico. Tales bienes se declaran inalienables, imprescriptibles e inembargables, de modo que el régimen jurídico es muy próximo al de los bienes demaniales.

2. LA UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES PÚBLICOS

2.1. LA UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

2.1.1. *El uso común general*

Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados —arts. 85.1 LPAP y 75.1 RBEL—. Asimismo, según la LPAP —art. 6—, los bienes y derechos demaniales deben dedicarse preferentemente al uso común frente a su uso privativo.

Tradicionalmente, se diferencia un uso común general y un uso común especial. El primero es el que se realiza por cualquier persona sin que concurren circunstancias especiales —art. 75.1 RBEL—. Como señala el Supremo (STS de 22 de febrero de 1999, recurso núm. 3410/1993), este uso general es el que puede ejercitar por igual todo ciudadano, sin que requiera una cualificación específica. Algunas Leyes precisan en qué consiste este uso común. Así, el T.R. Ley de Aguas —art. 50— establece que «todos pueden usar las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar al ganado». O la Ley de Costas

—art. 31.1— dispone que «la utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo...». De este modo, el uso común general es una facultad abierta a todos por igual de disfrutar o servirse de determinados bienes, de manera no excluyente, respetando el mismo derecho de los demás.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia configura el uso público general como una situación de interés legítimo colectivo o difuso, que legitima a los usuarios del bien a oponerse y reaccionar, judicialmente en su caso, frente a cualquier alteración ilegal del régimen de utilización de los bienes de dominio público destinados al uso público, pero que no comporta un derecho a indemnización a los usuarios, potenciales e incluso habituales, por una restricción del uso. No obstante, un sector de la doctrina (SÁNCHEZ MORÓN) defiende dar un paso más y considerar que, sustantivamente, el uso común general es un verdadero derecho subjetivo, reconocido a cualquier persona, de carácter público y de configuración legal. Este derecho no atribuye a nadie la facultad de oponerse a una modificación legítima del régimen de utilización del bien, pero sí le habilita para la defensa del carácter público de los bienes sobre el que ha de ejercitarse el derecho y oponerse a una restricción indebida del uso público, así como para exigir su acceso al disfrute de los bienes en condiciones de igualdad, sin más limitaciones o restricciones que las que establezcan las normas aplicables.

Respecto al régimen del uso común, la LPAP —art. 86.1— declara que el uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente (es decir, sin necesidad de título alguno), sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación (de modo similar, art. 76 RBEL). Como precisa el T.R. Ley de Aguas —art. 50.4—, la ley no ampara en ningún caso el abuso de derecho en la utilización de las aguas ni el desperdicio o mal uso de las mismas, cualquiera que fuese el título que se alegare. Además, el uso común está sometido a las reglamentaciones de policía que establezca la Administración competente, que no siempre es la titular de los bienes, para garantizar el buen uso de éstos y su compatibilización, mantenerlos en condiciones idóneas e impedir su degradación. Por lo demás, el uso común, aun cuando es libre y gratuito, comporta también deberes de carácter cívico, cuya vulneración puede constituir infracción administrativa o penal, máxime cuando se trata de bienes, como las aguas, riberas y playas, que constituyen recursos naturales de indudable valor ecológico, que deben ser conservados adecuadamente evitando todo atentado a su integridad y calidad.

Distinto del régimen de los bienes demaniales de uso público es el de los bienes demaniales de *servicio público*, pues la utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supeditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, se regirá por la LPAP —art. 87—. Así, el RBEL —art. 74.2— declara que el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios y subsidiariamente por las del RBEL.

2.1.2. *El uso común especial*

Según el RBEL —art. 75.1—, es uso común especial el que se realiza cuando concurren circunstancias especiales por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquier otra semejante —rentabilidad, que recaiga sobre bienes escasos, necesidad de

ejecutar obras...—. Lo cierto es que no deja de ser contradictorio hablar de un uso común «especial». El propio Supremo declaró en alguna ocasión (STS de 8 de julio de 1987, ponente: González Navarro) que: «Por eso el uso común especial de que habla la norma, es común sólo convencionalmente, es podríamos decir común... pero menos. En realidad este uso común especial es un grupo o modalidad autónoma que está muy cerca del uso privativo pero que no se identifica con él. Y tal vez por esta razón, la LPAP —art. 85.2— no califica este uso de común, sino que se refiere al mismo como un uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.

Este uso especial no excluye, por definición, el uso general de los bienes sobre el que recae, ya que el uso especial es compatible con aquél, aunque sí puede menoscabar o afectarlo negativamente. Por eso se requiere previa autorización o licencia administrativa, mediante la que se trata de controlar y, en su caso, condicionar este tipo de usos, y en ocasiones conlleva la obligación de abonar una tasa o canon. Así, el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público está sujeto a autorización o licencia —arts. 86.2 LPAP y 77.1 RBEL—. Tal es el caso, por ejemplo, de la navegación y flotación en ríos, lagos y embalses —art. 51 T.R. Ley de Aguas—.

De acuerdo con la LPAP —art. 92.1—, las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen —de forma similar art. 77.2 RBEL—. No serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión arts. 92.2 LPAP y 77.3 RBEL—.

La LPAP —art. 92.3— dispone que las autorizaciones habrán de otorgarse por tiempo determinado, y su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, será de cuatro años. Asimismo, a menudo se prevé que pueden ser modificadas y revocadas no sólo por el incumplimiento por parte del titular de las condiciones, sino también por el cambio de las circunstancias que determinaron su otorgamiento. Así, la Ley de Costas —art. 58.2— dispone que la Administración podrá modificar las condiciones de las autorizaciones de vertido en el dominio público marítimo terrestre, sin derecho a indemnización, cuando las circunstancias que motivaron su otorgamiento se hubiesen alterado. Generalizando este criterio, la LPAP —art. 92.4— declara que las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.

2.1.3. *El uso privativo de los bienes de dominio público*

Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados

—arts. 85.3 LPAP y 75.2 RBEL—. En realidad no siempre se trata de una ocupación en sentido estricto —p. ej., de una porción de playa o de la vía pública por quioscos o instalaciones de servicios—, sino que puede tratarse del aprovechamiento exclusivo de algunos recursos como las aguas o las minas. Lo decisivo es que tal utilización excluya la de los demás, pues se reconoce en favor de una persona. No obstante, debe matizarse que el uso privativo de un bien de dominio público no siempre es absolutamente excluyente del uso común o de otros usos privativos sobre la misma porción del bien. Haya usos consuntivos, es decir, que conlleven el agotamiento o consumo del recurso concedido, y otros usos no consuntivos. Así, por ejemplo, el uso de las aguas de un río para la producción hidroeléctrica no es incompatible ni con el uso común de esas mismas aguas en el embalse donde se encuentra el salto de agua ni con su uso privativo para riegos abajo del embalse, ya que se trata de un uso no consuntivo. En todo caso, lo que se excluyen son todos los demás usos privativos de la misma naturaleza y todos aquellos que sean incompatibles con el uso o aprovechamiento privativo otorgado (SÁNCHEZ MORÓN).

A diferencia del uso común general, el derecho al uso privativo de bienes de dominio público es un derecho real de naturaleza administrativa. Un derecho real que, con las condiciones que establecen las leyes, es transmisible, gravable y registrable y que generalmente —aunque no siempre— se otorga mediante el pago de un precio público o canon. En todo caso, se trata de un derecho de uso, diferenciado de la titularidad del bien demanial que, por definición, corresponde a la Administración.

En cuanto a su adquisición, en algún caso el uso privativo de los bienes de dominio público puede adquirirse por disposición legal de directa aplicación. Así, en materia de dominio público hidráulico, el T.R. Ley de Aguas —art. 54— reconoce al propietario de una finca el derecho a aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella, las estancadas y también las de manantiales y pozos situados en su interior cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. Y hasta fechas recientes se admitía la adquisición de algunos derechos de aprovechamiento por prescripción. Pero las leyes más recientes, más preocupadas por evitar la usurpación secular de los bienes demaniales, han sido tajantes al negar esta posibilidad. Así, el T.R. Ley de Aguas —art. 52.2— declara que «no podrá adquirirse por prescripción el uso privativo del dominio público hidráulico». Y, por su parte, la Ley de Costas —art. 8— establece que «no se admitirán más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la presente Ley, careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos en el Registro de la Propiedad».

Por tanto, la adquisición normal del derecho al uso privativo se produce en virtud de un título administrativo que, según establece el RBEL —art. 78.1— es la concesión demanial o concesión administrativa de dominio público. Hay casos, no obstante, en que ciertos usos privativos, de menor entidad o de vocación temporal o pasajera, pueden ser otorgados mediante autorización administrativa. Así, en materia de dominio público marítimo-terrestre, la Ley de Costas —arts. 51 ss.— y el T.R. Ley de Puertos del Estado —art. 57— permiten la ocupación del mismo mediante autorización cuando se trata de instalaciones desmontables o bienes muebles —caso típico de los servicios de temporada en las playas—. En este sentido, la LPAP —art. 87— establece que el uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estará sujeto a autorización, reservando la concesión a los de supuestos de ocupación con obras o instalaciones fijas.

Este tipo de ocupaciones, que la doctrina francesa denomina «estacionamientos», suelen otorgarse, según la Ley, a título de precario, de modo que pueden ser revoca-

das por la Administración en cualquier momento unilateralmente, sin derecho a indemnización, con objeto de destinar el bien a otras actividades de mayor interés público. Así, la Ley de Costas —art. 55.1— y T.R. Ley de Puertos del Estado —art. 97— disponen que las autorizaciones de ocupación del dominio público marítimo-terrestre o portuario, respectivamente, podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración en cualquier momento, sin derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con la normativa o los planes aprobados con posterioridad.

2.1.4. Especial referencia a las concesiones demaniales

A diferencia de las autorizaciones y licencias, las concesiones sobre bienes de dominio público deben otorgarse en régimen de concurrencia —arts. 93.1 LPAP y 78.2 RBEL—. Otra cosa es que el procedimiento para el otorgamiento de concesiones pueda iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada —art. 96.1 LPAP—, y en este segundo caso la Administración no está obligada en todo caso a convocar la licitación —art. 82 RBEL—. En ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el LCSP —art. 94 LPAP—. Para decidir sobre el otorgamiento de la concesión o autorización, se atenderá al mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, que se valorarán en función de los criterios especificados en los pliegos de condiciones —art. 96.5 LPAP—. En todo caso, debe recordarse que el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público —art. 43.1 LRJPAC—.

Las concesiones en ningún caso pueden otorgarse por tiempo indefinido. Así, la Ley de Aguas de 1985 puso fin a las últimas excepciones de concesiones a perpetuidad permitidas por la legislación anterior, y que ponían en cuestión el carácter inalienable e imprescriptible del dominio público. En la actualidad, la LPAP —art. 93.3— declara que el plazo máximo de duración de las concesiones demaniales, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de setenta y cinco años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación (el RBEL —art. 79— había fijado un plazo de noventa y nueve años, si bien las Leyes sectoriales se habían inclinado por el plazo de setenta y cinco años, como el T.R. Ley Aguas —art. 59—, plazo seguido también por la Ley de Costas —art. 66—, tras la reforma de la Ley 2/2013).

Asimismo, es regla general para las concesiones demaniales que se otorgan «sin perjuicio de tercero» —art. 61 T.R. Ley de Aguas y art. 66.1 Ley de Costas—, lo que significa que no prejuzgan la existencia y validez o la preferencia de otros derechos que pudieran ser incompatibles con los reconocidos en el título concesional. Por tanto, en caso de conflicto con situaciones jurídicas consolidadas, el concesionario debe hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, sin que la Administración concedente pueda resolver el conflicto por decisión unilateral.

De otro lado, la concesión, en sí misma, es un derecho real que, como tal, es susceptible de cierto tráfico jurídico. De entrada, la propia LPAP —art. 93.2— declara que la concesión se puede inscribir en el Registro de la Propiedad. Asimismo, en función de que la concesión se haya otorgado o no en atención a las circunstancias personales del concesionario, podrá o no ser objeto de transmisión (por actos *inter vivos* y *mortis causa*) a un tercero, así como podrán constituirse hipotecas y otros derechos de garantía sobre la concesión, todo ello generalmente previa autorización de la Administración (p. ej., T.R. Ley de Puertos del Estado —art. 92—). Además, el titular de una

concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites legales, los derechos y obligaciones del propietario. Estos derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario sólo pueden ser cedidos o transmitidos a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión —art. 98 LPAP—.

Finalmente, las concesiones (y autorizaciones) demaniales se extinguirán, entre otras causas —art. 100 LPAP—, por rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización. En este caso de rescate anticipado de la concesión, el titular será indemnizado del perjuicio material surgido de la extinción anticipada —art. 101.3 LPAP—.

2.1.5. *Las reservas y adscripciones demaniales*

La Administración titular del bien puede reservarse para sí la utilización de determinados bienes de dominio público. Estas reservas demaniales —o «dominiales» según otros— consisten en la facultad que el ordenamiento otorga a la Administración para retener en exclusiva la utilización o explotación de determinados bienes de dominio público. Se trata de una técnica conocida desde antiguo en la legislación minera —art. 7 Ley de Minas—, y que se ha trasladado posteriormente a otros sectores. Así, la Ley de Costas —art. 47— dispone que la Administración del Estado podrá reservarse la utilización total o parcial de determinadas pertenencias del dominio público marítimo-terrestre para la realización de estudios e investigaciones, o para obras, instalaciones o servicios. De las leyes sectoriales, esta técnica pasó a las Leyes generales de patrimonio de las Comunidades Autónomas, y finalmente a la LPAP —art. 104—, la cual prevé que la Administración General del Estado podrá reservarse el uso exclusivo de bienes de su titularidad destinados al uso general para la realización de fines de su competencia, cuando existan razones de utilidad pública o interés general que lo justifiquen.

La reserva prevalecerá frente a cualesquiera otros posibles usos de los bienes. No obstante, la reserva demanial puede ser compatible con algunos usos privados que no perjudiquen la finalidad de la reserva. Así la Ley de Aguas —art. 53.3— permite una reserva de aguas compatible con el uso común de caudales para lavarse o bañarse e incluso con concesiones en precario. Asimismo, se entiende que la reserva no comporta necesariamente la explotación directa por la Administración del bien, sino que admite modalidades contractuales de explotación indirecta (SÁNCHEZ MORÓN).

Distinta de la reserva demanial, es la adscripción de bienes del dominio público. El Tribunal Constitucional —STC 149/1991— señaló, con ocasión de la Ley de Costas —art. 49—, que la adscripción demanial es un instrumento puesto por la Ley al servicio de las Comunidades Autónomas que, sobre la base de sus competencias propias, les permite quedar exentas del régimen concesional general, y pueden obtener la utilización privativa de zonas del dominio público estatal de una forma similar a las reservas en favor de la Administración del Estado.

2.2. APROVECHAMIENTO DE BIENES COMUNALES

Según el RBEL —art. 94—, el orden de preferencia para el aprovechamiento y disfrute de bienes comunales es el siguiente:

1.º Se efectuará precisamente en régimen de explotación común o cultivo colectivo. Esta modalidad implica el disfrute general y simultáneo de los bienes por quienes ostenten en cada momento por parte de todo el vecindario —art. 96 RBEL—. Por ejemplo, la explotación simultánea de los pastos por los ganados de los vecinos o la recogida de leñas muertas por cualquier vecino. Este tipo de aprovechamiento es el que ha dado lugar a la llamada por los economistas «tragedia de los comunales» (dilema descrito por Garret Hardin en 1964).

2.º Sólo cuando tal disfrute fuere impracticable se adoptará una de las formas siguientes: *a)* aprovechamiento peculiar, según costumbre o reglamentación local, o *b)* adjudicación por lotes o suertes.

3.º Si estas modalidades no resultaren posibles, se acudirá a la adjudicación mediante precio. La adjudicación mediante precio habrá de ser autorizada por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, y se efectuará por subasta pública en la que tengan preferencia sobre los no residentes, en igualdad de condiciones, los postores vecinos —art. 98.1 RBEL—. A falta de licitadores la adjudicación se podrá hacer de forma directa. En cuanto al destino de lo obtenido en la adjudicación mediante precio, el RBEL —art. 98.3— dispuso que el producto se destinará a servicios en utilidad de los que tuvieren derecho al aprovechamiento, sin que pueda detraerse por la Corporación más de un 5 por 100 del importe.

2.3. APROVECHAMIENTO DE BIENES PATRIMONIALES

En general, la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán, entre otros, a los principios de eficiencia y economía en su gestión, así como de eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos —art. 8.1 LPAP—. A tal efecto, la explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico (p. ej., el arrendamiento) o atípico. Ahora bien, la LPAP —art. 107— establece que los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso (el RBEL optaba por la subasta, pero la STC 162/2009 entiende que se trata de una norma básica) salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente. Asimismo, como regla general, si bien aplicable a la Administración del Estado, los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a veinte años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas —art. 106.3 LPAP—.

3. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

3.1. LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER Y DEFENDER EL PATRIMONIO

Tradicionalmente, la finalidad del régimen especial de protección de los bienes públicos no era otra que defender la titularidad y la posesión pública de los bienes, y con ella su afectación al interés público, frente a la usurpación por los particulares. Y lo cierto es que no han sido infrecuentes las usurpaciones de determinados bienes de dominio público, ya sea debido a la negligencia de la Administración o a la falta

de medios para su defensa (cabe destacar lo sucedido con las vías pecuarias). Ahora bien, a esa finalidad se ha añadido en las últimas décadas a través de la legislación sectorial, la conservación en sí misma de los bienes, especialmente cuando se trata de recursos naturales, así como su adecuada utilización de acuerdo con las exigencias de la ley y del interés general.

En la actualidad, la LPAP —art. 28— establece, con carácter general, que las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello. En este sentido, ya la LRBRL —art. 68.1— estableció que las Entidades Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

Ahora bien, en caso de incumplimiento de esta obligación, la LRBRL —art. 68.2— establece que cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción, en nombre e interés de la Entidad Local. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad Local de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubiera seguido —arts. 68.4 LRBRL—. Como ha señalado el Tribunal Supremo (STS 21-4-1999), la LRBRL reconoce un interés en la defensa efectiva del patrimonio de las Entidades Locales por la calidad de vecinos, pero se establece con carácter subsidiario y con un neto carácter de legitimación por sustitución remediando la inactividad municipal.

3.2. TÉCNICAS DE GESTIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO

3.2.1. *El inventario patrimonial*

Ya el RBEL —art. 17— obligó a las Entidades Locales a formar inventario valorado de todos sus bienes y derechos, cualquiera que sea su forma de adquisición y naturaleza. Por su parte, la LPAP —art. 32.1— generalizó este deber al establecer que las Administraciones públicas están obligadas a inventariar los bienes y derechos que integran su patrimonio, haciendo constar, con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar su situación jurídica y el destino o uso a que están siendo dedicados. El inventario patrimonial de las comunidades autónomas, entidades locales y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ellas incluirá, al menos, los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos.

En el caso de las entidades locales, corresponde al Pleno la aprobación del inventario ya formado —art. 34 RBEL—, y siempre que se renueve la Corporación se efectuará la comprobación del Inventario, con objeto de deslindar las responsabilidades que pudieran derivarse para los miembros salientes y, en su día, para los entrantes —art. 33.2—. El principal efecto de la inclusión de los bienes inmuebles y derechos reales en el inventario consiste en que es suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad la certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el Secretario, con el visto bueno del Presidente de la Corpo-

ración —art. 36.2 RBEL—. Y estas certificaciones surten los mismos efectos registrales que una escritura pública —art. 85 TRRL—.

3.2.2. *La catalogación y el Registro*

No basta con relacionar los bienes y derechos patrimoniales públicos en los inventarios, sino que es necesario que consten también en los registros públicos que aseguren la debida publicidad *erga omnes* de la titularidad pública y eviten la consolidación de derechos particulares (SÁNCHEZ MORÓN). Así, en relación con determinados bienes públicos, la legislación sectorial ha creado registros administrativos específicos destinados a proteger su titularidad y garantizar la posesión pública. Este es el caso del Catálogo de Montes de Utilidad Pública —art. 16 Ley de Montes—, creado durante el siglo XIX para salvar determinados montes públicos de la política desamortizadora. En cambio, el Registro de Aguas —art. 80 T.R. Ley de Aguas— tiene por objeto la inscripción de los derechos de aprovechamiento privativo sobre las aguas públicas obtenidos por concesión, al objeto de su protección administrativa.

En todo caso, la cuestión más debatida tradicionalmente se refiere a la inscripción de los bienes públicos en el Registro de la Propiedad, necesaria tanto para poder utilizar en su defensa los beneficios que conlleva la inscripción registral —presunción posesoria, acciones hipotecarias...—, como, sobre todo, para impedir inscripciones en contrario, es decir, de pretendidos derechos privados sobre bienes públicos.

El problema se presentaba en relación con los bienes de dominio público. El Reglamento Hipotecario dispuso hasta 1998 que quedaban exceptuados de la inscripción los bienes de dominio público. Esta regla tiene su origen en la legislación hipotecaria del siglo XIX, que exceptuaba la inscripción registral de los bienes de dominio público eminente o natural, por considerar innecesaria la inscripción, habida cuenta la naturaleza pública que, por ley, corresponde a estas categorías de bienes en su conjunto y su carácter inalienable e imprescriptible. Con posterioridad, esta excepción se extendió del dominio público natural a todos los bienes de dominio público, incluidos los bienes afectados a un servicio público. No obstante, un sector de la doctrina siempre ha defendido una interpretación restrictiva del Reglamento Hipotecario —art. 5—, de modo que los bienes afectados a un servicio público serían susceptibles de inscripción.

Pero, sobre todo, la no accesibilidad de los bienes del dominio público natural, teóricamente fundada en su innecesariedad, ha tenido el efecto perverso de amparar la usurpación por particulares de dependencias o enclaves situados en zona de dominio público, puesto que una parte de la jurisprudencia, en particular civil, ha sido y es más proclive a otorgar preferencia a los efectos que derivan de la fe pública registral que a la definición legal de categoría entera de bienes como pertenecientes al dominio público. Así sucedió con la zona marítimo-terrestre. Por ello, en relación con las Entidades Locales, el RBEL —art. 36.1— estableció que están obligadas a inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales. Criterio generalizado por la LPAP —art. 36—, al disponer que las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros.

A este respecto, el art. 206 de la Ley Hipotecaria establece lo siguiente: «El Estado, la Provincia, el municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios

organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la iglesia Católica, cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos».

Además, la LPAP —art. 37.3— añade que la certificación a que se refiere el artículo 206 de la Ley Hipotecaria será título válido para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, siempre que los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes no hayan formulado oposición dentro de los treinta días siguientes a aquel en que la Administración les hubiese dado traslado de la certificación que se propone inscribir, mediante notificación personal o, de no ser ésta posible, mediante publicación de edictos en los términos que se expresan a continuación. Si los interesados no son conocidos, podrá inscribirse la certificación cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, no hayan sufrido alteración durante ese plazo y se hayan publicado edictos por plazo de treinta días comunicando la intención de inscribir la certificación en el tablón del ayuntamiento, y en el *Boletín Oficial del Estado*, en el de la comunidad autónoma o en el de la provincia, según cual sea la Administración que la haya expedido, sin que se haya formulado oposición por quien acredite tener derecho sobre los bienes.

3.3. POTESTADES Y PRERROGATIVAS PARA LA DEFENSA DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS

3.3.1. *La potestad de investigación*

De acuerdo con la LPAP —art. 45—, las Administraciones públicas tienen la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formen parte de su patrimonio (tanto demaniales como patrimoniales), a fin de determinar la titularidad de los mismos cuando ésta no les conste de modo cierto —también art. 45 RBEL—. En alguna Comunidad Autónoma esta facultad toma la forma de una obligación legal (Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía). La acción investigadora constituye un procedimiento administrativo que puede iniciarse de oficio por la propia Administración o por denuncia de los particulares —arts. 47 LPAP y 46 RBEL—, siempre que, en este último caso, los denunciante anticipen los gastos de la investigación hasta una cuantía máxima moderada —art. 47 RBEL—. A cambio, los denunciante tienen derecho a que la Administración justifique el empleo de esos gastos, a la devolución del sobrante y a una indemnización del 10 por 100 del valor de tasación de los bienes recuperados —arts. 48 LPAP y 54 RBEL—, el llamado *premio por denuncia* o recompensa, «el denunciante se configura como un colaborador de la Administración sin tener la condición de interesado» (Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto).

Para garantizar el carácter contradictorio del procedimiento, el inicio del procedimiento debe publicarse en el diario oficial correspondiente —arts. 47 LPAP y 49 RBEL—, lo cual debe entenderse sin perjuicio de notificar el inicio personalmente a los afectados que sean conocidos o identificables, para que éstos y cuantos estén interesados puedan alegar lo que les convenga y acompañar las pruebas pertinentes. Una vez efectuado el trámite de audiencia a los interesados, si la resolución del expediente de investigación es favorable, se procederá a la tasación del bien y a su inclusión en el inventario —arts. 47 LPAP y 53 RBEL—.

3.3.2. *La potestad de deslinde*

Las Administraciones públicas podrán deslindar los bienes inmuebles (tanto demaniales como patrimoniales) de su patrimonio de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación —arts. 50.1 LPAP y 56.1 RBEL—. La potestad de deslinde consiste en delimitar, mediante las operaciones técnicas necesarias, la finca o bien público de que se trate, con el fin de mantenerlo en su integridad dentro del patrimonio público. Así, mientras en el deslinde entre fincas de particulares colindantes debe resolverse judicialmente en caso de desacuerdo entre sus propietarios, la Administración no tiene que acudir a la jurisdicción ordinaria para que se verifique el deslinde, sino que ella misma mediante un procedimiento administrativo, ejecutivamente, deslinda de modo unilateral el bien. La Administración se convierte en juez y parte, aunque los particulares tienen el derecho a ser oídos en el expediente de deslinde.

El deslinde se efectúa mediante procedimiento contradictorio, que puede iniciar la Administración de oficio o por reclamación de los propietarios de terrenos colindantes, siendo en este caso a su costa los gastos generados —arts. 52 LPAP y 56.2 y 59 RBEL—. Su iniciación requiere que se justifique la existencia de un bien de titularidad pública que necesita ser deslindado, porque no lo está o porque la delimitación de sus linderos no es la adecuada. Asimismo, la incoación del procedimiento debe publicarse en el diario oficial que corresponda y se notificará a cuantas personas se conozca ostenten derechos sobre las fincas colindantes que puedan verse afectadas por el deslinde —arts. 52 LPAP y 60 y 61 RBEL—. Una vez iniciado el procedimiento, cualquier interesado puede personarse y aportar los datos, documentos y pruebas que convengan a la defensa de sus derechos. Lo que no es posible es iniciar paralelamente un proceso judicial con el mismo objeto —arts. 50.2 LPAP y 66 RBEL—.

El trámite esencial del deslinde lo constituyen las operaciones materiales de comprobación y fijación provisional de los linderos que se efectúa por los facultativos competentes, con posibilidad de asistencia de los interesados, y que se denomina «apeo», del que se levanta la correspondiente acta, que incluye la concreción de la línea divisoria y las manifestaciones y observaciones que se formulen por los asistentes —art. 64 RBEL—. Tras la resolución de las reclamaciones contra el acta, la Administración procede a dictar el acto de deslinde y ordena el «amojonamiento» definitivo o colocación de mojones, señales o marcas a lo largo de la línea perimetral que separa la finca o pertenencia deslindada, con intervención de los interesados que lo soliciten —arts. 52 LPAP y 67 RBEL—. El deslinde, una vez aprobado, se inscribe en el Registro de la Propiedad — arts. 53 LPAP y 68 RBEL—.

Según la concepción tradicional de la potestad de deslinde, la eficacia del acto de deslinde es meramente posesoria. Así, el RBEL —art. 57.2— dispone que el objeto del deslinde es, aparte de delimitar la finca, declarar provisionalmente la posesión de hecho de la misma. Ahora bien, el deslinde administrativo no tiene efectos respecto a la titularidad dominical. Lo que con el deslinde se hace no es declarar que tal o cual finca es de titularidad pública, sino simplemente comprobar y fijar los lindes o confines de los terrenos que están ya declarados como bienes públicos cuando dichos límites no estuvieran comprobados y fijados o, cuando proceda, la rectificación de situaciones jurídicas «plenamente acreditadas» —art. 57.1 RBEL—.

La firmeza de esa declaración dependerá de la firmeza que adquiera el acto de deslinde, que puede ser recurrido por los interesados en vía contencioso-administrativa. Pero, sobre todo, depende de lo que se declare en la jurisdicción ordinaria acerca de la propiedad de la finca y de su extensión o cabida, pues es en esa vía donde las

cuestiones de propiedad deben resolverse, con efecto rectificador, en su caso, del deslinde aprobado administrativamente. Así, contra el acuerdo resolutorio de deslinde, que es ejecutivo, cabe una doble vía: bien interponer recurso contencioso-administrativo cuando existan vicios en el procedimiento de deslinde; o bien acudir a la jurisdicción ordinaria si se hubiera lesionado la propiedad o posesión.

Sin embargo, la Ley de Costas de 1988, a la que sigue en este punto la Ley de Vías Pecuarias de 1995 (o la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras —art. 30—), desbordó esta concepción tradicional del deslinde, al disponer que el deslinde aprobado del dominio público marítimo-terrestre declara la posesión y la titularidad en favor del Estado y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados —art. 13—. Ahora bien, el acto de deslinde no innova la situación dominical, que queda determinada por la Ley, sino que sólo precisa la extensión del dominio público costero. Por eso, aun deslindado un terreno de dominio público y, en su caso, inscrito como tal, pueden ejercerse las acciones reivindicatorias en los términos que establece la Ley. Así, según la Ley de Costas —art. 14—, dichas acciones prescriben a los cinco años desde la aprobación del deslinde. Lo que el legislador ha pretendido no es sino reforzar las medidas de prevención y tutela frente a las usurpaciones de bienes públicos amparadas en títulos de propiedad discutibles pero inscritos, tan frecuentes en las costas y vías pecuarias sometidas éstas a un verdadero expolio, y todo ello sin merma de la tutela judicial de los derechos particulares, que queda siempre abierta (SÁNCHEZ MORÓN).

3.3.3. *La potestad de recuperación de oficio o reintegro posesorio*

Las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio —art. 55.1 LPAP—. Esta potestad se conoce con el nombre de reintegro posesorio o *interdictum proprium*, pues su efecto es idéntico al de un interdicto de recuperar la posesión, sólo que la decisión no es adoptada por un órgano judicial, sino por la propia Administración titular del bien en defensa del interés público.

Si los bienes y derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse en cualquier tiempo —arts. 55.2 LPAP y 70.1 RBEL—. Si se trata de bienes y derechos patrimoniales la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil —arts. 55.3 LPAP y 70.2 RBEL—. Como puede observarse, el plazo es coherente con la regla establecida en el Código Civil —art. 460.4—, según la cual la posesión se pierde «por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año».

El reintegro posesorio se acuerda en virtud de un procedimiento en el que debe acreditarse la posesión administrativa, «salvo que se trate de repeler usurpaciones recientes» —art. 71.2 RBEL—, y en el que deberá darse audiencia a los interesados y, por tanto, al supuesto usurpador —art. 56 LPAP—. La jurisprudencia exige reiteradamente una prueba completa y acabada de la posesión administrativa o uso público que tenía el bien usurpado. Esta exigencia rigurosa hace a veces difícil el ejercicio de esta potestad, sobre todo cuando existen inscripciones registrales en contrario (SÁNCHEZ MORÓN). Acordado el reintegro, la Administración puede hacerlo efecti-

vo, pudiendo solicitarse el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o imponerse multas coercitivas —art. 56 LPAP—.

3.3.4. *La potestad de desahucio administrativo*

A diferencia de las anteriores, esta potestad se predica exclusivamente de los bienes de dominio público. Según la LPAP —art. 58—, las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros. Por ello, para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público —art. 59.1 LPAP—.

Esta declaración, así como los pronunciamientos que sean pertinentes en relación con la liquidación de la correspondiente situación posesoria y la determinación de la indemnización que, en su caso, sea procedente, se efectuarán en vía administrativa, previa instrucción del pertinente procedimiento, en el que deberá darse audiencia al interesado. La resolución que recaiga, que será ejecutiva sin perjuicio de los recursos que procedan, se notificará al detentador, y se le requerirá para que desocupe el bien, a cuyo fin se le concederá un plazo no superior a ocho días para que proceda a ello.

Si el tenedor no atendiera el requerimiento, se podrá solicitar para el lanzamiento el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o imponer multas coercitivas hasta que se produzca el desalojo —art. 59.4 LPAP—. No obstante, deber recordarse que por exigencia del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio —art. 18 CE—, la entrada de los agentes de la Administración en el domicilio de cualquier persona debe estar amparada por la autoridad judicial competente. Como ha precisado el Tribunal Constitucional (STC 139/2004), aun cuando no le corresponde al Juez que otorga la autorización de entrada enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera, no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Para ello el Juez debe comprobar que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad y realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto.

3.3.5. *Control judicial*

De acuerdo con la LPAP —art. 43.1—, frente a las actuaciones que, en ejercicio de las potestades de investigación de oficio, deslinde administrativo, recuperación de oficio y desahucio administrativo, y de acuerdo con el procedimiento establecido, realicen las Administraciones públicas no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión prevista en el art. 250.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —también arts. 66 y 70.3 RBEL—.

Los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades que afecten a titularidades y derechos de carácter civil sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa —art. 43.2 LPAP—.

El conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional —art. 41.2 LPAP y arts. 55.1 y 65 RBEL—. Por tanto, quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas de la LRJPAC —art. 43.2 LPAP—.

3.3.6. *La inembargabilidad de los bienes públicos*

En el caso de los bienes demaniales la inembargabilidad está expresamente reconocida en la Constitución —art. 132.1—, y es consecuencia directa del principio de inembargabilidad del dominio público. Ahora bien, el principio de inembargabilidad ha sido tradicionalmente extendido a los bienes patrimoniales, con fundamento en diversas disposiciones legales (como la Ley General Presupuestaria y la Ley de Haciendas Locales) que recogían la arcaica prohibición legal a los órganos judiciales de dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública —el llamado *privilegium fisci*—.

Frente a esta situación, un sector de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) observó que la Constitución —art. 132.1— únicamente predica la inembargabilidad de los bienes de dominio público y comunales, lo que a contrario significa que el resto de los bienes —y con más razón el dinero público, medida abstracta de valor, no gozan de dicho privilegio. Así, se defiende que el dinero de las Administraciones es perfectamente ejecutable. Además, en la práctica, por razones financieras, se ha extendido en el ámbito de la Administración Local la constitución de garantías reales —hipotecas...— sobre bienes patrimoniales para el pago de las operaciones de crédito, y qué duda cabe de que la ejecución de este tipo de garantías pone en cuestión el alcance de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional —STC 166/1998— vino a declarar la inconstitucionalidad de estas genéricas prohibiciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, y ello sobre la base del carácter «genérico» e «indiscriminado» de la prohibición de embargo a cualquier bien de la Administración —«y bienes en general»—, con independencia de que esté o no *materialmente* afectado a un uso público o al sostenimiento de un servicio público. Ahora bien, el Tribunal Constitucional añade: «Lo que la Constitución sí permite, en cambio, es que la Ley pueda imponer límites a aquel derecho fundamental a la luz de los principios constitucionales de legalidad presupuestaria y eficacia de la actividad administrativa al servicio del interés común y general, sometiendo la ejecución de las resoluciones judiciales firmes despachadas contra la Administración Pública a un procedimiento administrativo específico, y substrayendo de las medidas ordinarias de ejecución forzosa a aquellos bienes afectos *materialmente* a la satisfacción de un interés general, que ha de manifestarse en el sostenimiento de un servicio o uso público».

De aquí, que el Tribunal Constitucional —SSTC 166/1998 y 228/1998— se cuida de precisar que la prohibición de embargo puede estar justificada, no sólo para los bienes demaniales y comunales, sino también para los fondos y caudales de la Administración —saldos de cuentas de titularidad municipal—, puesto que constituyen ingresos de la Hacienda Pública, cuyo objeto es el sostenimiento de un servicio o uso público que presten. Precisamente, es ese destino a la satisfacción de intereses y fina-

lidades públicas lo que fundamenta constitucionalmente su inembargabilidad. El Tribunal Constitucional razona que los recursos financieros de la Entidad Local «están preordenados en los presupuestos de la Entidad a concretos fines de interés general, es evidente que requieren una especial protección legal, tanto por su origen en lo que respecta a los ingresos de Derecho Público como por el destino al que han sido asignados por los representantes de la soberanía popular». Y esta inembargabilidad de los caudales públicos enlazaría con los principios de eficacia de la actuación administrativa —art. 103.1 CE— y de continuidad de los servicios públicos —STC 107/1992—.

Acogiéndose a esta doctrina, la LPAP —art. 30.3— establece que «ningún Tribunal podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

3.3.7. *Servidumbres y limitaciones de las propiedades colindantes*

Las leyes reguladoras de determinados bienes de dominio público establecen regulaciones de las fincas colindantes con ellos, al objeto de proteger, no ya la titularidad de la Administración, sino la finalidad propia de estos bienes, ya sea el uso público o la prestación de algún servicio público o actividad a la que el bien sirva de soporte.

Algunas de las reglas previstas constituyen verdaderas «servidumbres» sobre los predios colindantes, en el sentido de que imponen a los propietarios de las fincas un uso determinado por parte de terceros de su predio. Así, en materia de aguas continentales, la Ley de Aguas establece servidumbres sobre los predios colindantes con los cauces públicos en favor de terceros usuarios de los bienes del dominio público hidráulico, tales como la servidumbre de uso público de las riberas o márgenes de los ríos, en una zona de 5 metros de anchura para permitir la navegación, pesca, flotación y salvamento —art. 6.1—, así como las servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partididor, así como las de paso —art. 48 T.R. Ley de Aguas y arts. 553 ss. CC—. En materia de dominio público marítimo-terrestre, la Ley de Costas impone varias servidumbres legales y, entre ellas, la servidumbre de tránsito —art. 27—, expedita para el paso público peatonal, y la servidumbre de acceso al mar —art. 28—, que recae sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre.

En cambio, en otros casos, lo que se trata de establecer es limitaciones de usos por parte del titular del predio, limitaciones que reciben denominaciones diversas. Así, en materia de dominio público hidráulico, el T.R. Ley de Aguas establece sobre los márgenes una «zona de policía» de 100 metros de anchura, en la cual el uso del suelo y ciertas actividades están sujetas a autorización administrativa a otorgar por la Administración hidráulica competente —art. 6.1—. Además, el T.R. Ley de Aguas —arts. 96 y 97— permite establecer «perímetros de protección» de los acuíferos y de las zonas superficiales, en los que también pueden condicionarse o limitarse algunas actividades y usos. En materia de dominio público marítimo-terrestre, la Ley de Costas impone una «servidumbre de protección» —arts. 23 a 26—, que recae sobre una zona de 100 metros y que, en realidad, comporta la prohibición en esa zona de determinadas actividades —como la edificación—. Además, la Ley de Costas —art. 30— establece una «zona de influencia» para garantizar el uso público de las playas, la evitación de la formación de pantallas arquitectónicas y otros usos edificatorios perjudiciales, imponiéndose la exi-

gencia de obtener autorización. O en materia de carreteras se establece una zona de servidumbre en la cual no podrán realizarse otras obras o usos que aquellos compatibles con la vía pública —art. 31 Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras—.

La colindancia con los bienes de dominio público es, pues, una situación jurídica que conlleva ciertas limitaciones de las facultades del propietario. A cambio, puede comportar otras ventajas de hecho —como una mayor valorización de los terrenos—, y confiere a los titulares de los predios colindantes un interés legítimo para actuar en procedimientos administrativos y judiciales en relación con las modificaciones del régimen del dominio público que les afecten. Incluso en ciertos casos, los perjuicios extraordinarios que puede suponer la pérdida de la situación de colindancia para algunos interesados —p. ej., titulares de servicios de carretera— merecen ser objeto de protección jurídica especial, por vía compensatoria o bien indemnizatoria, si se cumplen los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración (SÁNCHEZ MORÓN).

3.3.8. *La policía demanial*

Se entiende por policía demanial el conjunto de medidas de vigilancia y de potestades de limitación de actividades privadas sobre los bienes de dominio público y, en su caso, sus zonas de protección, que las Leyes confieren a la Administración para defender la conservación y buen uso de dichos bienes e impedir cualquier alteración perjudicial de su estado y características (p. ej., la policía de aguas prevista en el T.R. Ley de Aguas —art. 96—, o la policía forestal prevista en la Ley de Montes —art. 58—). Por esta razón, cuando se trata de bienes del dominio público natural, estas finalidades se identifican parcialmente con la finalidad de protección del medio ambiente, habida cuenta de la creciente importancia ambiental de tales recursos naturales.

Además de una genérica facultad de vigilancia, la policía somete a autorización administrativa previa el ejercicio de un mayor o menor número de actividades sobre los bienes y, en su caso, zonas de protección —actividades de explotación empresarial, ya sea agrícola, industrial, de servicios, edificatoria, actividades lúdicas o recreativas...—, y, posibilitando que la Administración controle la legalidad y, en su caso, incluso la procedencia o la oportunidad de dichas actividades.

Y, por otro lado, se encuentra la potestad sancionadora, al tipificar las Leyes de cada bien público un conjunto de infracciones y sanciones, en ocasiones cuantiosas. Debe destacarse que las Leyes que regulan los distintos bienes públicos (p. ej., art. 118 Ley de Aguas) suelen imponer al responsable la obligación de reparar el daño causado, ya sea reponiendo las cosas al estado anterior a la infracción o, si la restitución y reposición del estado anterior no fuera posible, y en todo caso, cuando se hayan producido daños y perjuicios, abonando la indemnización que proceda, y, que al tratarse de la defensa de bienes públicos, corresponde a la Administración fijar y acordar ejecutivamente, en lugar de tener que acudir a la vía judicial ordinaria —art. 130.2 LRJPAC—.

Finalmente, debe señalarse que no siempre las potestades de policía demanial competen a la Administración titular de los bienes sobre los que se ejercen, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional —SSTC 227/1988, 149/1991—, el orden de competencias deriva de lo que al respecto ordenan la Constitución y los Estatutos de Autonomía y no de la titularidad de los bienes de dominio público. Y esto no es novedad, pues ya desde el siglo XIX la policía demanial sobre algunos bienes de las Entidades Locales se atribuía a la Administración del Estado con mayor capacidad de ejercerla. Y, a la inversa, ya la legislación de costas anterior a la Consti-

tución reconocía a los Municipios una cierta potestad de policía sobre las playas, que son dominio de titularidad estatal.

4. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

4.1. ASPECTOS GENERALES

4.1.1. *Marco constitucional*

Tras reconocer el derecho de propiedad y su función social, la Constitución (art. 33.3) declara: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». De acuerdo con el Tribunal Constitucional (STC 166/1986), la expropiación forzosa constituye primariamente una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial (art. 33.3 CE).

Ahora bien, en los orígenes del Estado Liberal la expropiación forzosa «se concibe como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado Social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada, al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte de *límite negativo* del derecho absoluto de propiedad, en *instrumento positivo* puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales» (STC 166/1986).

4.1.2. *Concepto*

La expropiación es un acto de ablación o sacrificio de derechos patrimoniales, mediante la compensación del equivalente al valor económico del objeto expropiado. Así, se ha dicho (ALESSI) que la expropiación supone una «conversión obligatoria de derechos», en el sentido de que el bien o derecho patrimonial expropiado viene a ser sustituido por el derecho a obtener una indemnización o compensación económica equivalente. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 166/1986), la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo de su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado. Y es la exigencia de la compensación económica lo que distingue a la expropiación de la confiscación, vedada implícitamente por la Constitución

—art. 33.3—, a diferencia de anteriores textos constitucionales (la Constitución de 1931 había previsto la posibilidad de expropiaciones sin indemnización mediante Ley acordada por mayoría absoluta de las Cortes). En cualquier caso, es claro que la expropiación constituye por ello una de las potestades administrativas más enérgicas de la que pueden disponer las Administraciones Públicas, y puede emplearse como una técnica o instrumento de intervención administrativa en un sector (STC 166/1986). En cuanto a sus notas características pueden señalarse las siguientes (LÓPEZ PELLICER):

— *Carácter singular*. La expropiación consiste en una privación singular, en el sacrificio o privación de bienes o derechos concretos y determinados (SSTC 108/1986, 37/1987, 99/1987, 227/1988). Esta característica diferencia a la expropiación de la noción de «límites», que delimitan legalmente el contorno del derecho de propiedad, y que no son indemnizables por formar parte del contenido mismo de éste a partir de la «función social» del derecho. Así, por ejemplo, el T.R. Ley del Suelo declara que la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas, determinan las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste, y esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes —art. 3.1—.

— *Carácter coactivo*. Es un acto o medida acordado imperativa y unilateralmente. Aun en el caso de avenencia del expropiado o mutuo acuerdo en la determinación del justiprecio, ello no afecta a la decisión administrativa, pues la declaración de utilidad pública o interés social y de necesidad de ocupación preexisten a aquella posibilidad de avenencia.

— *Carácter real* (ob rem). En el sentido de que la expropiación afecta no a la persona del propietario, sino a un bien o derecho patrimonial.

— *Carácter formal*. En el sentido de que el ejercicio de la potestad expropiatoria ha de sujetarse a un determinado procedimiento, legalmente reglado y que cumple una función esencial de garantía jurídica del interés público, esto es para garantizar que en cada caso concurre el fin de la expropiación, así como del sujeto cuya situación patrimonial resulte afectada. En última instancia, la actuación ablatoria de la Administración al margen del cauce procedimental constituye una vía de hecho.

La expropiación se diferencia de la institución de la responsabilidad patrimonial, en el sentido de que la expropiación constituye un negocio jurídico formal, que exige un procedimiento previo, mientras que la responsabilidad tiene la consideración de puro hecho jurídico (MORELL OCAÑA). En definitiva, la expropiación es una privación singular y coactiva y a través de un procedimiento formal de derechos patrimoniales mediante la sustitución por su equivalente económico o indemnización (STC 193/2013).

4.1.3. *Ordenación legal*

La Constitución —art. 149.1.18— reserva al Estado en exclusiva la competencia relativa a «legislación sobre expropiación forzosa». De este modo, se reserva en exclusiva al Estado la competencia sobre la legislación de expropiación y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica, lo que comporta que exista una regulación general de la institución expropiatoria en todo el territorio del Estado (STC 166/1986). La uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respe-

to y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación (STC 37/1987).

Ahora bien, salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados, partiendo de la consideración antes indicada según la cual, desde el punto de vista de los intereses públicos, la expropiación es también un instrumento indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, el Tribunal Constitucional ha admitido que las Comunidades Autónomas con competencia estatutaria para ello ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la *causa expropiandi* necesaria en cada caso. Igualmente, se ha reconocido a las Comunidades Autónomas, a partir de la función normativa de autoorganización inherente a la competencia ejecutiva, la competencia para ordenar los órganos de fijación del justiprecio en las expropiaciones correspondientes a las áreas materiales que sean de su competencia (SSTC 37/1987, 186/1993, 319/1993, 251/2006). Y en este sentido se expresan algunos Estatutos de Autonomía, como el de Cataluña —art. 159.4— y el de Andalucía —art. 47.3—.

De otro lado, de la Constitución —art. 33.3 en relación con el art. 53 CE— se infiere la existencia de una reserva de ley en materia de expropiación. No obstante, no se trataría de una reserva absoluta, sino que admite el desarrollo reglamentario. Finalmente, debe señalarse que la legislación estatal en esta materia sigue contenida en dos normas preconstitucionales: la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante LEF), y su Reglamento de 26 de abril de 1957 (en adelante REF). Como puede verse, se trata de normas administrativas insólitamente veteranas, y lo cierto es que el sistema de garantías diseñado en las mismas ha sufrido un notable proceso de degeneración. Por su parte, algunas Comunidades Autónomas han aprobado su propia normativa en ejercicio de la competencia organizativa indicada, como la Ley 9/2005, de 7 de julio, del Jurado de Expropiación de Cataluña. Por otra parte, debe señalarse que las expropiaciones urbanísticas se rigen por el TRLSRU (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre).

Finalmente, en nuestro ordenamiento se han admitido las llamadas *expropiaciones legislativas*, en las que la intervención del legislador va más allá de la simple habilitación de la expropiación, de modo que la propia ley acuerda la expropiación de determinados bienes o derechos. A este respecto, aun cuando un sector de la doctrina (PARADA VÁZQUEZ) considera que estas expropiaciones legislativas son inconstitucionales por vulnerar el derecho a la tutela judicial de los afectados, el Tribunal Constitucional declaró que la Constitución «no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración [...] y por tanto las expropiaciones *ope legis* son constitucionalmente legítimas» (STC 166/1986). En cualquier caso, es claro que la expropiación *ex lege* no carece de límites puesto que no sólo ha de respetar la exigencia constitucional de la justa indemnización sino también el principio de igualdad.

4.2. ELEMENTOS DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

4.2.1. *Los sujetos*

La relación jurídica que origina la expropiación forzosa se establece necesariamente entre dos sujetos: uno activo —expropiante— y otro pasivo —expropiado—. Pero eventualmente puede concurrir un tercer sujeto —beneficiario—.

— *Expropiante*. Es el titular de la potestad expropiatoria, que al tratarse de una potestad pública debe ser siempre un Ente Público —art. 3 REF—. En relación con la Administración General del Estado, la LRJSP —art. 73.2— atribuye a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas ejercer la potestad expropiatoria. Asimismo, la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico —art. 12.2— dispuso que «También será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas la legislación sobre expropiación forzosa». Por su parte, en relación con la Administración Local, la LRBRL —art. 4.1— atribuye a los Municipios, Provincias e Islas la potestad expropiatoria, y admite —art. 4.2— que por Ley autonómica se pueda extender esta potestad a otras Entidades Locales, como las Comarcas, Áreas metropolitanas y Entidades Locales menores. Respecto a las Administraciones especializadas, la LEF quiso concentrar la titularidad de la potestad expropiatoria en las Administraciones territoriales. Y en este sentido, la LRJSP —art. 89.2— dispone que los Organismos Públicos del Estado tendrán las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, que prevean sus estatutos, «salvo la potestad expropiatoria», todo ello sin perjuicio de que estas entidades puedan asumir la condición de beneficiarias de la expropiación.

Ahora bien, para la legitimidad del ejercicio de esta potestad exorbitante desde el plano del sujeto expropiante no es suficiente que la Administración que ejerce la potestad expropiatoria la tenga atribuida legalmente. Es preciso, además, que la expropiación sea instrumento necesario para la consecución de aquellos concretos fines públicos que la Administración expropiante tiene encomendados, de manera que podamos considerarlos propios de su *giro o tráfico*, por estar recogidos dentro del ámbito de sus competencias. Lo expresa con precisión el art. 3.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa al señalar que el Estado, la Provincia y el Municipio, *dentro de sus respectivas competencias*. Quiere ello decir, en definitiva, que estando la expropiación forzosa, como potestad administrativa, ordenada a un fin de utilidad pública o interés social previamente delimitado, solo puede ser ejercitada por aquella Administración que, entre todas las posibles, la Ley ha decidido que se encargue de su concreta satisfacción (STS 11-5-2011, RC 1105/2007).

— *Expropiado*. Es el sujeto titular de derechos o intereses sobre el bien objeto de expropiación —art. 3 REF—. La condición de expropiado es, pues, una cualidad *ob rem* (GARCÍA DE ENTERRÍA), es decir determinada por su relación con el objeto de la expropiación. Dicho de otro modo, en la expropiación se contempla, en primer y principal lugar, el bien que interesa, mientras que su titular pasa a un segundo plano (DE LA CUÉ-TARA). En tal sentido, cualquier sujeto, ya sea público o privado, puede tener la condición de expropiado. Ninguna Administración puede pretender, por su sola cualidad subjetiva, quedar exonerada de una expropiación. La cuestión consistirá en si determinados bienes pueden o no ser excluidos de la expropiación. Igualmente, si una vez iniciado el procedimiento expropiatorio el bien objeto de la expropiación es transmitido a un tercero adquirente, éste se subroga en la condición de expropiado —art. 7 LEF—. En todo caso, la presencia del expropiado en el procedimiento expropiatorio es esencial, de modo que si se prescinde de él el procedimiento sería nulo. De aquí que la jurisprudencia exige, siempre que sea conocido, su emplazamiento personal, no mediante edictos.

— *Beneficiario*. Es el sujeto que adquiere el bien o derecho objeto de expropiación —art. 3 REF—. Normalmente será la propia Administración expropiante, pero puede ocurrir que sea un tercero: a) Tradicionalmente se entendía que si la expropiación tiene por causa una utilidad pública, el beneficiario podrá ser una Administración especializada o un concesionario de un servicio público —p. ej., la Administración expropia un solar para centro de salud—; sin embargo, hoy en día puede

bastar una simple autorización (p. ej., art. 55 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en relación con las instalaciones de energía eléctrica). *b*) Si la expropiación tiene por causa un interés social, el beneficiario podrá ser un particular —p. ej., expropiación para construcción de VPO o para aprovechamientos agrícolas—. En este segundo caso, se trataría de una transferencia forzosa de particular a particular operada mediante la interposición de la voluntad de la Administración. Por lo demás, el beneficiario ostenta diversas facultades, como promover el inicio del procedimiento, identificar los bienes objeto de expropiación, pactar la adquisición amistosa del bien, intervenir en la fijación del justiprecio. Y también importantes deberes, como abonar el justiprecio y mantener el bien expropiado al destino que justificó la expropiación —arts. 3 y 5 REF—. En la práctica, esta figura puede suscitar ciertas reservas, dado que en la expropiación se paga siempre menos del valor real de la cosa o derecho y, además, casi siempre tardíamente.

4.2.2. *La causa o fin de la expropiación*

Como toda potestad administrativa, la expropiatoria es de naturaleza instrumental, es decir, está ordenada para servir a un fin o interés público —art. 103.1 CE— legalmente especificado, y que fundamenta los actos que sean ejercicio de esa potestad. En este sentido, la CE —art. 33.3— requiere para el ejercicio de la potestad expropiatoria que concurra una causa justificada. De este modo, el fin de la expropiación forzosa no es la mera privación de un bien en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien expropiado —art. 9 LEF—. Así pues, la *causa expropriandi* es un elemento esencial, no sólo para legitimar el acto expropiatorio, sino que se inserta de modo permanente en la operación expropiatoria, que queda vinculada al destino invocado como causa expropiatoria, destino éste que no puede ser alterado —art. 66 LEF—. El beneficiario queda gravado con la carga de realizar este destino específico y de esta realización efectiva pende la validez de la expropiación, puesto que el sujeto expropiado dispone de un derecho de reversión sobre el bien expropiado —arts. 54 y 55 LEF—.

La *causa expropriandi* presenta dos modalidades —arts. 33.3 CE y 1 LEF—. No obstante, la LEF no distingue dos regímenes expropiatorios diferentes, según se plasme uno u otro fin legal:

— *Utilidad pública*. Constituye la finalidad que tradicionalmente justifica la expropiación respecto a las exigencias del funcionamiento de la Administración o de sus concesionarios (tradicionalmente, la ejecución de obras públicas e instalación y prestación de servicios públicos). Se trata de la causa expropiatoria originaria, ya presente en la legislación del siglo XIX.

— *Interés social*. Consiste en un interés prevalente al del expropiado y que no puede englobarse en la cláusula anterior —p. ej., expropiaciones agrarias o para facilitar la instalación de industrias—. Como causa expropiatoria, el interés social fue introducido por la LEF y confirmado —como nos consta— por la CE. Según la LEF —art. 71—, existirá causa de interés social cuando se haya declarado específicamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva. Asimismo, la finalidad de la expropiación puede no ser exclusivamente el incumplimiento de sus deberes por parte del propietario, sino también la cobertura de una situación de desequilibrio social (MORELL OCAÑA).

Respecto a la determinación legal de la *causa expropriandi*, en el esquema general de la LEF, las Administraciones titulares de la potestad expropiatoria no pueden por sí mismas apreciar la existencia de una causa de utilidad pública o interés social que legitime el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino que es precisa la previa intermediación de una Ley (la *auctoritatis interpositio* de la Ley), la cual selecciona de entre todos los fines posibles aquellos al servicio de los cuales podrá ejercitarse la potestad expropiatoria. En este sentido, un sector de la doctrina (BERMEJO VERA) defiende que existe una reserva de ley —art. 53.1 CE en relación con el art. 33.3—, de tal modo que se dirá que «la utilidad pública y el interés social no son definibles por otro poder público que el poder legislativo». Sin embargo, el Tribunal Constitucional —SSTC 37/1987, 6/1991— ha declarado que el contenido esencial del derecho de la propiedad no exige ni conlleva ineludiblemente que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una Ley general que contenga una tipificación o catálogo de los fines legitimadores de la expropiación: «corresponde al legislador delimitar el derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes y, consecuentemente, apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de expropiación forzosa». Y añade: «la expropiación forzosa no es en la actualidad una institución unitaria que constitucionalmente quede circunscrita a fines previa y anticipadamente tasados dentro de los que, en principio, pueden englobarse en las genéricas categorías de “utilidad pública” e “interés social”, ya que justamente su carácter instrumental —y no finalista— no es sino consecuencia de la variabilidad y contingencia de lo que, en cada momento, reclama la utilidad pública o el interés social de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada» —STSC 6/1991—.

De este modo, pueden señalarse las siguientes formas de determinación legal de la *causa expropriandi*:

— *Declaraciones legales específicas*. En esta modalidad la Ley de modo singular, en cada caso, realiza la declaración de utilidad pública o interés social para bienes concretos —p. ej., para determinados bienes históricos—. En principio la LEF —art. 9— exige que la declaración de utilidad pública o interés social se lleve a efecto por ley. Ahora bien, si se entiende —como se ha defendido más arriba— que no existe una reserva de ley específica a nivel constitucional, estaríamos ante una mera autorreserva de Ley. Algunos autores (PARADA) critican este modo de proceder, pues al no ser la Ley susceptible de fiscalización judicial priva al expropiado del derecho a la tutela judicial, sobre todo porque esta vía hace innecesaria la posterior declaración de necesidad de ocupación. En la práctica esta vía se ha utilizado para las declaraciones de interés social, sobre todo por parte de Comunidades Autónomas —un complejo industrial en Cartagena, o un recinto ferial en Galicia—, o para ciertas obras públicas.

— *Declaraciones legales genéricas*. En estos casos la Ley efectúa la declaración de utilidad pública o interés social respecto a un grupo o categoría determinada de obras, servicios o concesiones —art. 10 LEF— u otros fines de interés social —art. 13 LEF—. En este sentido, la legislación sectorial ha empleado esta técnica al hilo de las actividades declaradas de servicio público o interés público. Así, por ejemplo, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, declara de utilidad pública e interés social, a efectos de la legislación de expropiación forzosa, el establecimiento o ampliación de instalaciones de almacenamiento, valorización y eliminación de residuos. O la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, declara de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribu-

ción de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento —art. 54—. En estos casos es preciso un acto administrativo posterior *expreso* encaminado al reconocimiento y constatación de que un supuesto concreto se encuentra efectivamente comprendido en la declaración genérica contenida en la Ley. Aun cuando como tal acto administrativo es susceptible de impugnación jurisdiccional, no obstante, la jurisprudencia se ha mostrado siempre muy prudente a la hora de controlar estos actos de concreción de declaraciones legales genéricas.

— *Declaraciones legales implícitas*. La LEF —art. 10— admitió, de modo excepcional, que la declaración legal de utilidad pública se entendería *implícita* respecto a la expropiación de inmuebles, en las aprobaciones de los planes de obras y servicios públicos de las Administraciones territoriales. Así, la Ley 25/1988 de Carreteras —art. 26— establece que la declaración de utilidad pública se entiende implícita con la aprobación de los proyectos de obras, a efectos de expropiar los bienes existentes en la zona de servidumbre. O el T.R. Ley de Aguas declara que la aprobación de los planes hidrológicos de Cuenca implicará la declaración de utilidad pública de los trabajos de investigación, estudios, proyectos y obras previstos en el plan —art. 44.2—. Pero, además, desde hace décadas, esta técnica se ha extendido prácticamente a cualesquiera planes territoriales. Así, el T.R. Ley del Suelo dispone que la aprobación de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten para su ejecución y ésta deba producirse por expropiación —art. 29.2—.

Pero, además, esta posibilidad ha sido extendida por leyes sectoriales a otros supuestos. Así, la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español declara que el incumplimiento de las obligaciones de conservación por parte de los propietarios de bienes declarados de interés cultural será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente. Y aun sin mediar incumplimiento alguno —art. 36.4—. Y, sin necesidad de incumplimiento previo alguno, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, dispone que la declaración de un espacio natural como protegido lleva aparejada la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados —art. 39—.

De este modo, lo que inicialmente se configuró como una posibilidad excepcional, en la práctica constituye la regla general de proceder, lo que ha conducido a una trivialización de esta exigencia constitucional (T. R. FERNÁNDEZ). En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que en estos casos se produce una vinculación entre la expropiación y el proyecto o plan, de modo que si éste es nulo también lo será aquélla.

4.2.3. *El objeto de la potestad expropiatoria*

Originariamente la expropiación forzosa se aplicaba únicamente a los inmuebles, para evitar que una obra o servicio público fuese paralizado por la negativa a vender del propietario del terreno (DE LA CUÉTARA). Hoy en día la expropiación de bienes muebles —p. ej., para engrosar el patrimonio histórico— o derechos incorpóreos —p. ej., acciones de sociedades mercantiles— es absolutamente normal. Así, la LEF —art. 1— utiliza una fórmula muy amplia: pueden ser objeto de la potestad expropiatoria la propiedad privada y los «derechos e intereses patrimoniales legítimos», con-

cepto éste que se ha interpretado de forma amplia (incluyendo, por ejemplo, a los precaristas).

De este modo, cualquier situación jurídica patrimonial —derecho real o de crédito, pública o privada— es claudicante frente a la potestad expropiatoria (GARCÍA DE ENTERRÍA). Así, la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes —art. 81— contempla la posibilidad de que las patentes y solicitudes de patente sean expropiadas. Asimismo, la expropiación puede afectar parcialmente a algunas facultades del propietario, como es el caso de la figura del arrendamiento forzoso a la Administración, que sólo supone la expropiación de las facultades de uso y disfrute, pero no de la titularidad del propietario.

En todo caso, los derechos de la personalidad quedan excluidos por tratarse de bienes *extra commercium*. Por su parte, respecto a los bienes de dominio público, es necesaria su desafeción formal, la cual sólo puede ser acordada por la Administración titular del bien demanial, no por la Administración expropiante. El problema se presenta cuando la Administración expropiante y la Administración titular del bien no llegan a un acuerdo. En tal caso, se ha llegado a entender que la iniciación del expediente expropiatorio comporta una suerte de desafectación tácita, que haría posible la expropiación (STS 3-10-1994).

De otro lado, se ha suscitado si determinadas situaciones jurídicas irregulares deben o no ser indemnizadas (por ejemplo, una actividad de explotación de áridos que no cuenta con la licencia preceptiva al efecto). A este respecto, para reconocer o no el derecho a la indemnización por la pérdida de la explotación no autorizada, la jurisprudencia atiende a si la actividad en cuestión fue o no tolerada por la Administración (STS 28-12-1998).

4.3. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

El procedimiento expropiatorio es un procedimiento complejo integrado por tres etapas o fases: el acto o acuerdo mediante el cual se efectúa la declaración de necesidad de ocupación; la determinación del justiprecio (el llamado expediente de justiprecio), y los actos de pago y toma de posesión u ocupación. En todo caso, debe subrayarse que la declaración de utilidad pública o interés social no es una fase del procedimiento expropiatorio (DE LA CUÉTARA), pues la LEF separó la declaración de la *causa expropriandi* —que tiene lugar a través de las modalidades señaladas— y la expropiación concreta que se inicia con el acuerdo de necesidad de ocupación.

4.3.1. *La declaración de necesidad de ocupación*

La jurisprudencia tiene declarado el distinto contenido y alcance de la declaración de utilidad pública y la resolución acordando la necesidad de ocupación, constituyendo la primera una actuación previa a la expropiación, que se limita a valorar la utilidad pública o interés social del fin al que haya de afectarse el objeto expropiado, cuya identificación sólo tiene ese alcance de utilidad para el fin perseguido, siendo el acuerdo de necesidad de ocupación el que concreta y precisa los bienes que se afectan al fin de la expropiación, que han de ser los estrictamente indispensables para tal fin, que ha de lograrse con el mínimo de sacrificio posible para la propiedad (STS 22-9-2009, RC 311/2007). En el mismo sentido y a propósito del juicio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad expropiatoria, el Tribunal Constitucional exige

la valoración de la necesidad, «en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia» (STC 48/2005).

Por tanto, el acuerdo de necesidad de ocupación cumple la función de identificar, singularizar, los bienes y derechos objeto de la expropiación, a petición del expropiado o del beneficiario a los que afecta la operación de expropiación, al tiempo que convierte a los titulares de bienes y derechos en potenciales expropiados interesados (DE LA CUÉTARA) y proporciona publicidad a la expropiación, posibilitando cierto debate sobre alternativas a la misma. Pero, sobre todo, la declaración de necesidad de ocupación supone una decisión sobre la existencia real de la causa de utilidad pública o interés social que legitima la expropiación. Así, el Tribunal Constitucional —STC 166/1986— ha llamado la atención sobre la relación estrecha y necesaria que existe entre la *causa expropriandi* y la necesidad de ocupación o adquisición, lo cual resalta la relevancia de su posible control jurisdiccional (PAREJO ALFONSO).

En cuanto a su contenido, el acuerdo de necesidad de ocupación debe incluir únicamente los bienes y derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación —art. 15 LEF—. Debido a la aludida relación necesaria entre la *causa expropriandi* y la determinación de los bienes y derechos que deban ser objeto de la expropiación, tan sólo son incluibles aquellos bienes que sirvan a su fin legitimador —STC 166/1986—, de aquí que la jurisprudencia haya declarado que la inclusión de bienes no indispensables es nula de pleno derecho. Ahora bien, el problema está en determinar qué bienes son estrictamente indispensables, lo cual se trata de un concepto jurídico indeterminado en sentido técnico.

En principio, la declaración de necesidad de ocupación debe producirse mediante resolución expresa —art. 15 LEF—, para cuya producción se sigue, a su vez, un procedimiento en el que la información pública constituye un trámite esencial. En este trámite de información pública —art. 18— los particulares podrán proponer la sustitución de los bienes elegidos por la Administración por otros bienes alternativos para el mismo proyecto, así como en caso de expropiación parcial de un finca podrán solicitar su expropiación total cuando resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte no expropiada. Ahora bien, la doctrina mayoritaria entiende que en este trámite no está permitida la discusión del proyecto en sí, lo cual sería más propio del trámite de declaración de utilidad pública. Otro sector (PAREJO ALFONSO), en cambio, sostiene que el momento de la declaración de la necesidad de ocupación o adquisición constituye una fase del ejercicio de la potestad expropiatoria idónea para discutir sobre los términos del conflicto entre el interés general y el interés privado. En todo caso, la jurisprudencia tiene declarado que la omisión del trámite de información pública tiene un alcance invalidante, pues impide al afectado alegar frente a la declaración de necesidad de ocupación concreta de sus bienes, sin que tal omisión pueda ser sustituida por la posterior información pública ofrecida en la resolución de convocatoria al levantamiento de actas previas —art. 56.2 REF— (STS 25-3-2008).

Para la LEF —art. 17— la única excepción legal a la regla de la preceptiva resolución expresa sobre la necesidad de ocupación o adquisición era la derivada de la aprobación de proyecto de obras y servicios que comprendieran la descripción detallada de los bienes y derechos necesarios, pues en estos casos la aprobación del proyecto lleva aparejada también la declaración de necesidad de ocupación. Ahora bien, esta posibilidad que la LEF de 1954 contemplaba como excepcional, se ha convertido en usual, al extenderse a los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico, de modo que el acto expreso de necesidad de ocupación tiende a ser sustituido por la confección de estos planes o programas de actuación (DE LA CUÉTARA). En todo caso, la jurisprudencia entiende que la declaración sólo se entenderá implícita si el proyecto aprobado

contiene una descripción detallada de los bienes y derechos indispensables para satisfacer el interés público. Otras leyes especiales anudan la declaración implícita de la necesidad de ocupación —y urgente— al otorgamiento de determinadas concesiones y autorizaciones administrativas (p. ej., art. 68 de la Ley 22/1988, de Costas).

El efecto fundamental de la declaración de la necesidad de ocupación es la iniciación del expediente expropiatorio —art. 21 LEF—, de modo que los bienes y derechos incluidos en la declaración quedan afectados al fin de utilidad pública o interés social legitimador de la expropiación, y su fecha constituye el *dies a quo* para el cómputo del plazo de seis meses a que se refiere la LEF —art. 56— en relación con los intereses de demora. Respecto a su control judicial, el derecho a la tutela judicial impone la admisión de su impugnación separada y sin limitación de motivos —STC 166/1986—.

FIGURA 1

Declaración de necesidad de ocupación

Beneficiario formula relación individualizada de bienes o derechos de necesaria expropiación.		
↓		
Administración expropiante abre Período de Información pública.		
15 d.	Plazo para formular alegaciones para rectificar de errores de la relación publicada o para oponerse a la necesidad de la ocupación.	← Cualquier persona puede formular alegaciones.
20 d.	Administración expropiante dicta resolución sobre la necesidad de la ocupación.	→ Inicia el procedimiento expropiatorio. ↓ Publicación y notificación a interesados.
1 mes	Plazo interposición recurso administrativo procedente.	← Los interesados en el procedimiento expropiatorio y las personas que hubieran comparecido en la información pública.

4.3.2. *La determinación del justiprecio*

Tradicionalmente la compensación económica por el sacrificio de la situación jurídica patrimonial objeto de la expropiación se configuraba como un verdadero presupuesto para que pudiera producirse el efecto traslativo de la titularidad del bien, lo cual se expresaba en la regla del «previo pago», regla que todavía luce en el Código Civil —art. 349— y en la LEF —art. 124—. En la práctica, sin embargo, la regla del «previo pago» sufrió, como otras garantías de la LEF, un proceso degenerativo que ha llevado a su práctica desaparición, debido a varias causas, como la proliferación de las expropiaciones especiales, que se apartan del *iter* procedimental de la LEF. Ante esta situación, la CE —art. 33.3— sustituyó la expresión tradicional de «previo pago» por la de «mediante la correspondiente indemnización». No obstante, un sector de la

doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) ha intentado interpretar este precepto constitucional en el sentido tradicional del carácter previo de la compensación, argumentando que la expresión «mediante» equivale a «por medio de», de modo que, aunque con menor expresividad, vendría a coincidir en su sentido tradicional con la noción de «previo pago». Con todo, el Tribunal Constitucional —STC 166/1986— entendió que tan constitucional es la regulación que impone el pago del justiprecio con carácter previo a la transferencia forzosa del bien o derecho, como la que relega dicho pago al final del procedimiento expropiatorio, es decir, a un momento en el que dicha transferencia ya ha tenido lugar, o que tenga lugar en el mismo momento en que se acuerda la expropiación (PAREJO ALFONSO).

La LEF establece dos sistemas para la determinación del justiprecio. Por un lado, el llamado *convenio expropiatorio*. En este caso las actuaciones se contraen a las conversaciones entre los sujetos de la expropiación con el fin de llegar a un acuerdo mutuo —art. 24 LEF—. En caso de llegarse a él, la Administración —por razón de su régimen de funcionamiento económico-financiero— debe observar determinados trámites formales, que no son necesarios en el caso de que el beneficiario de la expropiación sea un sujeto privado. Asimismo, como señala la doctrina (BERMEJO VERA), la utilización de esta vía convencional no resta imperatividad a la expropiación, es decir, el acuerdo no transforma la expropiación en un contrato de compraventa. Estaríamos ante una modalidad de lo que la LRJPAC —art. 88— denomina terminación convencional del procedimiento.

La segunda posibilidad es la declaración unilateral por el Jurado de Expropiación. Transcurrido un plazo de quince días sin que se alcance un acuerdo —que, no obstante, puede lograrse en cualquier momento ulterior del procedimiento—, se sigue un procedimiento de determinación contradictoria del justiprecio, que es resuelto por el Jurado Provincial de Expropiación, órgano que fue creado por la LEF de 1954 y en cuya composición se procuró una cierta neutralidad.

Los *Jurados Provinciales de Expropiación* están conformados en la actualidad por cinco miembros: el Presidente, que será, un Magistrado que designe el Presidente de la Audiencia correspondiente, y cuatro vocales de procedencia diversa: a) Un Abogado del Estado de la respectiva Delegación de Hacienda. b) Dos funcionarios técnicos designados por la Delegación de Hacienda de la provincia, según la naturaleza del bien objeto de la expropiación. c) Un Notario de libre designación por el Colegio Notarial. d) El Interventor territorial de la provincia. Según la Exposición de Motivos de la LEF, la presidencia está atribuida «a un Magistrado, con lo que garantiza la objetividad de visión y rigor judicial del procedimiento y asegura la representación de los intereses financieros y fiscales de la Administración y patrimoniales de la propiedad privada, así como los de índole técnica, incluyendo finalmente a un Notario, en atención a su conocimiento de las transacciones y a la independencia de su función pública». Así, la jurisprudencia viene entendiendo que, si bien desde el punto de vista orgánico los Jurados Provinciales son órganos administrativos, desde un punto de vista funcional presentan cierto carácter arbitral y pericial, en base al cual se les reconoce una especial presunción de legalidad y acierto —siempre *iuris tantum*— al menos en lo que se refiere a la cuantificación de la indemnización —no tanto en cuestiones jurídicas—, en base a una supuesta imparcialidad objetiva y cualificación o capacidad del órgano.

La LEF exige que las resoluciones de los Jurados (que desde la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, no están sujetas a plazo) sean motivadas, razonándose en ellas los criterios de valoración seguidos por el Jurado, si bien el TS ha mantenido a este respecto una actitud antiformalista ante los defectos en las motivaciones, invocando la

carga de trabajo que pesa sobre los Jurados y razones de economía procesal. Finalmente, debe señalarse que el Tribunal Constitucional (251/2006) ha declarado que las Comunidades Autónomas no están obligadas, en ejercicio de su potestad organizativa, a seguir el modelo de composición de los Jurados Provinciales de la LEF, el cual no constituye una norma básica. Así, como se ha señalado, algunas Comunidades Autónomas han creado sus propios Jurados de Expropiación (como el Jurado de Expropiación de Cataluña).

En cuanto al momento al que ha de referirse la valoración, la LEF —art. 36— establece que este momento es el de iniciación del expediente de justiprecio, de modo que no se tienen en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plan o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. Es decir, la valoración no tiene como referencia temporal la fecha de incoación del procedimiento expropiatorio, sino la de la pieza separada dirigida de modo específico a la fijación del justiprecio, y que debe tener lugar inmediatamente después de la firmeza en vía administrativa de la resolución declaratoria de la necesidad de ocupación —arts. 25 y 26 LEF—, y que según lo anterior, se produce con la propuesta de adquisición por mutuo acuerdo —art. 24—, o, en su defecto, con la recepción por el expropiado de la comunicación administrativa instándole la formulación por su parte de la hoja de aprecio.

Finalmente, la jurisprudencia tiene declarado que la Administración no puede desistir del procedimiento cuando la expropiación ya está consumada por haberse producido la ocupación o por haberse fijado el justiprecio, pues entonces prevalece el derecho nacido en el patrimonio del expropiado a recibir el justo precio; un derecho subjetivo que sería conculcado por el desistimiento, con infracción del artículo 6.2 Código Civil (STS de 16 de octubre de 2003).

4.3.3. *Los criterios de valoración*

Según el Tribunal Constitucional —STS 166/1986— es preciso que entre el valor económico del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización exista un *equilibrio proporcional* para cuya obtención el legislador puede fijar «distintas modalidades de valoración», «en atención directa de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados», debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable. Este sistema es incompatible con unas determinaciones legales que respondieran a unos criterios de cada ocasión, como p. ej., la localización de los bienes, la finalidad teórica o real de la expropiación o, muchos menos, la condición de los titulares expropiados. Conforme a esto, la garantía constitucional de «la correspondiente indemnización» concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al *valor real* de los bienes y derechos expropiados.

Por su parte, la LEF estableció un doble sistema de valoración del justiprecio o indemnización. Por un lado, un sistema basado en criterios legales tasados y específicos, que se sustentan principalmente en reglas fiscales (p. ej., valores catastrales). Y, de otro lado, la LEF —art. 43— formula una regla general de valoración sobre la base de la plena libertad para la determinación del valor real de los bienes, y que podrá aplicarse siempre que se estime que la valoración alcanzada por la vía de las reglas específicas anteriores no es conforme —por exceso o por defecto— al valor real de los bienes o derechos adquiridos, es decir, esta regla juega como mecanismo corrector del resultado alcanzado en la aplicación de los criterios legales. No obstante, el régimen no será en

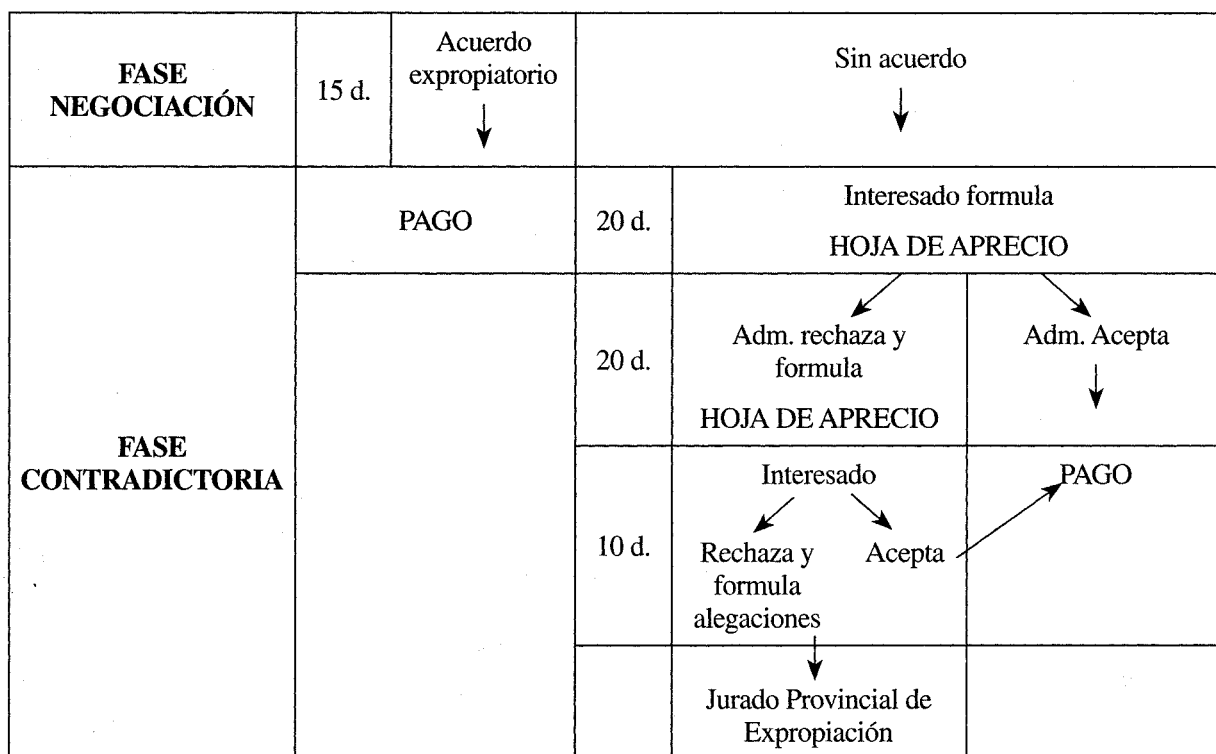
ningún caso de aplicación a las expropiaciones de bienes inmuebles, para la fijación de cuyo justiprecio se estará exclusivamente al sistema de valoración previsto en la ley que regule la valoración del suelo. Y sólo será de aplicación a las expropiaciones de bienes muebles cuando éstos no tengan criterio particular de valoración señalado por leyes especiales —art. 43.2 modificado por TR Ley Suelo y Rehabilitación Urbana—.

Ahora bien, en la práctica, la jurisprudencia ha admitido una generalización de la aplicación del sistema de libertad estimativa (PAREJO ALFONSO), sólo contenida o limitada por la previsión en otras leyes distintas a la LEF de sistemas de valoración distintos, principalmente de carácter estrictamente objetivos y apoyados en la normativa fiscal, como ha sido el caso de la legislación urbanística. Por ello, y dejando de lado la expropiación de suelo, la doctrina (PARADA VÁZQUEZ) señala que existe un cierto desconcierto e inseguridad sobre el criterio a aplicar, pues la jurisprudencia ha reconocido a los Jurados una discrecionalidad técnica. No obstante, con carácter general, la jurisprudencia identifica justiprecio y valor de sustitución: es decir, la compensación o indemnización debe proveer al expropiado del dinero suficiente para sustituir en su patrimonio el bien del que ha sido desposeído —*principio de equivalencia*—, evitando con ello que recaiga únicamente sobre el expropiado la carga de subordinación de los intereses particulares sobre los generales que la institución de la expropiación forzosa entraña.

Finalmente, la LEF —art. 46— ordena que en todos los casos de expropiación se abonará, además de la indemnización o justo precio, un 5 por 100 como *premio de afección*, a través del cual se trata de compensar la pérdida obligada del bien o derecho expropiado y el eventual valor afectivo que pudiera tener el expropiado sobre aquél (STS 30-4-1991). La jurisprudencia ha declarado que no procede el premio de afección en caso de mutuo acuerdo (STS 14-7-1990).

FIGURA 2

Esquema de determinación del justiprecio



4.3.4. *Pago, toma de posesión e inscripción de los bienes*

Una vez fijado el justiprecio, su pago ha de producirse dentro de los seis meses siguientes. El pago ha de hacerse en dinero, mediante acta, si bien la legislación urbanística autoriza a la Administración expropiante, si hay acuerdo con el expropiado, que se pueda satisfacer en especie p. ej., mediante permuta de terrenos (art. 30 TR Ley del Suelo). En caso de negativa del expropiado a recibir el pago o de existencia de algún litigio o cuestión entre el mismo y la Administración expropiante, la parte del justiprecio objeto de discordia debe consignarse en la Caja General de Depósitos a disposición de la autoridad o tribunal competente. No obstante, la LEF —art. 50— dispone que el expropiado tiene derecho a que se le entregue, aunque exista ese litigio o recurso pendiente, el justiprecio, hasta «el límite en que exista conformidad entre aquél y la Administración, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio». De este modo, el expropiado no puede paralizar la expropiación negándose a recibir el pago, puesto que en tal caso surte los mismos efectos su consignación en la Caja General de Depósitos.

El efecto fundamental del pago o de la consignación es la legitimación de la Administración para ocupar por vía administrativa el bien o para el ejercicio del derecho objeto de expropiación —art. 51—, efecto que tiene lugar aun cuando se haya impugnado la determinación del justiprecio y, por ello, ésta aún no sea firme, como consecuencia de la ejecutividad de los actos administrativos —en este caso del acto de fijación del justiprecio—, y de la regla general de la eficacia no suspensiva de la interposición de los recursos. De este modo, en el procedimiento general de la LEF, el previo pago continúa siendo, como regla general, un requisito previo —*conditio juris*— a la traslación efectiva de la titularidad del bien o derecho expropiado. Esta regla tiene hoy, sin embargo, tres excepciones: las expropiaciones urgentes, las expropiaciones legislativas y los casos de aceptación voluntaria por el expropiado de la ocupación del bien o del ejercicio del derecho por el beneficiario de la expropiación, pues tal consentimiento excluye, según la jurisprudencia, la nulidad de los actos de ocupación.

La toma de posesión tiene lugar mediante la ocupación de la finca o el ejercicio del derecho, y perfecciona el efecto jurídico de la transferencia que la expropiación persigue, operando como una verdadera *traditio* jurídica, sin la cual el procedimiento expropiatorio no puede entenderse culminado (GONZÁLEZ NAVARRO). A este respecto es de gran importancia el acta en la que se documenta la ocupación, y que dado su carácter de documento oficial, en principio, deberá estarse a ella para fijar la extensión —delimitación física— del bien que se expropia. Finalmente, el acta es documento inscribible en el Registro de la propiedad.

4.3.5. *La expropiación urgente*

La LEF —art. 52— incorporó esta modalidad que se caracteriza por la inmediata ocupación —y toma de posesión— de los bienes sin haberse determinado previamente el justiprecio. Con la única exigencia de un acta previa que obliga al abono de un llamado «depósito previo» —especie de indemnización a cuenta—, en esta modalidad se invierten las dos fases decisivas del procedimiento general: la fijación del justo precio y la ocupación del bien. Una vez se ha procedido a la ocupación, la tramitación del procedimiento continúa de acuerdo con las normas generales del procedimiento ordinario.

Aun cuando se ha admitido que esta modalidad excepcional es perfectamente compatible con la Constitución —art. 33.3—, la doctrina cuestiona la tendencia a generalizar un régimen concebido en la LEF como excepcional. Este fenómeno de generalización se debe a dos causas principales: de un lado, la mayoría de las normas especiales que regulan expropiaciones incluyen directamente la necesidad de urgente ocupación, sin posibilidad de revisión jurisdiccional (y ello a menudo juntamente a la declaración de utilidad pública o interés social y la de necesidad de ocupación, el llamado gráficamente «tres en uno»), lo más criticable es que esta declaración de urgencia se hace de modo genérico y con efecto permanente (GARCÍA DE ENTERRÍA). Así, por ejemplo, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, declara de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica; y una vez aplicada esta declaración de utilidad pública a un supuesto concreto, lleva implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implica la urgente ocupación —art. 56—, y de modo similar la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, en relación con las infraestructuras ferroviarias —art. 6.2—. De otro lado, las Administraciones también acuden con frecuencia a declaración de urgente ocupación, que ha sido admitida con bastante laxitud por los tribunales de justicia, y ello a pesar de que el Tribunal Supremo tiene declarado que la urgencia es un concepto jurídico indeterminado y no una facultad discrecional de la Administración.

En todo caso, la urgencia no excluye el deber de someter a información pública la relación de bienes afectados por la expropiación, pues lo contrario conduciría a la inaceptable consecuencia de que los propietarios y cualesquiera otros interesados sólo tendrían conocimiento de la expropiación en el momento del levantamiento del acta de ocupación. Así, el art. 56 REF ordena que el acuerdo en que se declare la urgente ocupación contenga «referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta» y sea sometido a información pública.

4.4. LAS GARANTÍAS DEL EXPROPIADO

4.4.1. *Los intereses de demora*

Transcurridos seis meses desde la iniciación del expediente expropiatorio —que conforme al art. 21 LEF comienza con el acuerdo de la necesidad de ocupación— sin haberse determinado el justiprecio, empiezan a contar los intereses por demora. Y transcurridos otros seis meses desde que se fijó el justo precio sin que se abone, comienzan de nuevo a computarse los intereses legales. La jurisprudencia tiene declarado reiteradamente que el cómputo de los intereses legales debe hacerse hasta que se pague efectivamente el justiprecio. En la expropiación por urgencia, la LEF —art. 52.8— obliga a computar los intereses legales desde la fecha en que se ocuparon efectivamente los bienes, con independencia de la fecha en que se fije y se abone el justiprecio.

4.4.2. *La retasación*

Si el retraso en el abono del justiprecio es prolongado puede suceder que no baste el cómputo de los intereses por demora para garantizar la necesaria correspondencia entre el justiprecio y el bien expropiado. Para evitar esta injusticia, la LEF incorporó como garantía adicional la retasación. Según la LEF —art. 58—: «Si transcurrieran

cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación». La doctrina (BERMEJO VERA) señala que cabe dudar de la funcionalidad de una operación expropiatoria cuando la Administración se permite el lujo de demorar más de dos años una ocupación de bienes cuya utilidad pública y necesidad de ocupación ya declaró. De otro lado, los tribunales han estimado que cuando el justiprecio se determinó por acuerdo amigable no procede la retasación si no se hizo reserva de ella al percibir la parte correspondiente del precio. Incluso es posible una cadena de retasaciones por el transcurso continuado de períodos de cuatro años. En todo caso, una vez efectuado el pago o realizada la consignación, aunque haya transcurrido el plazo de cuatro años, no procederá el derecho a la retasación —art. 58—.

De otro lado, existe cierta jurisprudencia contraria a la posibilidad de retasar justiprecios fijados definitivamente por sentencia judicial. Como la LEF —art. 58— fija como presupuesto previo para que la retasación se aplique que hayan transcurrido «cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne», y el justo precio es —según el art. 74 REF— el fijado administrativa-mente, puede la Administración impugnar el justo precio y alargar indefinidamente —habida cuenta de la lentitud del proceso contencioso— el abono del precio sin que opere la retasación. Frente a ello, la doctrina más autorizada (GARCÍA DE ENTERRÍA) ha defendido que la retasación pueda ser realizada en el curso del proceso judicial donde se discute el justiprecio.

4.4.3. *El derecho de reversión*

La reversión consiste en un derecho que, según la LEF —art. 54— asiste al expropiado —y, en su caso, a sus causahabientes— para recuperar todo o parte de los bienes expropiados, cuando no se ejecuta la obra o no se establece el servicio que motivó la expropiación, o cuando «desaparece la afectación», es decir, en el caso de que dejen de cumplir la finalidad para la cual fueron expropiados. Su función es hacer efectiva la vinculación de la operación expropiatoria a la *causa expropriandi* que la fundamentó, evitando el empleo de una potestad tan enérgica como la expropiatoria de un modo frívolo e incluso desviado. La reversión supone la devolución del bien expropiado y la devolución correlativa del precio a la Administración.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional —STC 67/1988—, «la reversión se ha caracterizado dogmáticamente, como una especie de invalidez sobrevenida de la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la misma, la causa de utilidad pública o interés social de que habla la Constitución —art. 33.3—. Sería esta cesación sobrevenida de la causa la que permitiría que la expropiación perdiera sus efectos y la retrocesión del bien a aquel a quien le fue expropiado. El decaimiento o desaparición de la utilidad pública o interés social, la extinción de la propia causa expropiatoria, hacen nacer el derecho de reversión a través de cuyo ejercicio el particular podrá recuperar su anterior propiedad».

Ante el caso de reprivatización por parte del Gobierno de determinados bienes expropiados al grupo Rumasa, el Tribunal Constitucional —STC 67/1988— declaró que la Constitución —art. 33.3— no incluye al derecho de reversión dentro de las garantías constitucionales, por lo que se trata de un derecho de configuración legal. «La regulación de la reversión contenida en la LEF, que no agota la regulación legal de la materia expropiatoria, tiene su punto de referencia en la expropiación de bienes afectables a la realización de obras y servicios públicos, y, aunque pudiera ser aplicada analógica-

mente a otros supuestos, no cabe constituir la regla general, única y uniforme para todas las expropiaciones, existiendo además en la propia LEF —arts. 71 ss.— supuestos en los que se permite la enajenación de bienes expropiados por razones de interés social sin derecho de reversión. No existe, pues, en nuestro ordenamiento, ni una norma constitucional, ni una regla legal que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión».

La regulación general de la reversión procede de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. De acuerdo con la LEF —art. 63—, la reversión se producirá en los siguientes supuestos: cuando no se ejecute la obra o no se establezca el servicio; cuando realizada la obra quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados; y cuando desaparezca la afectación de los bienes y derechos a las obras y servicios que motivaron la expropiación. El REF establece una serie de presunciones en pro de la operatividad de la reversión, y prevé —art. 69— su aplicación incluso cuando los bienes expropiados pudieran haber pasado a terceras personas.

La LEF de 1954 no fijó límites de tiempo para que los dueños originales o sus causahabientes puedan solicitar la reversión. Para algunos autores (BERMEJO VERA) mantener la posibilidad de que tenga lugar la reversión aunque la desaparición de la afectación se produzca mucho tiempo después, no deja de ser una cuestión sorprendente desde las técnicas jurídicas de la prescripción extintiva o adquisitiva. Así se defendió que la dedicación de los bienes expropiados durante un plazo prudencial a los fines que justificaron la expropiación debería ser causa suficiente para eliminar el derecho de reversión, pues la *causa expropriandi* puede haber sido satisfecha en un período suficiente.

En este sentido, la Ley 38/1999 introdujo límites al ejercicio del derecho de reversión, al declarar que no habrá derecho de reversión en los casos siguientes: *a)* Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previsto. *b)* Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio. Se trata de una limitación temporal muy severa.

Cuando proceda la reversión, el ejercicio del derecho de reversión debe producirse dentro de los tres meses siguientes a que la Administración haya notificado, de forma expresa, a los expropiados su propósito de no ejecutar la obra o implantar el servicio, la existencia de sobrantes o la desafectación de los bienes o derechos objeto de la expropiación. Sin embargo, la situación más habitual es que la Administración no efectúe ninguna declaración expresa, ni notifique a los interesados la concurrencia de alguna de las causas de reversión. En estos casos, la LEF establece otros plazos especiales para el ejercicio de este derecho en defecto de notificación:

a) Cuando se hubiera producido un exceso de expropiación o la desafectación del bien o derecho expropiados y no hubieran transcurrido veinte años desde la toma de posesión de aquéllos.

b) Cuando hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio.

c) Cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para su reanudación.

Finalmente, el ejercicio del derecho de reversión comporta el deber de expropiado de «restituir» a la Administración el valor de los bienes que recupera. Según la LEF —art. 55—, es presupuesto para el ejercicio del derecho de reversión la restitución de la indemnización expropiatoria percibida por el expropiado, actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la ejecución del derecho de reversión. De este modo, no debe abonarse el precio real del bien en la fecha en la que se ejercita el derecho de reversión, sino devolver (restituir) la cantidad en su momento abonada, con las actualizaciones que procedan. En todo caso, el previo pago o consignación del importe resultante se configura como un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de reversión y para poder tomar posesión del bien revertido, debiendo producirse dentro de los tres meses desde su determinación en vía administrativa.

4.5. LAS OCUPACIONES TEMPORALES

La LEF —art. 108— contempla una figura próxima a la de la expropiación forzosa, denominada «ocupación temporal», en virtud de la cual la Administración podrá ocupar temporalmente los terrenos propiedad del particular en determinados casos: con objeto de llevar a cabo estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración, para recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de una obra; para establecer estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otros más que requieran las obras previamente declaradas de utilidad pública; o para la extracción de materiales de toda clase necesarios para la ejecución de dichas obras, que hayan de ser objeto de una explotación formalmente organizada.

En estos supuestos en que legalmente cabe la ocupación temporal, se ha suscitado la cuestión de si ¿puede la Administración optar libremente por la expropiación total de la finca? ¿Goza la Administración de discrecionalidad para elegir entre la ocupación temporal y la expropiación total? Pues bien, a partir del art. 15 LEF, según el cual la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean «estrictamente indispensables para el fin de la expropiación», el Supremo entiende que el ordenamiento español consagra un principio de intervención mínima en la propiedad privada o, si se prefiere, una exigencia de proporcionalidad en las actuaciones expropiatorias. Por tanto, en los supuestos legales de ocupación temporal, la utilización de la potestad expropiatoria, en cuanto una potestad distinta y más intensa de la potestad de ocupación temporal, para una finalidad distinta de la que tiene legalmente atribuida constituye indudablemente desviación de poder en el sentido del art. 63 LRJPAC (STS 16-6-2009, RC 6.556/2005).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

Sobre los bienes públicos:

- CALVO SÁNCHEZ, L., *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.): *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- COBO OLVERA, T.: *Régimen Jurídico de los Bienes de las Entidades Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados y La Ley, Madrid, 2006.
- CUMELLA GAMINDE, A., y NAVARRO FLORES, J.: *Los bienes y derechos de dominio público y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *El precario administrativo: un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Madrid, 2.ª ed., 2012.
- GALLARDO CASTILLO, M.ª J.: *La gestión y defensa del patrimonio local*, CEMCI, Granada, 2013.
- *Derecho de Bienes de las Entidades Locales. Teoría y práctica jurisprudencial*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª A.: *Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.): *Derecho de los bienes públicos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.: *La recuperación posesoria de los bienes de las entidades locales*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- *Régimen jurídico general de la enajenación del patrimonio privado inmobiliario de la Administración Pública*, Lex Nova, 2002.
- HORGUÉ BAENA, C. (coord.): *Régimen patrimonial de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2007.
- HORGUÉ BAENA, C.: *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2012.
- MESTRE DELGADO, J. F. (dir.): *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004.
- MORILLO VELARDE, J. I.: *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992.
- NIETO GARCÍA, A.: *Bienes comunales*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- PALOMAR OLMEDA, A., y PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho de los bienes públicos*, Aranzadi, 2013.
- PONS DUAT, M.: *Recuperación de oficio de los bienes locales*, ed. Bayer Hnos., Barcelona, 1999.
- RIVERO YSERN, E.: *El deslinde administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1967.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997.
- VVAA: «*Justicia Administrativa*», n.º extraordinario sobre «Propiedades públicas», 2006.

Sobre la expropiación forzosa:

- AAVV: *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2003, pp. 117-131.
- AAVV: *Expropiación Forzosa*, Consejo General del Poder Judicial, 1992.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A.: *El convenio expropiatorio. Teoría y práctica administrativa*, 2009.
- ESCUIN PALOP, V.: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 3.ª ed., Thomson-Civitas, 2008.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, R.: *Las alternativas a la Expropiación Forzosa*, Aranzadi-Thomson, 2009.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Estudio integral de las Expropiaciones Urbanísticas*, Thomson-Civitas, Pamplona, 1.ª ed., 2005; 2.ª ed., 2007.
- GALÁN GALÁN, A.: *El derecho de reversión en la Ley de expropiación forzosa: estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial*, Lex Nova, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después*, RAP (2001) 156, pp. 251-268.

- GIMENO FELIÚ, J. M.: *El derecho de reversión en la Ley de expropiación forzosa: fundamentos y condiciones de ejercicio*, Civitas, 2003.
- LÓPEZ MENUDO, F.; CARRILLO J. A., y GUICHOT, E.: *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Expropiación y Jurisdicción*, IEA, Madrid, 1976.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», *Documentación Administrativa*, 222 (1990), pp. 40-78.
- PÉREZ MORENO, A.: *La reversión en materia de expropiación forzosa*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1967.
- SOSA WAGNER, F.; TOLIVAR, L.; QUINTANA, T., y FUERTES, M.: *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, Pamplona, 20.^a ed. 2003.
- TARDÍO PATO, J. A.: *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Pamplona, 2000.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D.: *Expropiación forzosa y beneficiario privado*, Marcial Pons, 2015.

TEMA 26

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. EVOLUCIÓN LEGAL Y BASES CONSTITUCIONALES

1.1. EVOLUCIÓN LEGAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

La ordenación preconstitucional de potestad sancionadora de la Administración presentaba múltiples y graves deficiencias. En efecto, si bien la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 dispuso que las disposiciones de rango reglamentario no podían establecer sanciones, «salvo en aquellos casos que lo autorice una Ley votada en Cortes», dado que se trataba de una mera reserva formal de ley, y ante la ausencia de un verdadero texto constitucional el legislador era soberano, no sólo cualquier ley sectorial posterior podía ignorar dicha autorreserva, sino que era perfectamente lícito que la ley se limitara a contener una mera habilitación genérica a la potestad reglamentaria, sin predeterminación alguna de los contenidos. Así, era práctica frecuente que el legislador se limitara a prever las sanciones, remitiendo al desarrollo reglamentario la tipificación de las infracciones correspondientes. Pero no sólo ello, sino que la jurisprudencia admitió, aun con la censura de la mejor doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, L. MARTÍN-RETORTILLO) que la llamada «cláusula general de orden público» servía de cobertura habilitante para la Administración, sin necesidad de específica autorización legal.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no sólo se limitó a contemplar algunos aspectos procedimentales de la potestad sancionadora, sin incluir ninguna regla de carácter sustantivo, sino que incluso el llamado procedimiento sancionador establecido en la misma era, como puso de relieve la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA), manifiestamente parco e insuficiente. En realidad, la Ley se limitó a prescribir varios trámites formales aislados (el nombramiento de Instructor y los tradicionales pliegos de cargos y descargos, y poco más), de tal modo que la jurisprudencia tuvo que cubrir las lagunas de la Ley, como ocurrió con el tema de la prescripción de las infracciones administrativas. Pero, sobre todo, la propia Ley asignaba a tales reglas un carácter supletorio, dejando expresamente a salvo lo dispuesto en disposiciones especiales, como tempranamente se encargaría de ratificar la jurisprudencia (STS 25-9-1963), de tal modo que su vigencia se redujo a un papel puramente residual. Incluso alguna jurisprudencia (SSTS 23-4-1975, 17-6-1975) llegó a admitir la imposición de sanciones «de plano», es decir sin procedimiento administrativo previo. Y, sobre todo, la jurisprudencia (STS 20-3-1973) concedió presunción de veracidad a los actos de la Administración, sin actividad probatoria alguna.

Asimismo, en el contexto político de un Estado autocrático, la potestad sancionadora de la Administración fue instrumentalizada como medio alternativo para rehuir de las garantías inherentes al Derecho Penal, llegándose a imponer incluso sanciones administrativas privativas de la libertad (como ocurría en materia de or-

den público o de contrabando). Además, la jurisprudencia admitió la compatibilización de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho (STS 26-4-1976). Por todas estas razones, la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA) pudo calificar al Derecho Administrativo sancionador de esta época como Derecho represivo «pre-beccariano».

1.2. EL FUNDAMENTO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Aun cuando algún sector de la doctrina (PARADA VÁZQUEZ) ha defendido que el respeto al principio de división de poderes exige el monopolio de la potestad sancionadora del Estado por parte de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal, la Constitución no sólo no proscribía la existencia de una potestad sancionadora en manos de la Administración, sino que, en algún caso destacado, apela expresamente a la potestad sancionadora para la tutela de determinados bienes jurídicos —como sucede con el art. 45.3 CE en relación con la protección del medio ambiente—.

En este sentido, el Tribunal Constitucional —STC 77/1983— entiende que tal sistema de separación estricta de poderes no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, entre otras razones por «la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados». Asimismo, desde el propio Derecho Penal se postula el *principio de intervención mínima*, según el cual el Derecho Penal deber ser considerado como última *ratio* o recurso del poder represivo del Estado, postulándose que los ilícitos menos graves sean tratados desde el ordenamiento administrativo. De este modo, las fronteras entre el ilícito penal y el administrativo son permeables, y admiten trasvases en ambos sentidos: así, en ocasiones, el legislador ha efectuado procesos de «despenalización» de determinados delitos que, al considerarse en un momento dado de menor relevancia ético-social, pasan a calificarse como simples infracciones administrativas (así, la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, en aras del principio de intervención mínima, ha suprimido las «faltas» que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, y que o bien pasan a tener la consideración de delitos leves o bien quedan a la consideración del sistema de sanciones administrativas); y, en el sentido opuesto, una nueva valoración del reproche social de una conducta puede llevar a la calificación como delito de lo que hasta entonces se reputaba simple contravención administrativa (como sucedió recientemente con el maltrato a los animales).

Más aún, en algunos casos la frontera entre la infracción administrativa y la penal depende exclusivamente de la gravedad que el aplicador asigne a la conducta ilícita, lo cual no de dejar de ser fuente de inseguridad jurídica. Así, por ejemplo, un vertido incontrolado de residuos peligrosos constituye, en principio, una infracción administrativa muy grave (art. 46.2 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados), pero si se considera que ese vertido «puede perjudicar gravemente al equilibrio de los sistemas naturales o a la salud de las personas», la infracción será calificada de delito contra el medio ambiente (art. 328 Código Penal). En el mismo sentido, la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad considera infracción muy grave la «destrucción del hábitat de especies en peligro de extinción». Pero, al mismo tiempo, el Código Penal —art. 332— tipifica como delito la alteración «grave» del hábitat de una especie o subespecie amenazada. En cambio, en otros casos, el

legislador ha optado por establecer una diferenciación netamente cuantitativa entre la infracción penal y la administrativa. Así, sucede en materia de seguridad vial tras la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 17/2007 (se pasa de infracción administrativa a delito a partir de una velocidad superior en tantos kilómetros por hora o de una tasa de alcohol superior en tantos miligramos por litro).

En definitiva, según la doctrina mayoritaria, el *ius puniendi* o Derecho represor del Estado está integrado por dos ordenamientos: el Derecho Penal propiamente dicho y el Derecho Administrativo sancionador. Y ambas disciplinas deben responder a unos principios básicos comunes, elaborados tradicionalmente desde la dogmática jurídico-penal, sin perjuicio de las modulaciones propias del ordenamiento administrativo (figura 1).

FIGURA 1

Las clases de derecho represor del Estado

ORDENAMIENTO	INSTITUCIONES SUSTANTIVAS	PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN	PODERES PÚBLICOS COMPETENTES
DERECHO PENAL	DELITOS Y PENAS	PROCESOS PENALES	FISCALES Y JUECES Y TRIBUNALES DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS	PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES	ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, CONTROLABLES POR JUECES Y TRIBUNALES DEL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADM.

1.3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La Constitución predetermina la configuración legal de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas en dos preceptos, ubicados en la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas —Sección 1.^a del Capítulo II del Título I—:

— El art. 25.1 CE, que al establecer que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», incorpora al repertorio de los derechos fundamentales el tradicional principio de legalidad en materia penal —regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*—, extendiéndolo expresamente al ordenamiento sancionador administrativo, y que fundamenta los principios básicos del Derecho Administrativo Sancionador sustantivo —reserva de ley, tipicidad, irretroactividad...—. Así, una constante jurisprudencia entiende que al tratar la Constitución en este precepto conjuntamente los ilícitos penales y administrativos ello pone de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo del Derecho

Administrativo Sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes ya en el mismo en aras del antes mencionado principio de intervención mínima del Derecho Penal.

— El art. 24.2 CE, que consagra como derecho fundamental determinados principios básicos del proceso penal —presunción de inocencia, derecho a la audiencia...—, y que, debido a la mencionada equivalencia básica entre penas y sanciones administrativas, tempranamente el Tribunal Constitucional —STC 18/1981— ha extendido al procedimiento administrativo sancionador, si bien, como ha matizado el propio Alto Tribunal —STC 58/1989—, las garantías previstas en el art. 24.2 CE expresamente para los procesos penales no son aplicables íntegramente a los procedimientos sancionadores, sino «con las modulaciones que resulten de su diferente naturaleza», es decir, las diferencias estructurales del procedimiento sancionador, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento —STC 117/2002—. De este modo, no toda infracción de naturaleza procedimental —como procesal— adquiere relieve constitucional, sino únicamente en el supuesto de que hayan redundado en la efectiva infracción de las garantías procesales constitucionalmente previstas, causando indefensión o privando de otra manera al afectado de tales garantías (SSTC 58/1989, 17/2009).

En todo caso, dado que tanto el principio de legalidad en materia sancionadora como las garantías de defensa del procedimiento sancionador tienen el carácter de derechos fundamentales —arts. 25.1 y 24 CE— susceptibles de amparo constitucional, las disposiciones y actos que vulneren estos derechos serán nulos de pleno derecho —art. 47.1.a) LPAC—, y cabe su tutela por la vía jurisdiccional especial de protección de los derechos fundamentales, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa —arts. 114 ss. LJCA—.

2. LA ORDENACIÓN LEGAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

2.1. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN RELACIÓN CON LA POTESTAD SANCIONADORA

La potestad sancionadora no constituye en sí misma una materia competencial autónoma. Al igual que otras instituciones administrativas —como el procedimiento administrativo—, la potestad sancionadora debe considerarse como una función instrumental cuyo objeto es proteger los bienes e intereses definidos por el ordenamiento en cada materia o sector —industria, comercio, turismo...—. Por esta razón, la competencia para ordenar la potestad sancionadora —esto es, para tipificar infracciones y sanciones, así como para ordenar el ejercicio de esta potestad a través de los correspondientes procedimientos —debe considerarse una *competencia conexa* o accesoria al título competencial sustantivo sobre la materia de que se trate —STC 108/1993—. De este modo, la competencia para regular el régimen sancionador corresponderá al Estado y/o a las Comunidades Autónomas, en función de cuál sea la instancia territorial competente en cada materia —sanidad, medioambiente, urbanismo...—. Y, por tanto, se admite la competencia de las Comunidades Autónomas para tipificar infracciones y sanciones administrativas, así como para regular sus respectivos procedimientos sancionadores y el ejercicio de la función inspectora correspondiente (STC 198/1991; STS 2-3-2009, Rec. de casación 9.845/2009).

Ahora bien, deben señalarse dos precisiones. De un lado, en relación con aquellas materias de competencias compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas conforme al binomio normas básicas estatales-legislación de desarrollo autonómica, el Tribunal Constitucional —SSTC 96/1996, 206/1997— ha señalado que la competencia normativa básica sobre una materia se extiende al elenco de infracciones en cuanto éstas constituyen una forma de velar por el cumplimiento de las normas básicas previamente establecidas y, a su vez, aunque sea en su aspecto negativo, una forma de regulación sobre esa misma materia. Asimismo, la competencia básica puede extenderse, incluso, a la determinación de los plazos de prescripción de las infracciones (STC 148/2011).

De otro lado, se ha planteado la compatibilidad de la competencia autonómica para tipificar sanciones no previstas en las leyes estatales con el art. 149.1.1.^a CE, que reserva al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. A este respecto, el Tribunal Constitucional (STC 136/1991, 124/2003, 8/2012) ha declarado que para que pueda prosperar ese límite específico y excepcional del art. 149.1.1.^a CE, han de darse dos condiciones: 1.^a la existencia de un esquema sancionador estatal que afecte al derecho que se trate; 2.^a que la normativa sancionadora autonómica suponga una divergencia cualitativa sustancial respecto a la normativa estatal que produzca una ruptura de unidad en lo fundamental del esquema sancionador que pueda calificarse irrazonable y desproporcionada al fin perseguido por la norma autonómica.

2.2. LAS NORMAS SANCIONADORAS COMUNES Y GENERALES

El mencionado carácter accesorio de la competencia en materia sancionadora ha conducido a una absoluta sectorialización del Derecho Administrativo sancionador, con la consiguiente dispersión de normas y diversidad de criterios. De hecho, la práctica totalidad de las Leyes sectoriales tanto estatales como autonómicas cuando ordenan una materia o sector cualquiera dedican un capítulo —que acostumbra ser el último— al régimen sancionador aplicable a la materia en cuestión. Con objeto de introducir unas reglas básicas comunes, la Ley 30/1992 estableció, en uso del título competencial relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas —art. 149.1.18 CE—, unos «principios» relativos a la potestad sancionadora y al procedimiento sancionador, tomados de la doctrina constitucional, y que deben ser, por tanto, respetados por la legislación sectorial, tanto estatal como autonómica. No obstante, se trataba de unas reglas en exceso parcas, por lo que la doctrina más autorizada (REBOLLO PUIG) ha venido propugnando la aprobación de una Ley básica general sobre la potestad sancionadora de la Administración.

Por su parte, la reforma efectuada por la LPAC y LRJSP ha llevado a cabo una reordenación de esta materia: los principios sustantivos de la potestad sancionadora se contienen en la LRJSP (Capítulo III), mientras que las normas procedimentales se establecen en la LPAC, pero de modo asistemático [arts. 35.1.h), 53.2, 55.2, 60.2, 61.3, 62.2 y 4, 63, 64, 77.4 y 5, 85, 88.7, 89, 90, 96.5], al tiempo que se deroga el RD 1.398/1993, si bien algunos de sus preceptos han pasado a incorporarse, con carácter básico, a la LPAC. El Estado parece entender, así, que los principios sustantivos (que en la exposición de motivos considera que atañen a aspectos «orgánicos» ¿?), al fundamentarse en el título competencial sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, deben ordenarse en la LRJSP, mientras que las

normas sancionadoras deben permanecer al amparo del título sobre procedimiento administrativo común.

No obstante, se trata de una opción de política legislativa cuestionable, pues quiebra la unidad sistemática de la ordenación básica de la potestad sancionadora (sorprendentemente la exposición de motivos de la LPAC declara que este planteamiento responde un objeto de simplificación de los procedimientos administrativos y que su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuye a aumentar la seguridad jurídica), cuando lo cierto es que el título sobre las bases del régimen jurídico ofrece cobertura a la ordenación de los aspectos procedimentales básicos, tal como se ha venido entendiendo con la Ley 30/1992.

Respecto a su contenido, en líneas generales, la ordenación de la LRJSP y LPAC sigue de cerca lo establecido en la Ley 30/1992 (y RD 1.398/1993), si bien se introducen ciertas novedades, que incorporan tanto criterios jurisprudenciales (p. ej. en materia de prescripción de infracciones y sanciones), como del legislador sectorial (p. ej., en materia de pago voluntario). Por su parte, algunas Comunidades Autónomas han procedido a aprobar sus propias normas generales sobre la potestad sancionadora, si bien salvo algún caso aislado (Ley del País Vasco 2/1998, que constituye un auténtico código de la potestad sancionadora) se trata de normas relativas a los procedimientos sancionadores (Comunidad de Madrid, Aragón, Baleares, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, La Rioja, Navarra).

2.3. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA SANCIONADORA

2.3.1. *La reserva de Ley y colaboración reglamentaria en materia sancionadora*

Según una abundante jurisprudencia constitucional —SSTC 42/1987, 212/1989, 61/1990, 83/1990, 207/1990, 93/1992, 77/2006, entre otras—, el término «legislación vigente» contenido en el art. 25.1 CE —antes transcrito— es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora. Como señaló la exposición de motivos de la Ley 30/1992, el principio de legalidad constituye la «ratio democrática» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración. Ahora bien, como también ha precisado dicha jurisprudencia —STC 83/1990—, en el ámbito de las sanciones administrativas —a diferencia del ámbito penal— la reserva de ley tiene una *eficacia relativa o limitada*, en el sentido de admitir un mayor margen de actuación del Ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, «por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y otras consideraciones de prudencia y oportunidad, si bien, en cualquier caso, tal relativización no puede conducir a admitir como conformes al principio de reserva de ley las regulaciones reglamentarias independientes y no claramente subordinadas a la Ley» —SSTC 83/1984, 83/1990—.

Por tanto, si bien se admite la colaboración normativa del Reglamento, en lo que se refiere, al menos, al ámbito de las *relaciones de supremacía general*, el art. 25.1 resultaría vulnerado si la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones careciera de toda base legal o se adoptara en virtud de una habilitación a la Administración por norma de rango legal carente de todo contenido material propio, sin sometimiento a directriz previa alguna, tanto en lo que se refiere a la tipificación de los

ilícitos administrativos como a la regulación de las correspondientes consecuencias sancionadoras. Es decir, se admite la remisión al reglamento (ejecutivo), pero se considera inconstitucional la mera deslegalización. Mayor capacidad se reconoce, en cambio, a la potestad reglamentaria en la ordenación de los procedimientos sancionadores. En definitiva, la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer —SSTC 3/1988, 83/1990, 101/1988, 341/1993, 60/2000, 242/2005—.

En este sentido, la LRJSP —art. 27.1—, aunque erróneamente se refiere a este principio bajo el epígrafe de principio de tipicidad, establece que «sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico *previstas* como tales infracciones por una Ley». Asimismo, añade la LRJSP —art. 27.2— que «únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán *delimitadas* por la Ley». Ahora bien, la propia LRJSP admite la colaboración normativa de la potestad reglamentaria, al disponer —art. 27.3— que las «disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir *especificaciones o graduaciones* al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes» (figura 2).

No obstante lo anterior, debe recordarse que la jurisprudencia constitucional establece que el principio de reserva de ley no tiene eficacia retroactiva, de tal modo que pueden permanecer vigentes tras la Constitución reglamentos preconstitucionales que tipificasen infracciones y sanciones (STC 11/1981). En todo caso, la pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como valladar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas. No obstante, se ha admitido la validez de reglamentos posconstitucionales que se limiten a reproducir reglamentos preconstitucionales sin innovar el sistema de infracciones y sanciones establecido en estos (STC 42/1987), si bien ello no debe suponer amparar de forma indefinida que la Administración ostente potestades sancionadoras después de la Constitución sin la adecuada cobertura legal (SSTC 305/1993, 52/2003, STC 144/2011).

FIGURA 2

Colaboración normativa ley-reglamento en materia sancionadora

	INFRACCIONES Y SANCIONES	PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES
LEY	DEFINE EL CUADRO DE INFRACCIONES Y SANCIONES Y LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN	ESTABLECE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS
REGLAMENTO	ÚNICAMENTE PUEDE INTRODUCIR ESPECIFICACIONES O GRADUACIONES, PERO NO CREAR NUEVAS, NI ALTERAR SU NATURALEZA O LÍMITES LEGALES	DESARROLLA LOS TRÁMITES Y MODOS DE INICIO Y TERMINACIÓN

2.3.2. *Especial referencia a la potestad normativa sancionadora local*

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que los Reglamentos de las Entidades Locales están sometidos a los límites derivados de la reserva de ley en materia sancionadora, igual que el resto de los reglamentos, y, por tanto, las infracciones y sanciones tipificadas en ordenanzas desprovistas de cobertura legal son inconstitucionales —por ejemplo, STS 6-2-1996, Ar. 1.098, sobre ruidos—. No obstante, un sector de la doctrina entiende que la aplicación estricta de la exigencia de reserva de ley en materia sancionadora a las Entidades Locales suscita un conflicto con el también principio constitucional de la autonomía local, pues en virtud de este principio el Municipio estaría legitimado para imponer la norma primaria —esto es la que establece el mandato o la prohibición, por ejemplo de consumo de bebidas alcohólicas en las vías públicas— pero, en cambio, no lo estaría para imponer la norma secundaria, es decir, la que establece las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la norma primaria, como son las sanciones —contradicción que reconoció el propio Supremo en la STS 4-2-2002, Ar. 2.911—. Por ello se postula (NIETO GARCÍA) que las ordenanzas locales, en tanto que normas dictadas por órganos representativos de la voluntad popular, son el equivalente en el ámbito local de las leyes estatales y autonómicas y tienen fuerza de ley en dicho ámbito, en relación con las materias de competencia propia local. O, más moderadamente, se defiende una flexibilización del principio de reserva de ley, que podrá ser mayor cuanto menor sea la gravedad de las sanciones previstas, pero sin que en ningún caso sea admisible una ausencia absoluta de cobertura legal (LOZANO CUTANDA).

Y, en este sentido más moderado, el Tribunal Constitucional —STC 132/2001— ha señalado que «la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones *ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento*. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de Ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios —conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL— no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador».

De este modo, el Alto Tribunal añade: «Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los *criterios mínimos de antijuridicidad* conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal— sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las *clases de sanciones* que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles

sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica».

Finalmente, esta especial posición de las Entidades Locales ha sido reconocida en la propia LRJSP —arts. 25.1 y 27.1—, al declarar que la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, cuando se trate de Entidades locales, se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la LRBRL, la cual tras la Ley 57/2003 contiene una especial habilitación de la potestad sancionadora local en materias de inequívoco interés local —ordenación de las relaciones de convivencia, del uso de sus servicios, equipamientos y espacios públicos...—, respecto a las cuales la Ley se limita a establecer los criterios de antijuridicidad y la delimitación de sanciones. Con todo, la jurisprudencia tiene declarado que, en defecto de Ley sectorial, las ordenanzas municipales no pueden prever sanciones diferentes a las determinadas en el artículo 141 LRBRL.

2.3.3. *La reserva de ley en el ámbito de las relaciones de sujeción especial*

La jurisprudencia ordinaria viene admitiendo que la garantía formal de la reserva de ley se flexibiliza en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, campo éste en el que ha sido tradicional admitir una cierta capacidad de autoordenación de la Administración —por ejemplo, STS 28-11-2001, Ar. 605/2002, en relación con un concesionario de expendeduría de tabaco, en la cual se llega a admitir el establecimiento de tipos infractores por vía reglamentaria—. Ahora bien, el Tribunal Constitucional —SSTC 2/1987, 69/1989, 219/1989— ha precisado que «desde luego, una sanción *carente de toda base normativa legal* devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado». Y, posteriormente, añadió —STC 61/1990— que una cosa es que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales —y derechos fundamentales— puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo a suprimirlo. «Una cosa es que los requisitos de legalidad formal y tipicidad permitan una adaptación —nunca supresión— en concordancia a la intensidad de la sujeción, pero siempre será exigible su cumplimiento». Y, en este sentido, se ha llegado a afirmar —STC 91/2005— que la relación entre el titular de una expendeduría de tabaco y el Estado no permite flexibilizar la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora (es decir, justo la solución opuesta a la citada STS).

2.4. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

La Constitución —art. 9.3— ordena la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Asimismo, la Constitución —art. 25.1— configura como derecho fundamental la regla según la cual: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones *que en el momento de producirse* no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». En este sentido, la LRJSP —art. 26.1— establece que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

No obstante, la Ley 30/1992, dio un paso adicional a lo ya garantizado por la Constitución al establecer que las disposiciones sancionadoras producirán efecto

retroactivo en cuanto favorezcan al «presunto infractor», y la LRJSP —art. 26.2— añade o al «infractor», «incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición». Así, los tribunales ya venían admitiendo este principio incluso en los casos en los que la norma posterior que afecta de forma favorable al tipo sancionador se dicta con posterioridad a la resolución sancionadora que lo aplica y estando sustanciándose el recurso jurisdiccional presentado contra la misma (SAN 19-6-2007, Ar. 422; STS 7-5-2012, RC 3346/09), si bien no procede cuando la sanción ha sido ya plenamente ejecutada (STS 17-12-2007, Ar. 2008/496).

Además, la jurisprudencia venía entendiendo que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior (SSTS de 20-2-2007, Ar. 720; 20-11-2007, Ar. 8203; 20-3-2009, recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2004). Y este criterio ha sido recogido en la LRJSP —art. 26.2— al declarar que la retroactividad favorable procede tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción. Finalmente, el Tribunal Constitucional tiene declarado que esta retroactividad de la norma sancionadora más favorable no forma parte del derecho fundamental a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE (STC 99/2000).

3. LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

3.1. CONCEPTO Y CLASES DE INFRACCIONES

Constituyen infracciones administrativas las acciones y omisiones dolosas o culposas antijurídicas —esto es contrarias al ordenamiento—, tipificadas y sancionadas en una norma legal. Desde un punto de vista formal, en la legislación está muy extendida la clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, en atención a la gravedad que el legislador asigna a los hechos tipificados (p. ej., Ley General Tributaria o Ley General de Subvenciones), y que recoge, con carácter general, la LRJSP —art. 27.1—. Esta clasificación presenta ciertas virtualidades: en atención a un elemental principio de proporcionalidad, se corresponde con una paralela clasificación de las sanciones; sirve para modular los plazos de prescripción de las infracciones —art. 30.1 LRJSP—, la distribución competencial para la imposición de las sanciones (en ocasiones entre Administraciones diferentes), la mayor o menor simplificación del procedimiento sancionador —art. 96.5 LPAC— e, incluso, el rigor en la exigencia del principio de legalidad en materia sancionadora. No obstante, como es obvio, la asignación de una infracción a una u otra categoría es puramente positivista.

Desde un punto de vista sustantivo, en función de la acción tipificada, las infracciones pueden ser de distintas clases: *infracciones de resultado*, en las cuales la acción tipificada entraña una alteración de la realidad exterior con lesión a un bien jurídico protegido: por ejemplo, el daño a un bien de interés cultural (art. 76 Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español), o la quema, arranque o inutilización de ejemplares arbóreos de especies forestales (art. 67 Ley 43/2003 de Montes); *infracciones de peligro*, en las cuales la acción tipificada no consiste en un daño efectivo, pero sí constituye una situación de riesgo o peligro más o menos concreto o hipotético para los bienes jurídicos protegidos: por ejemplo, los vertidos no autorizados «que pueden deteriorar la calidad de las aguas» (art. 116 Ley de Aguas); o el abandono o eliminación incontrolado de residuos no peligrosos «siempre que se haya puesto en peligro

grave la salud de las personas» (art. 46.2 Ley 22/2011 de Residuos y suelos contaminados); *infracciones formales*, llamadas también de «mero riesgo», en las cuales la infracción se consuma por el mero incumplimiento de un deber legal, aunque no cause lesión ni riesgo para un bien jurídico concreto. Se trata estas últimas de infracciones que la doctrina penalista suele rechazar para la tipificación de delitos, pero que son las más frecuentes en el ámbito administrativo: las más comunes son la realización de actividades —profesionales, industriales, mercantiles o de otro tipo— sin el título administrativo habilitante —autorización, concesión, licencia, permiso...— exigido por el ordenamiento para su ejercicio lícito, así como el incumplimiento de los deberes legales de facilitar información —remisión de memorias, declaraciones...— o de prestar colaboración a las autoridades o sus agentes —caso de la obstrucción de la labor de inspección—, u otros deberes legales (como la falta de constitución de fianzas o garantías, o de su renovación, cuando sean obligatorias). Con todo, un sector de la doctrina prefiere hablar en estos casos de un peligro abstracto. En todo caso, en este tipo de infracciones es donde mejor se manifiesta la singularidad del Derecho Administrativo Sancionador y su función de prevención del daño (A. NIETO).

3.2. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Según una constante jurisprudencia constitucional —SSTC 42/1987, 166/2012—, junto a la reserva de ley, como garantía de orden formal y alcance relativo, la regla del art. 25.1 CE comprende también una *garantía de orden material y alcance absoluto*, que refleja la especial trascendencia del principio constitucional de seguridad jurídica —art. 9.3 CE— en este ámbito limitativo de la libertad individual, y que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes —*lex previa y lex certa*—. A esta garantía material (llamada también garantía de taxatividad o previsibilidad), pues es independiente del rango formal de la norma, se la conoce tradicionalmente desde el Derecho Penal como *principio de tipicidad*. De este modo, una conducta es típica «cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica, es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho real cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto» (STS 21-6-2011, Sala de lo Militar, Rec. 140/2010).

Asimismo, la doctrina constitucional (STC 215/2008) distingue, dentro del principio de tipicidad, entre el *principio de taxatividad*, dirigido al legislador y al poder reglamentario, y el principio de tipicidad en sentido estricto, dirigido al aplicador de la norma. En su primera dimensión exige que las leyes sancionadoras configuren las infracciones con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (SSTC 90/2010, 135/2010 y 144/2011). No obstante, se suelen plantear dos tipos de cuestiones.

De un lado, se plantea si es correcto el empleo en la definición del tipo de infracción de conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación (la llamada técnica de los «conceptos jurídicos indeterminados»). A este respecto, el Tribunal Constitucional —STC 62/1982— admite su validez siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan predeterminar con suficiente grado de certeza las conductas sancionables. Ahora bien, es incompatible con la seguridad jurídica garantizada por el art. 25.1 CE

una graduación *ad hoc* de la sanción, pues de éste se sigue la necesidad no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstos, una correspondencia que puede dejar márgenes más o menos amplios al prudente y razonable arbitrio del órgano sancionador, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a la discrecionalidad judicial o administrativa (SSTC 61/1990, 207/1990), «ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio» (SSTC 113/2002, 166/2012, 10/2015).

De otro lado, se plantea si es correcto que la norma infractora para la determinación de la conducta típica se remita a otra norma que establezca requisitos, condiciones, deberes o prohibiciones (las llamadas «normas sancionadoras en blanco»). A este respecto, la jurisprudencia entiende que «la validez de la integración de las normas sancionadoras en blanco requiere que el reenvío sea expreso, que la norma en blanco contenga el núcleo esencial de la prohibición estando directamente relacionado con él la norma que cumple la función de integración y que se halle justificado en razón al bien jurídico protegido por una u otra y que con ello se satisfaga la necesaria exigencia de certeza para que la conducta calificada de infractora quede suficientemente precisada salvaguardando la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación disciplinariamente conminada» (SSTC 127/1990 y 93/1992). Ahora bien, el mero hecho de que la «norma de complemento» aplicada para integrar la ley sancionadora en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE (STC 181/2008). Lo que el art. 25.1 CE prohíbe es la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica, impidiendo que la Administración lleve a cabo una tipificación *ex novo* de conductas ilícitas (STC 13/2013). Dicho de otro modo, la remisión reglamentaria no debe dificultar especialmente «el conocimiento de lo prohibido» (STC 97/2009).

Con mayor motivo, no respetan el principio de tipicidad las leyes que remiten la calificación misma de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo que debe graduarlas en aplicación de diversos criterios: «la graduación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa» (SSTC 252/2006, 100/2003, 166/2012).

Por otra parte, como se ha señalado, el principio de tipicidad comporta también exigencias en el plano de aplicación o ejercicio de la potestad sancionadora, y ello en un doble sentido. Desde un punto de vista sustantivo, el principio de tipicidad impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora. Y, desde un punto de vista formal, el órgano sancionador debe precisar de manera suficiente y correcta, a la hora de dictar cada acto sancionador, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción, sin que corresponda a los órganos de la jurisdicción ordinaria buscar un tipo sancionador alternativo (STC 297/2005; STS 7-3-2011, Rec. 327/2009). En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone, además, la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma (SSTC 161/2003, 218/2005).

3.3. EL PRINCIPIO DE ANTIJURIDICIDAD

Las conductas tipificadas como infracciones han de ser siempre, formalmente, conductas antijurídicas, es decir contrarias al ordenamiento jurídico. De hecho, como las conductas tipificadas son sólo una parte de todas las conductas antijurídicas, se parte de la presunción de que si una conducta es típica es también antijurídica. No obstante, en aplicación analógica del Código Penal, esta afirmación presenta algunas excepciones: actuación en legítima defensa, actuación en el ejercicio legítimo de un derecho o en el cumplimiento de un deber y actuación en estado de necesidad justificante (siempre que los bienes jurídicos en conflicto sean merecedores al menos de una protección similar —STS 7-11-2007, Ar. 2008/1.430—). En estas circunstancias aunque la conducta sea típica estará justificada y, por ello, no será antijurídica. Un caso paradigmático es el constituido por aquellas conductas que, aun cuando son aparentemente subsumibles en la acción u omisión tipificada como infracción, no son antijurídicas pues constituyen el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, actuación ésta que nunca puede ser objeto de sanción, pues la dimensión objetiva de los derechos fundamentales proscribire reacciones de los poderes públicos que supongan un sacrificio desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio (SSTC 185/2003, 124/2005). Así, por ejemplo, la negativa a autoinculparse no puede ser válidamente considerada como constitutiva de una infracción de falta de colaboración con la Administración. Igualmente, no es lícito sancionar como infracción del deber de no obstaculizar la inspección administrativa la conducta de un particular de no permitir el acceso a su domicilio sin autorización judicial, pues no es sino ejercicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (SSTSJ de Madrid de 31 de marzo de 2011, recurso de apelación 301/2010; de 23 de febrero de 2012, recurso de apelación 986/2010).

3.4. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Este principio significa que la acción u omisión tipificada como infracción administrativa debe ser imputable subjetivamente a una persona. Así, el Tribunal Constitucional —STC 76/1990— tiene declarado que el principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva, es decir la imputación meramente objetiva del hecho a una persona, sin que medie dicho elemento subjetivo. La vigencia del principio de culpabilidad conlleva importantes consecuencias.

En primer lugar, no cabe imponer una sanción cuando concurra alguna causa que excluya la culpabilidad, como son la inimputabilidad —la minoría de edad (que no se determina con carácter general), la enajenación o el trastorno mental transitorio—, la no exigencia de otra conducta en las circunstancias concretas enjuiciadas, o la falta de conciencia del injusto —que en un ordenamiento tan prolijo y cambiante como el administrativo presenta un juego no desdeñable—.

En segundo lugar, para que exista responsabilidad administrativa es necesario que la infracción se haya realizado con dolo o, al menos, con culpa o imprudencia —art. 28.1 LRJSP—. En la imputación por culpa o imprudencia se plantea con frecuencia el valor del error (tanto de hecho como de derecho o *error de prohibición*) del sujeto que realiza la conducta infractora. Por lo general, la jurisprudencia —p. ej., STS 18-1-1999, Ar. 163— diferencia entre un error invencible o vencible, entendiendo por

«error invencible» aquel que el sujeto no habría superado aunque hubiera actuado con toda la diligencia que le es exigible. En este caso se exime de responsabilidad al sujeto, mientras que si el error es vencible sólo actúa de circunstancia atenuante (SAN 31-1-2008, Ar. 10). Un caso típico de error invencible se presenta cuando el particular actúa amparado en la creencia de la licitud de una autorización administrativa que es posteriormente anulada (STS 9-10-2009, recurso de casación 3526/2005). Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de profesionales de un sector «difícilmente se les podrá atribuir un error invencible en cuanto al contenido y alcance de las normas reguladoras del desarrollo de sus funciones, y ello porque si la infracción se ha cometido por un profesional al cual, para ser tal, se le presumen ciertos conocimientos, no es posible que invoque eficazmente la ausencia de dichos conocimientos para excluir su culpabilidad» (SAN 14-12-2006, Ar. 215 de 2007).

De otro lado, mientras en Derecho Penal se ha entendido tradicionalmente que, en virtud de este elemento volitivo, sólo pueden considerarse penalmente responsables de las infracciones penales a las personas físicas, la Ley 30/1992, siguiendo un criterio ya presente en diversas leyes sectoriales, permitió considerar como responsables de la infracción a las propias personas jurídicas. Por su parte, la LRJSP —art. 28.1—, siguiendo el criterio establecido en el ámbito tributario —art. 179 LGT—, dispone que podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa, no sólo las personas físicas y jurídicas, sino también, «cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos».

A este respecto, el Tribunal Constitucional —SSTC 75/1990, 246/1991— tiene declarado que, aun cuando falta en las personas jurídicas el elemento volitivo en sentido estricto, tienen *capacidad de infringir* las normas a las que están sometidas, en el sentido de que ciertas conductas de incumplimiento de los deberes legales son realizadas por personas jurídicas. «Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma». Más discutible es, sin embargo, la jurisprudencia que admite la imposición de sanciones entre Administraciones Públicas (SSTS 3-7-1997, Ar. 5829, 7-11-2007, Ar. 2008/1420), pues la sanción —ordinariamente la multa— recae, en última instancia, sobre los ciudadanos, dejando impunes a los responsables de la infracción, por ello es saludable el criterio seguido en alguna ocasión de imponer la sanción directamente a la persona titular del órgano correspondiente (STS 18-11-2009, recurso de casación 496/2008).

En tercer lugar, el principio de culpabilidad proscribire que se pueda imponer a nadie una sanción por un hecho de un tercero —*principio de personalidad de las sanciones*—. De este modo, por regla general sólo son responsables de la infracción el autor o autores de la misma. No obstante, en el Derecho Penal se viene admitiendo la responsabilidad por hecho de tercero cuando el sujeto imputado se encuentra en una «posición de garante» del bien jurídico protegido. Y, en este sentido, son cada vez más generalizados los preceptos legales que en los distintos sectores de la actividad pública extienden la responsabilidad administrativa, incluso con carácter solidario, a la persona (física o jurídica) titular de la actividad de que se trate en relación con las infracciones cometidas por las personas de ella dependientes o a su servicio, y ello sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que resulten procedentes. Con todo, debe subrayarse que no se trata de una atribución de responsabilidad objetiva que se produzca en todo caso, sino que tales sujetos sólo serán responsables si concurre dolo o —lo más frecuente— culpa (generalmente, *in vigilando*).

Por su parte, la LRJSP —art. 28.4— ofrece dos opciones legales: las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores «podrán» tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Se trataría, por tanto, de un tipificar una infracción específica. Y, asimismo, tales leyes «podrán» prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas. Aquí se trataría de responder, de forma solidaria o subsidiaria, según determinen las leyes sectoriales, de las infracciones cometidas.

Finalmente, siguiendo el criterio de la Ley 30/1992, la LRJSP —art. 28.3— establece que cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma *solidaria* de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan —p. ej., tanto el promotor de una obra como el empresario que la ejecuta están obligados a respetar la legalidad de la misma—. No obstante, añade la LRJSP: «cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable».

3.5. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES

La LRJSP —art. 30.1— dispone que las infracciones prescribirán según lo dispuesto en las Leyes que las establezcan. Por tanto, la LRJSP renuncia a establecer plazos comunes de prescripción, si bien debe observarse que —conforme a la doctrina constitucional— exige que sea una norma con rango de ley la que determine los plazos de prescripción. No obstante, la LRJSP —art. 30.1— sí contiene determinados plazos con carácter supletorio. En efecto, si las leyes sectoriales no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Por lo general, los plazos fijados por las leyes sectoriales suelen ser más dilatados (p. ej., art. 51 Ley 22/2011 de Residuos y suelos contaminados).

— *Determinación de la fecha inicial —dies a quo—*. Según la LRJSP —art. 30.2— el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Por tanto, la fecha inicial no es el día en que la Administración tenga conocimiento de la infracción sino el de su comisión. No obstante esta regla puede plantear problemas en el caso de *infracciones continuadas* —p. ej., la realización de una obra ilegal—, sin que la Ley 30/1992 diera respuesta a tales supuestos. Para estos casos, las leyes sectoriales suelen establecer que el plazo de prescripción se computará a partir de la total consumación de la conducta constitutiva de infracción, es decir, desde el cese completo de la conducta infractora, criterio seguido por la LRJSP —art. 30.2—, al declarar que en el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, que determina la imposibilidad de ejercer la potestad administrativa sancionadora *sine die*, la jurisprudencia señala que deben analizarse las circunstancias de cada caso (STS 11-6-2013). De otro lado, algunas leyes sectoriales disponen que en el caso de que los hechos o actividades constitutivos de infracción fueran desconocidos por carecer de signos externos, dicho plazo se computará desde que estos se manifiesten —art. 51 Ley 22/2011 de Residuos y suelos contaminados—.

— *Interrupción*. Según la LRJSP —art. 30.2—, interrumpe la prescripción de la infracción la iniciación, con conocimiento del interesado (lo que exige su notificación, según la STS 26-1-2007, La Ley Juris: 11020/2007), del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. Por tanto, el inicio de diligencias reservadas o informaciones previas no interrumpe la prescripción de la infracción (así expresamente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —art. 48—). No obstante, debe advertirse que, en determinados ámbitos —p. ej., infracciones tributarias y del orden social— se establece que la iniciación de las actuaciones inspectoras conducente a la comprobación de la infracción, con conocimiento formal del sujeto pasivo, comporta ya la interrupción en el cómputo de los plazos de prescripción. Asimismo, en algunas materias se establece que la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal (a la que nos referiremos más adelante) interrumpe el plazo de prescripción —art. 189 LGT—.

— *Determinación de la fecha final —dies ad quem—*. Según la doctrina del Supremo (STS 15-12-2004, recurso de casación en interés de la Ley n.º 97/2002), la posibilidad de prescripción de la infracción termina en el momento en que la Administración dicta y notifica la resolución sancionadora, ejercitando así la potestad sancionadora. Por tanto, en caso de impugnación de la sanción, las eventuales demoras en la resolución del recurso administrativo únicamente darán lugar a la ficción del silencio desestimatorio y podrán tener relevancia respecto de la prescripción de la sanción, pero no ya de la infracción (STC 91/2003). No obstante, a la vista de la doctrina más reciente —a la que nos referimos más adelante— según la cual para que la resolución sancionadora sea ejecutiva es necesaria la resolución expresa del recurso interpuesto, un sector de la doctrina defiende que, si no hay sanción firme hasta ese momento, el plazo de prescripción de la infracción debería seguir abierto.

— *Efectos*. La prescripción de la infracción extingue la responsabilidad administrativa. Ahora bien, tal como declaran algunas Leyes sectoriales —p. ej., art. 93 Ley 22/1988 de Costas—, la prescripción de la infracción no impide la exigencia de la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior —p. ej., una obra ilegal—, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

4. LAS SANCIONES Y OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

4.1. CONCEPTO Y CLASES

4.1.1. *Concepto de sanción administrativa y delimitación de otras medidas*

Las sanciones administrativas pertenecen al género de las resoluciones de gravamen, es decir, aquellas que restringen la esfera de los ciudadanos. Más específicamente, y al igual que las penas del Derecho Penal, las sanciones administrativas consisten en la privación, restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos del sujeto responsable de la infracción, precisamente como reacción —castigo— a la comisión de la misma. Es decir, la sanción se caracteriza por su finalidad represiva, retributiva o de castigo, basada en una previa valoración negativa —reproche— de la conducta del sujeto responsable (STC 276/2000).

De este modo, las sanciones deben diferenciarse de otras medidas restrictivas de los derechos individuales que no responden a una finalidad retributiva sino a otros fines, como la coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes (caso de las

multas coercitivas del art. 103 LPAC y de los recargos tributarios), la previsión ante posibles incumplimientos (caso de las prohibiciones de contratar con la Administración del art. 60 LCSP) o el restablecimiento objetivo de la legalidad o tutela de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento en situación de riesgo —SSTC 144/1987, 119/1991—, y ello sin comportar reproche alguno de responsabilidad. Así, por ejemplo, tanto el Decreto-Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el T.R., la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios —art. 51.3— como la Ley 14/1986 General de Sanidad —art. 37— declaran que no tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto no se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, ni la retirada del mercado precautoria o definitiva de productos o servicios por las mismas razones.

Igualmente, se ha considerado que la orden de devolución del extranjero en caso de entrada ilegal en España, «en tanto que consiste en la decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar en nuestro país eludiendo los requisitos que para ello exige la legislación en materia de extranjería, no supone el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada [...]. A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la “función represiva, retributiva o de castigo” propia de las sanciones» (STC 17/2013).

Más discutida es la naturaleza del acto por el que se revoca una autorización o licencia previa por incumplimiento de las condiciones ordenadas en la norma o en la propia licencia: esta medida es calificada de sanción principal o accesoria en múltiples Leyes sectoriales (las llamadas *sanciones rescisorias*), y en tal sentido se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional (STC 126/2005); en cambio, otra línea doctrinal entiende que en tanto la revocación de una licencia (al igual que su no otorgamiento) se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración competente (STC 181/1990). Y, en este sentido, la jurisprudencia ordinaria considera que en los casos de autorizaciones de funcionamiento la revocación del título administrativo habilitante constituye una condición resolutoria incorporada al mismo (STS 16-12-2004, Ar. 976 de 2005). Igualmente, carece de naturaleza sancionadora el reintegro de una subvención por incumplimiento de las condiciones impuestas (SSTS 26-6-2007, Ar. 3.925; 7-7-2010, Rec. de casación 5577/2007).

Asimismo, no constituyen sanción en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley, las penalidades contractuales previstas en el pliego del contrato. Así, mientras respecto de las primeras se necesita, para aplicar la sanción, una prueba de culpabilidad que permita entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (STS de 13 de febrero de 2012, RC 719/2010).

De otro lado, aun cuando la finalidad primordial de la sanción es *retributiva* o *represiva*, puede aceptarse que, al igual que las penas, las sanciones administrativas, en

lo que tienen de disuasión de conductas infractoras, cumplen también una finalidad de *prevención general*, si bien debe precisarse que este efecto de prevención general no depende tanto de la gravedad de la reacción represiva prevista en las normas sancionadoras, como de la percepción por parte de los destinatarios de las mismas de la existencia de un aparato administrativo razonablemente eficaz que respalde su cumplimiento —básicamente que existan y funcionen unos servicios policiales de vigilancia y/o unos servicios técnicos de inspección—. En palabras de Beccaria, «la certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, hace siempre más impresión que el temor de otro más terrible si va unida a la esperanza de la impunidad». Y, por último, cada vez cobra más vigencia la necesidad de dotar a las sanciones de una función de *prevención especial*, en el sentido de que la aplicación de la sanción contribuya a que el infractor no vuelva a infringir la norma (por ejemplo, la imposición a determinados infractores de las normas de tráfico de la obligación de superar un curso formativo).

4.1.2. *Clases de sanciones*

La sanción administrativa más común es la multa, que consiste en la imposición al responsable de la infracción de la obligación de pagar una cantidad líquida de dinero. El principio de legalidad en materia sancionadora exige que la cuantía de la multa esté predeterminada, dentro de unos márgenes, en la Ley, si bien las Leyes sectoriales suelen autorizar al Gobierno respectivo para actualizar la cuantía de las multas, atendiendo a la variación que experimente el índice de precios al consumo. No obstante, la LRJSP —art. 29.2— recoge la regla de prohibición de beneficio económico, según la cual el establecimiento de sanciones pecuniarias debe prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Así, por ejemplo, en materia urbanística se establece que cuando la suma de la sanción impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado arrojase una cifra inferior al beneficio obtenido, se incrementará la cuantía de la multa hasta alcanzar el montante del mismo. En otros casos se va más lejos, contemplándose la posibilidad de que la sanción sea aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor (Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación —art. 32—).

Asimismo, junto a las multas, existen otras sanciones, principales o accesorias, muy variadas: suspensión temporal o revocación de autorizaciones y concesiones (en el caso de que pueda considerarse sanción, según se indicó más arriba), cierre temporal o definitivo de locales e instalaciones, inhabilitación temporal para el ejercicio de determinadas actividades —p. ej., la prohibición de cazar o pescar durante un plazo—... Asimismo, la jurisprudencia ha declarado el carácter de sanción de la declaración de pérdida total o parcial de los puntos asignados con la obtención del carné de conducir (STS 4-6-2009, recurso de casación 25/2006). En todo caso, la propia Constitución —art. 25.3— establece que la Administración «civil» no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente (p. ej., por impago de una multa), impliquen privación de libertad —así LRJSP art. 29.1—, que quedan, por tanto, reservadas al orden jurisdiccional penal.

De otro lado, como *sanciones accesorias* para determinadas infracciones graves y muy graves son frecuentes las sanciones de prohibición de contratar con la Administración pública (art. 60 LCSP) y de inhabilitación para ser beneficiario de subvenciones, incentivos fiscales (p. ej., art. 186 LGT). Por último, con cierta frecuencia, el

legislador sectorial contempla la posibilidad de imponer como *medida complementaria* a determinadas infracciones graves o muy graves la publicación de la sanción misma, una vez que ésta haya alcanzado firmeza, y cuya función consiste claramente en una advertencia a la opinión pública acerca de la conducta —gravemente— ilegal de determinados operadores, lo cual puede, en ocasiones, ser más gravoso para los infractores que la sanción misma (caso de fabricantes, comercios y otras empresas), y que la jurisprudencia considera que no constituye una sanción (STS 21-7-2009, recurso de casación para la unificación de doctrina 507/2008).

4.2. CRITERIOS DE GRADUACIÓN Y APLICACIÓN

Por lo general, las normas sectoriales no fijan una sanción exacta para cada infracción, sino que contemplan unos márgenes —por ejemplo, una multa de hasta tantos euros, o una clausura del establecimiento de hasta tantos años—. Así, el Tribunal Constitucional —STC 113/2002— ha declarado que la exigencia de que la Ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Y, en este sentido, la generalidad de las leyes sectoriales contienen los criterios que deben presidir la determinación de la sanción.

A este respecto, el principio general de aplicación en esta materia ha de ser el *principio de proporcionalidad*, en el sentido de que exista la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción —art. 29.3 LRJPAC—. Así, la jurisprudencia tiene establecido que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

Pero, además, la LRJSP —art. 29.3— considera especialmente como criterios o circunstancias a valorar las siguientes: *a)* el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, esto es un criterio subjetivo, en función de que la infracción sea cometida por simple negligencia o abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad de que se trate de forma —culpa— o, por el contrario, de forma consciente y deliberada —dolo—; *b)* la continuidad o persistencia en la conducta infractora (criterio introducido por la LRJSP), es decir si la infracción se agotó en un único acto o supuso una conducta repetida o continuada en el tiempo; *c)* la naturaleza de los perjuicios causados, es decir un criterio objetivo, y aun cuando la LRJSP se refiere únicamente a perjuicios causados, con mayor razón deben tenerse en cuenta si se trata de una infracción de peligro; *d)* la reincidencia, que la LRJSP define como la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme, entendiéndose la jurisprudencia por tal cuando pone fin a la vía administrativa y es, por tanto, ejecutiva, sin que sea preciso esperar para ello a que esa sanción alcance firmeza en la vía jurisdiccional —SSTS 24-1-2002, Ar. 1576, 31-1-2007, Ar. 1.028—. Asimismo, las leyes sectoriales contemplan otros criterios de graduación, como la subsanación de la infracción por propia iniciativa del infractor o la reparación de los daños o perjuicios causados (Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), o el beneficio económico obtenido por el infractor (Ley de Montes —art. 75—; Ley de Residuos y suelos contaminados —art. 48 —). En todo caso, debe entenderse que el elemento de agravación no puede formar parte del tipo básico de la infracción (STS 10-9-2009, recurso contencioso-disciplinario 70/2008).

De otro lado, la LRJSP —art. 26.4— establece que las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica. Y, en este sentido, el Código Civil —art. 4.2— establece que las leyes penales no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente comprendidos en ellas. Y el propio Tribunal Constitucional (SSTC 75/1984, 182/1990) tiene declarado que el principio de legalidad del art. 25.1 CE, en su vertiente material, no admite la aplicación analógica *in peius*, es decir la perjudicial para el infractor (analogía *in malam partem*), de modo que las normas sancionadoras deben ser objeto de una aplicación rigurosa, en el sentido de sancionar únicamente a las conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito en la norma, pues, en caso de admitir el uso de estas técnicas jurídicas, «éstas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes» (STC 229/2007). No obstante, se suscita la cuestión de si, a pesar de la declaración general de la LRJSP, debe admitirse la llamada analogía *in bonam partem* o favorable al inculpaado.

4.3. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad administrativa derivada de la comisión de una infracción puede extinguirse en virtud de diversas causas: cumplimiento de la sanción —por ejemplo, abono de la multa—, desaparición de algún presupuesto —por ejemplo, fallecimiento del infractor, dado que la responsabilidad es personalísima, o por destitución sobrevenida de la infracción, en virtud de la retroactividad de las normas sancionadoras beneficiosas—, e, incluso, por condonación o perdón de la responsabilidad, que aun cuando no se admite con carácter general, sí se contempla en determinadas materias —muy señaladamente en el ámbito tributario—, con un claro componente discrecional (STS 4-5-1999, Ar. 4.067), y que en todo caso debe estar sujeta a los límites previstos para este tipo de actos revocatorios por la LPAC —art. 109.1—. Ahora bien, como es lógico, la extinción sobrevenida de la persona jurídica autora de una infracción antes de ser sancionada no debe suponer la extinción de la responsabilidad, pues en tal caso sería un cómodo expediente para eludir las responsabilidades. Por ello, algunas Leyes establecen expresamente que en estos casos se considerarán autores a las personas físicas que, desde sus órganos de dirección o actuando a su servicio o por ellas mismas, determinaron con su conducta la comisión de la infracción. No obstante, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia tiene declarado que la derivación de responsabilidad a sujetos distintos del sancionado exige su previsión normativa expresa, por exigencia del principio de personalidad de las sanciones (STS 1-12-2010, Rec. de casación para la unificación de doctrina 270/2006).

En todo caso, la forma más importante de extinción de la responsabilidad administrativa es la prescripción de la sanción, como institución derivada del principio de seguridad jurídica. Al igual que lo establecido en relación con la prescripción de las infracciones, la LRJSP —art. 30.1— dispone que las sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. Es decir, los plazos de prescripción de las sanciones graves y muy graves son los mismos que los de las infracciones de igual naturaleza —dos y tres años respectivamente—, de modo que la única variación consiste en duplicar el plazo de prescripción de las sanciones leves —que pasa de seis meses a un año—. Por lo demás, los plazos

específicos fijados en las normas sectoriales suelen ser más dilatados que los previstos supletoriamente en la LRJPAC (figura 3).

En cuanto al cómputo del plazo, la LRJSP —art. 30.3— establece que el plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Asimismo, según la LRJSP —art. 30.3—, interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor. A esta respecto, el Tribunal Supremo había fijado la doctrina legal según la cual «interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción» (STS 22-9-2008), doctrina cuestionable pues supone extraer del incumplimiento por parte de la Administración del deber legal de resolver en plazo una consecuencia negativa para los derechos de los ciudadanos. Para salir al paso de esta doctrina jurisprudencial, la LRJSP —art. 30.3— ha añadido un precepto conforme al cual en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

FIGURA 3

Plazos supletorios de prescripción

	LEVES	GRAVES	MUY GRAVES
INFRACCIONES	6 MESES	2 AÑOS	3 AÑOS
SANCIONES	1 AÑO	2 AÑOS	3 AÑOS

4.4. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*4.4.1. *Concurrencia de infracción penal y administrativa*

Puede darse la circunstancia de que una misma conducta sea constitutiva tanto de infracción penal como administrativa. No obstante, la propia unidad del ordenamiento jurídico obliga a que en tales casos se imponga una única sanción: es el clásico principio *non bis in idem*, en virtud del cual nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho. Y aun cuando este principio no está explicitado en la Constitución, tempranamente el Tribunal Constitucional —STC 2/1981— entendió que se trata de un principio inherente al principio de legalidad, éste sí proclamado —como nos consta— en el art. 25.1 CE.

Ahora bien, la LRJSP —art. 31.1—, recogiendo una doctrina del propio Tribunal Constitucional, establece que para la aplicación del principio *non bis in idem* no basta la identidad de «sujetos» y «hechos», sino que también el «fundamento» de ambas sanciones debe ser coincidente, es decir, los intereses públicos protegidos por ambas sanciones han de ser los mismos. Esta doctrina ha llevado —STC 112/1990— a la admisibilidad constitucional de la doble sanción penal y administrativa en los casos de las llamadas *relacio-*

nes de sujeción especial como sucede con las sanciones disciplinarias a funcionarios (STC 98/1989), cuando el fundamento de ambas sanciones no sea coincidente. Así, la jurisprudencia exige que ambas infracciones no incidan sobre el mismo bien jurídico, es decir, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (STC 236/2007; STS 27-11-2001, Ar. 2.938).

En todo caso, siempre que resulte aplicable el principio *non bis in idem* ante la concurrencia de sanciones penales y administrativas, éste se resuelve mediante la prevalencia de la justicia penal sobre la administrativa, prevalencia que presenta una manifestación sustantiva y otra procesal. Desde el primer punto de vista, se entiende que prevalece la sanción penal (SSTC 77/1983, 159/1985, 87/1986, 234/1991), la cual absorbe y excluye a la administrativa (p. ej., Ley de Montes —art. 72—). Desde el punto de vista procedimental, la LPAC —art. 77.4— dispone que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien, vinculación que alguna resolución ha llevado incluso a los hechos declarados no probados en la sentencia (STS de 22 de febrero de 2011, recurso 587/2009).

Debido a esta prevalencia del orden penal, por lo general, las leyes establecen que cuando el supuesto hecho infractor pudiera ser constitutivo de delito o falta, se dará traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal, suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no hubiera dictado resolución firme que ponga fin al procedimiento o tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. De no haberse apreciado la existencia de delito o falta, el órgano administrativo competente continuará el expediente sancionador (p. ej., Ley de Montes —art. 72—, o Ley 22/2011 de Residuos y suelos contaminados —art. 52—). Y este principio de preferencia de la jurisdicción penal, ha llevado a entender que si la Administración no paraliza el procedimiento sancionador y procede a imponer la sanción, debe anularse la sanción administrativa indebidamente impuesta y aplicarse la pena establecida (STC 1/2003).

4.4.2. *Concurrencia de infracciones administrativas*

En un ordenamiento administrativo tan complejo como el nuestro puede suceder también que los mismos hechos estén tipificados en dos Leyes administrativas diferentes, dando lugar a lo que técnicamente se denomina «concurso de leyes» (por ejemplo, la falta de hojas de reclamaciones en un establecimiento turístico puede estar sancionada tanto en la Ley de Turismo como en la Ley de defensa de los consumidores). En estos casos, dado que el principio *non bis in idem* prohíbe la doble sanción por los mismos hechos, la cuestión que se plantea es determinar qué norma debe prevalecer y cuál debe quedar desplazada en su aplicación. A este respecto, se suelen seguir las reglas siguientes: *a)* El precepto especial se aplicará con preferencia al general, siempre que la sanción no sea menos grave que la del precepto desplazado. *b)* El precepto más amplio o complejo absorberá el que sancione las infracciones consumidas en aquél. *c)* En defecto de los criterios anteriores, el precepto más grave excluirá los que sancionen el hecho con una sanción menor (por ejemplo, Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —art. 31—; o Ley 22/2011, de Residuos y Suelos contaminados —art. 52—).

En todo caso, como tiene señalado la jurisprudencia (SSTS de 20-3-2007, Ar. 2324, 2-10-2007, Ar. 7204), la aplicación del principio *non bis in idem* precisa que se

trate del mismo hecho o actuación infractora, pues en caso de actuaciones diversas se trataría también de infracciones diversas (*concurso real de infracciones*). No obstante, de este criterio se excluyen los supuestos de *concurso medial de infracción*, en los cuales una infracción es medio necesario para cometer la otra (STS 21-11-2007, Ar. 8482), y de *infracciones continuadas* (STS 27-12-2007, Ar. 1502 de 2008). Con todo, en el caso de infracciones continuadas, la LPAC —art. 63.3— establece que puede iniciarse un nuevo procedimiento sancionador una vez que haya recaído una primera resolución sancionadora con carácter ejecutivo, naturalmente si la conducta infractora persiste (así, STS de 25 de mayo de 2012, RC 339/2011).

4.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIMANANTE DE LA INFRACCIÓN

En el caso de infracciones de resultado, y con independencia de las sanciones que puedan ser impuestas, los infractores pueden incurrir en una responsabilidad de orden patrimonial por los daños causados por la conducta infractora. Esta responsabilidad patrimonial o civil presenta dos modalidades:

— *La reposición de la situación alterada al estado anterior* La LRJSP —art. 28.2— dispone que las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario —p. ej., a la demolición de una edificación ilegal—. En caso de incumplimiento de este deber de reparación, la Administración puede proceder a su ejecución subsidiaria con cargo al infractor, y, cuando así lo autoricen las Leyes —art. 103 LPAC—, a la imposición de multas coercitivas. Por último, aun cuando es un criterio cuestionable, algunas Leyes someten a prescripción esta facultad de ordenar la restauración de la legalidad —p. ej., en materia urbanística—. Otras, en cambio, establecen que la obligación de reparación es imprescriptible en determinados supuestos (p. ej., Ley de Montes respecto a los daños al dominio público forestal —art. 77—).

— *La indemnización por daños y perjuicios*. Cuando la restitución y reposición del estado anterior no fuera posible y en todo caso, cuando se hayan producido daños y perjuicios causados a la Administración —p. ej., a los bienes y servicios públicos—, los responsables de actividades infractoras están obligados a abonar la correspondiente indemnización —art. 28.2 LRJSP—. Para ello, la LRJSP faculta al órgano competente que resuelve el procedimiento sancionador para determinar y exigir los daños y perjuicios causados por el infractor. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá mediante el apremio sobre el patrimonio —art. 101 LPAC—.

Cuando las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a las Administraciones y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiera quedado determinada en el expediente sancionador, se fijará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad (sancionadora). La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa —art. 90.4 LPAC—.

Debe añadirse que alguna ley prevé expresamente que cuando sea declarado autor de los hechos cometidos un menor de dieciocho años no emancipado o una persona

con la capacidad modificada judicialmente, responderán, solidariamente con él, de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, según proceda (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —art. 42.3—).

5. LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

5.1. LA GARANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

Saliendo al paso de algunas normas preconstitucionales que admitían la imposición de «sanciones de plano», la LPAC —art. 63.2— establece que «en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el oportuno procedimiento». En este sentido, ya tempranamente el Tribunal Constitucional —STC 18/1981— declaró que los valores que se recogen en el art. 24 CE «no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, *sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión*, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, y alegar lo que a su derecho convenga» (doctrina reiterada, entre otras, en SSTC 7/1998, 14/1999, 2/2003).

De este modo, toda sanción administrativa debe adoptarse a través de procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE (STSC 125/1983). En concreto, según el Tribunal Constitucional —STC 116/2002— son trasladables al procedimiento sancionador las siguientes garantías del artículo 24 CE: «el derecho de defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho de la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recae sobre la Administración, y con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes o necesarios para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos».

Y debe resaltarse que, en contra del criterio de alguna jurisprudencia ordinaria, el Constitucional tiene establecido que el posterior proceso contencioso no puede subsanar la infracción de estos derechos y principios esenciales derivados del art. 24.2 CE, pues el objeto del proceso contencioso-administrativo no es ejercer el *ius puniendi* del Estado, sino revisar la legalidad de los actos de la Administración. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa «se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE» (SSTC 125/1983, 89/1995, 145/2011). En cambio, sí parece admitirse la subsanación de las irregularidades en el recurso de alzada (59/2004, 175/2007).

De otro lado, siempre y cuando se respeten las garantías derivadas del derecho de defensa antes señaladas, la doctrina constitucional admite que el legislador puede imponer al procedimiento sancionador la brevedad de los plazos que sea razonable y necesaria para atender en cada caso al principio de celeridad (STC 236/2007). En este sentido, la LPAC —art. 96.5— dispone que en el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que quepa la oposición expresa por parte del interesado.

5.2. INICIACIÓN

5.2.1. *Actuaciones precedentes*

Los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio por acuerdo del órgano competente —art. 63.1 LPAC—. Otra cosa es que el acuerdo de incoación podrá precedido de determinadas actuaciones previas, que conforme a la LPAC —art. 55.2—, se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

De otro lado, como en todos los procedimientos que se inician de oficio —art. 58 LPAC—, el acuerdo de incoación puede ser adoptado por propia iniciativa del órgano competente o bien como consecuencia de algunas de las actuaciones siguientes:

— Por orden superior: la orden expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron —art. 60.2 LPAC—.

— A petición razonada de otros órganos: las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron —art. 61.3 LPAC—.

— Por denuncia: las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que pudieran constituir una infracción administrativa, la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables —art. 62.2 LPAC—. Asimismo, con el fin de incentivar la presentación de denuncias, la LPAC —art. 62.4— establece que cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para

ordenar la misma y se repare el perjuicio causado. Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga. En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

En todo caso, debe recordarse que la formulación de la denuncia no produce por sí misma la iniciación del procedimiento, sino que ésta precisa que recaiga el acuerdo del órgano competente (así, STS de 15 de marzo de 2011, recurso de casación 2.936/2008). Ahora bien, dado el carácter reglado de la potestad sancionadora, debe entenderse que si la denuncia aparece fundada, en el sentido de que ofrece indicios racionales de la comisión de una infracción o irregularidad, la Administración está obligada a realizar la actuación proporcionada para su verificación, y ello independientemente de la ulterior decisión, una vez efectuada la actividad de investigación y comprobación, acerca de si incoa o no un procedimiento sancionador (así STS 28-12-2004, Ar. 1.121). Es decir, se admite la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al denunciado sino que la Administración acuerde la incoación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de sus atribuciones (SSTS de 5 y 7 de diciembre de 2011, recs. n.ºs 320 y 168/2010).

5.2.2. *El acuerdo de incoación*

La competencia para ordenar la incoación del procedimiento sancionador no tiene por qué coincidir o restringirse a aquellos órganos o Administraciones competentes para su resolución, sino que puede corresponder a órganos diferentes. Se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo —art. 63.1 LPAC—.

En cuanto al contenido del acto de incoación, la LPAC —art. 64.2— dispone que el acuerdo de iniciación deberá contener al menos: *a)* Identificación de la persona o personas presuntamente responsables. *b)* Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción. *c)* Identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos. *d)* Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad. *e)* Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador. *f)* Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada. *g)* Informar sobre la reducción de la sanción en caso de pago voluntario —art. 85.3—.

El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados,

entendiendo en todo caso por tal al inculpado. Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean —art. 64.1—.

De hecho, la LPAC —art. 53.2.a)— reconoce al presunto responsable el derecho a «ser notificado de los hechos que se le imputen, las infracciones que tales hechos puedan constituir y las sanciones que, en su caso, se pudieran imponer, así como la identidad del instructor, y de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia». Tradicionalmente esta información se hacía en el «pliego de cargos» que debía formular el Instructor, pero la LPAC ha llevado esta información al acto mismo de incoación. No obstante, la LPAC —art. 64.3— admite que excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados. En todo caso, la jurisprudencia suele entender que la falta de notificación del pliego de cargos vicia el procedimiento sancionador, al causar indefensión al inculpado —STS 16-11-2001, Ar. 1479 de 2002—.

Respecto a la indicación según la cual la iniciación podrá ser considerada «propuesta de resolución» cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, debe señalarse que, en tales casos, el Supremo ha entendido que no debe prescindirse de la audiencia (STS 5-12-2001, Ar. 508 de 2002).

Finalmente, la jurisprudencia tiene declarado que, aun cuando el acto de iniciación del procedimiento sancionador, al ser un acto de trámite, no es susceptible de impugnación jurisdiccional, ésta sí es posible cuando el acto incorpora alguna medida cautelar que afecte a los derechos fundamentales del inculpado (STS de 25 de enero de 2007, Ar. 603; SSTS de 9 y 16 de marzo de 2007, Ar. 2.295 y 1.639).

5.3. TRAMITACIÓN

5.3.1. *Instructor e interesados en el procedimiento*

La función del instructor del procedimiento sancionador puede sintetizarse en la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades. La Ley 30/1992 importó un principio impuesto por el Tribunal Constitucional —STC 145/1988— al proceso penal, y que recoge la LPAC —art. 63.1— al disponer que los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la «debida separación entre la fase instructora y la sancionadora», que se encomendará a órganos distintos». Por tanto, un mismo órgano no puede acumular las competencias de instrucción y resolución del procedimiento sancionador. No obstante, la jurisprudencia ha interpretado de un modo flexible esta exigencia —p. ej., STS 21-1-2002, Ar. 2.515, que admitió que el instructor de un procedimiento participara en el órgano colegiado que acordó la resolución del mismo—. Asimismo, se ha declarado que es irrelevante que el instructor sea el mismo funcionario que denunció los hechos (STS 3-3-2010, recurso de casación 7.561/2005).

En cuanto a los interesados, según una jurisprudencia tradicional, en los procedimientos sancionadores no hay más interesado que el propio inculpado, y el denunciante es un tercero simple que carece de cualidad de parte legítima. Sin embargo, la doctrina (REBOLLO PUIG, COBREROS MENDAZONA) defiende que, si bien es cierto que

el inculpado es el «interesado por excelencia», nada impide, en abstracto, reconocer al denunciante el estatus de interesado siempre que en él concurra alguna de las situaciones legitimadoras definidas en la LPAC —art. 4.1—, posibilidad ésta ya prevista expresamente en algunas normas, y admitida por la jurisprudencia más reciente, siempre que dicha pretensión pueda ocasionar, y de modo no sólo hipotético o indirecto, un efecto beneficioso para quien la insta (SSTS 28-12-2004, Ar. 1121; 11-4-2006, Ref. Iustel: §250429; 24-1-2007, La Ley Juris: 10808/2007). Por su parte, la LPAC —art. 62.5— establece que la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento, pero admite implícitamente que puedan existir terceros diversos del inculpado, al establecer que el acuerdo de incoación se notificará a los interesados, entendiendo «en todo caso» por tal al inculpado —art. 64.1—.

Asimismo, debe recordarse que, en determinados ámbitos en los que los intereses protegidos por la legalidad son eminentemente colectivos (como la salud pública o el medio ambiente), el legislador ha reconocido una acción pública o popular para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales la observancia de la legalidad (Ley 22/1988 de Costas —art. 109.1—, Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español —art. 8.2—, Ley 27/2006 en relación con el acceso a la justicia en materia de medio ambiente —art. 22—; Texto Refundido Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana —arts. 5.f) y 62—).

5.3.2. *La formulación de la acusación*

En todo caso, para hacer efectivo el derecho a la defensa del inculpado, una de las actuaciones iniciales de la instrucción del procedimiento sancionador, si no se ha efectuado en el acto de incoación, debe ser la plasmación de los hechos que puedan ser constitutivos de infracción en un pliego de concreción de hechos que debe notificarse a los interesados para que, en el plazo que determine la norma correspondiente, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes. Así, el Tribunal Constitucional tiene declarado que «no cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean vagos o indeterminados, aunque no se exige que se detallen de forma exhaustiva los hechos objeto de acusación, sino que resulta suficiente con que el pliego contenga los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica» (STC 23/2007). Así, la jurisprudencia tiene establecido que deben constar en el pliego de cargos los datos relevantes para determinar el alcance de la responsabilidad (STS 2-10-2007, Ar. 6.547).

A este respecto, debe tenerse presente, como se ha señalado antes, que el derecho a ser informado de la acusación conlleva el derecho a la inalterabilidad durante la tramitación del procedimiento sancionador de los hechos «esenciales» objeto de acusación y sanción (SSTC 169/1998, 117/2002, 205/2003, 35/2006, entre otras). Ahora bien, esta regla «no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena» (STC 116/2007). Así, la jurisprudencia admite que la calificación jurídica de los hechos imputados puede variar a lo largo de la instrucción sin que ello lesione el derecho a ser informado de la acusación (STS 26-7-2010, Rec. de casación 17/2010).

5.3.3. Prueba y presunción de inocencia

Como se ha señalado antes, la doctrina constitucional tiene reconocido que del derecho a la defensa proclamado en el artículo 24 CE se deriva el derecho de los inculcados en un procedimiento sancionador a la utilización de los medios de prueba pertinentes o necesarios para la defensa. Ahora bien, «para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho a la prueba es preciso que reúna determinados requisitos que son, en definitiva, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la prueba sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas» (STC 66/2007). Con todo, el órgano instructor no puede limitarse a alegar que la prueba propuesta se rechaza por ser improcedente. Es preciso exponer las causas por las que entiende que es improcedente, pues, caso contrario, al no motivar la decisión, el sancionado queda indefenso al no poder rebatirlas (STS 27-3-2009, recurso contencioso-disciplinario militar 73/2008).

De otro lado, el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en la Constitución —art. 24.2— de un modo explícito para el proceso penal, también fue extendido tempranamente por el Tribunal Constitucional —STC 13/1982— al ámbito del procedimiento sancionador. En este sentido, la LPAC —art. 53.2.b)— declara que los procedimientos sancionadores respetarán la «presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario». Según tiene establecido el Tribunal Constitucional el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción debe estar basada en medios probatorios de cargo o inculcados de la conducta reprochada, que desvirtúen la presunción *iuris tantum* de inocencia del inculcado; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia (*probatio diabolica* de los hechos negativos); y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (SSTC 76/1990, 45/1997, 74/2004).

No obstante, debe señalarse que la jurisprudencia y la doctrina constitucional admiten que las *pruebas indiciarias* pueden, con determinadas condiciones, ser suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que los indicios no sean meras sospechas, sino que estén probados, y que se explicita el razonamiento en virtud del cual se alcanza una conclusión a partir de tales indicios (STC 63/2007; STS 31-3-2005, STS 3-11-2009, Rec. de casación 1.820/2007). Asimismo, la jurisprudencia tiene declarado que la presunción de inocencia en materia sancionadora no abarca a todos y cada uno de los hechos que pueden ser relevantes en el seno del proceso, regidos por los principios generales distributivos de dicha carga que se recogen en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a éstos, cada parte está gravada con la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, regla condicionada a la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio (STS de 27 de enero de 2012, RC 932/2010).

Pero, sobre todo, como hacía la Ley 30/1992, la LPAC —art. 77.5— declara que los documentos (p. ej., un acta de inspección, o boletín de denuncia o atestado de un policía) formalizados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan los hechos constatados por aquellos habrá prueba de éstos, salvo que se acredite lo contrario. A este respecto, es frecuente que las Leyes sectoriales atribuyan «presunción de veracidad» a las actas levantadas por los funcionarios competentes de acuerdo con los requi-

sitos legalmente establecidos. Tal como expresa ahora la LPAC, y tiene declarado la jurisprudencia, no se trata de una presunción *iuris et de iure*, la cual sería frontalmente contraria al derecho de la presunción de inocencia (STC 341/1993), sino una presunción *iuris tantum*, cuyo efecto consiste en desplazar la carga de la prueba en contrario al administrado (entre otras muchas, STS 27-3-2006, Ref. Iustel: § 249335).

Sin embargo, como ha demostrado un sector de la doctrina (AGUADO), en puridad no existe tal presunción legal de certeza, sino, más sencillamente, una verdadera actividad probatoria de cargo, que puede ser muy variada (observación directa y personal del actuado, toma de mediciones, de muestras, de imágenes, testimonios de terceros, obtención de documentos...), realizada por un personal funcionario, dotado legalmente de unas específicas cualidades de imparcialidad y competencia profesional y formalizada en un documento público (arts. 1.216 Código Civil y 317.5 Ley de Enjuiciamiento Civil). Por esta razón, es doctrina constante que quedan fuera del valor probatorio del acta de inspección o del boletín de denuncia las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los funcionarios consignen en el mismo (STC 35/2006), pues, evidentemente, no constituyen hechos comprobados directamente por el funcionario actuante.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional —SSTC 169/1988, 76/1990, 341/1993— ha precisado que «el principio de presunción de inocencia no excluye el valor probatorio que las actas de infracción puedan tener; actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de que goza todo ciudadano». Ahora bien, aun cuando la doctrina constitucional concede que las actas de inspección no son simples denuncias desprovistas de valor probatorio, sino que gozan de fuerza probatoria en orden a la veracidad de los hechos en ellas reflejados, debe subrayarse que las actas y atestados no constituyen un medio de prueba preferencial, ni disfrutan de fuerza de convicción privilegiada, que llegara a prevalecer, sin más, frente a cualesquiera otros medios de prueba, sino que las actas de inspección tienen la misma relevancia que los restantes medios probatorios admisibles en Derecho, de modo que frente a ellas pueden prevalecer cualesquiera pruebas, libremente valoradas —SSTC 76/1990, 14/1997—.

Igualmente, la jurisprudencia tiene establecido que las denuncias o partes informativos redactados por personal simplemente habilitado por la Administración, que no es funcionario público ni agente de la autoridad, deben ser ratificados en el procedimiento para ser considerados equivalentes a una prueba testifical, sin que la falta de ratificación en vía administrativa pueda ser suplida en el posterior recurso contencioso-administrativo (STS 25-1-2005). Y, desde luego, las denuncias anónimas carecen por completo de valor probatorio (STS 1-3-2011, Sala de lo Militar, Rec. de casación 94/2010).

Finalmente, respecto al derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, la jurisprudencia tiene declarado que, al igual que en los procedimientos judiciales, este derecho impide en los procedimientos sancionadores que los funcionarios fuercen a declarar a los administrados o les obliguen a presentar documentos o pruebas para documentar los procedimientos que instruyan contra ellos bajo la amenaza de nuevas sanciones, lo que es parangonable a admitir que los jueces penales pudieran imponer penas a quienes no colaboran con ellos en buscar las pruebas para su propia condena. «Del mismo modo debe ser considerado como fraude al derecho a no declarar contra sí mismo que el silencio o la negativa del inculpado a presentar pruebas sobre los hechos que se le imputan pueda convertirse en todo caso en una presunción en su contra de la veracidad de las imputaciones» (STS 6-7-2010, Rec. de casación 446/2008).

5.3.4. *Propuesta de resolución y audiencia*

Una vez concluida la instrucción del procedimiento, la LPAC —art. 89— reconoce al órgano instructor dos posibilidades. De un lado, puede resolver la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la formulación de la propuesta de resolución, cuando en la instrucción procedimiento se ponga de manifiesto que concurre «alguna» de las siguientes circunstancias: *a)* La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción. *b)* Cuando los hechos no resulten acreditados. *c)* Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa. *d)* Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad. *e)* Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción. Lo cierto es que, salvo el último supuesto (prescripción) el resto de los casos se basan en la actividad probatoria realizada por el instructor, y que —como se verá— vincula al órgano competente para resolver —art. 90.2 LPAC—.

De otro lado, en el resto de los supuestos, el instructor debe formular una *propuesta de resolución* en la que se fijarán de forma motivada —art. 35.1.h)— los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado. Cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad y no se haga uso de la facultad antes indicada, la propuesta declarará esa circunstancia —art. 89.3 LPAC—.

La propuesta de resolución deberá ser notificada a los interesados (a efectos de cumplir el trámite de audiencia), y deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes —art. 89.2 LPAC—.

En general, esta notificación de la propuesta de resolución forma parte del derecho de defensa del inculpado y, en tal sentido, se ha apreciado como vulneración del art. 24.2 CE (derecho a ser informado de la acusación formulada contra un individuo) la falta de notificación de la propuesta de resolución cuando altera el precepto en el que se tipifica la infracción imputada respecto del acuerdo de incoación o se contempla una circunstancia agravante nueva (STC 29/1989). Por el contrario, la ausencia de notificación de la propuesta de resolución carece de relevancia constitucional si la misma reproduce el contenido del acuerdo de incoación, o en su caso del pliego de cargos, en sus elementos esenciales: relato de los hechos, calificación jurídica de los mismos e individualización de la sanción cuya imposición se sugería. Si el inculpado tuvo oportunidad de alegar respecto de ese contenido, no es posible apreciar que la ausencia de traslado de la propuesta de resolución con la que concluyó la instrucción del expediente mermara su derecho de defensa ni le causara indefensión material alguna (STC 145/2011).

5.4. TERMINACIÓN

5.4.1. *Resolución del procedimiento sancionador*

Respecto a la competencia para sancionar, según la LRJSP —art. 25.1—, la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido ex-

presamente reconocida por una norma con rango de Ley. Y el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan «expresamente» atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario —art. 25.2 LRJSP—. De este modo, no basta una genérica atribución de la competencia a la Administración, sino que debe tratarse a un atribución a órganos concretos y determinados (STS 16-5-2007, Ar. 8.353).

Ahora bien, si la Ley 30/1992 prohibió tanto la delegación de la competencia sancionadora (hasta la Ley 4/1999), como la delegación de la firma, en cambio, la LRJSP no prohíbe ya ambas delegaciones. Asimismo, se ha declarado que la Ley no impide a los Ayuntamientos a desconcentrar en órganos jerárquicamente dependientes el ejercicio de competencias sancionadoras delegadas por otra Administración, titular originaria de dichas competencias (STS 17-12-2003, Ar. 609 de 2004).

En cuanto al contenido de la resolución, además del contenido general de las resoluciones (en particular, decidir las cuestiones planteadas en el procedimiento), en el caso de procedimientos de carácter sancionador, la resolución incluirá la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijará los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad —art. 90.1 LPAC—.

A este respecto, la jurisprudencia entiende que el principio de tipicidad impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma (SSTS de 30-10-2006, Ar. 8116; 10-12-2007, Ar. 2008/577). Asimismo, la resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad y las pruebas de donde se infiere (STS 16-7-2009, recurso de casación 2.220/2006), no bastando la simple afirmación de no concurrencia de ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad (STS de 13 de octubre de 2011, RC 2.123/2009). Y la falta de motivación de la resolución sancionadora no puede subsanarse en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo (STS 8-10-2009, RC 5.895/2003; STS de 13 de octubre de 2011, RC 2.351/2009).

Pero, además, la jurisprudencia suele modular el nivel de exigencia del deber de motivación de la resolución sancionadora. Así, de entrada, la jurisprudencia tiene establecido que la imposición de la sanción más grave de las posibles requiere una motivación específica de la elección suficientemente detallada y razonable para que pueda ser en su caso combatida por quien la sufre, y controlada en última instancia por el órgano jurisdiccional que ha de asegurar la tutela judicial efectiva (STS -11-2006, Ar. 7.152; STS -1-2007, Ar. 285; SSTS -2-2007, Ar. 878 y 882; STS de 8 de febrero de 2012, RC 4.226/2010). Pero, también, se ha rechazado la imposición de una sanción en su grado máximo si no se motiva la aplicación de una circunstancia agravante (STS 4-12-1990, Ar. 9723). E, incluso, la imposición de una sanción en su grado medio en lugar de en su grado mínimo, sin justificar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad (STS 17-3-2009, recurso de casación 4351/2006). Por el contrario, se considera que la imposición de una sanción en su grado mínimo no requiere una motivación especial. Así, la LRJSP —art. 29.4— dispone que cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.

De otro lado, la LPAC —art. 90.2— establece que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con inde-

pendencia de su diferente valoración jurídica. De este modo, el órgano competente para resolver está vinculado a los hechos declarados probados en la fase de instrucción del procedimiento. Ahora bien, siguiendo un criterio asentado en la jurisprudencia, el órgano competente para dictar la resolución no está vinculado a la valoración jurídica que de tales hechos aprecie el instructor en su propuesta de resolución. Así, se admite tanto una distinta calificación jurídica de los hechos (p. ej., STS 8-32002, Ar. 2264), como una aplicación diversa de los criterios de individualización de la sanción —STC 117/2002—. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días —art. 90.2—.

En todo caso, debe recordarse que la LPAC —art. 77.4— dispone que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

5.4.2. *Otras formas de terminación del procedimiento sancionador*

Como se trató en el Tema relativo a la inactividad formal de la Administración, en los procedimientos sancionadores, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa determina la caducidad del procedimiento sancionador —art. 25.1.b) LPAC—. Y, en tal sentido, el Tribunal Supremo ha declarado la invalidez de una resolución sancionadora extemporánea (STS 28-6-2004, Rec. 791/2001, que rectifica el criterio contrario de la STS de 24-4-1999). Más aún, en algún caso los tribunales han entendido que la sanción impuesta una vez caducado el procedimiento es nula de pleno derecho, por ausencia de procedimiento pues el existente ya había finalizado (SAN 4-7-2007, Rec. 16/2006).

No obstante, se aprecia una tendencia a ampliar el plazo de duración de los procedimientos sancionadores a un año, aparentemente con el único objeto de evitar la caducidad, y ello tanto en normas sectoriales (p. ej., en materia de tráfico y circulación tras una reforma de 2003, Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —art. 50—, o en materia urbanística según algunas normas autonómicas), como, y esto es más discutible, en algunas normas generales (Ley de Asturias 2/1995, modificada por Ley 18/1999; Ley de Baleares 3/2003 —art. 50—; o la Ley de Extremadura 1/2002 —art. 132—).

Con carácter general, la caducidad de un procedimiento sancionador no impide la incoación de un nuevo procedimiento por los mismos hechos, siempre y cuando no se hubiera producido la prescripción de la infracción (así expresamente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —art. 50—). Como señala la jurisprudencia, la prescripción conlleva efectos de cosa juzgada, en tanto que la caducidad, al haber dejado imprejuizada la cuestión de fondo, permite abrir un nuevo procedimiento disciplinario sin vulnerar, por ello, el *ne bis in idem*. Asimismo, una cosa es que la tramitación del primer expediente, que se declaró caducado, no interrumpa el plazo de prescripción de la infracción, y otra muy distinta que el tiempo dedicado a aquel procedimiento caducado vuelva a computarse para declarar la caducidad del segundo expediente (STS de 16 de febrero de 2012, RC 1.810/2009). Ahora bien, en tal caso, los tribunales están exigiendo que la Administración declare formalmente, de modo previo a la incoación del nuevo procedimiento, la caducidad del procedimiento anterior (STSJ de Murcia de 20 de mayo de 2011, recurso de apela-

ción 541/2009). De otro lado, debe observarse que en algún ámbito destacado se establece que la caducidad sí impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador (art. 211 LGT relativo a los procedimientos sancionadores en materia tributaria). De otro lado, la LPAC —art. 85— contempla dos supuestos específicos de terminación del procedimiento sancionador:

— El infractor reconoce su responsabilidad. En tal caso, «se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda» —art. 85.1—. En realidad, en este caso habría una resolución sancionadora.

— El pago voluntario. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción —art. 85.2—.

Y la LPAC establece que en ambos casos (es decir, la autoinculpación y el pago voluntario), cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 por 100 sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Ahora bien, siguiendo el ejemplo de determinadas regulaciones sectoriales (p. ej., en materia de tráfico o tributaria —art. 188 LGT—), la LPAC establece que la efectividad de las citadas reducciones «estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción». Así, en algún caso se establece que en caso de formularse alegaciones, se tendrán por no presentadas (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana —art. 54—). De este modo, en caso de pago voluntario, se obliga al interesado a acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, del cual no puede ser privado al tratarse de un derecho fundamental.

5.5. EJECUCIÓN Y REVISIÓN DE LAS SANCIONES

En cuanto a la ejecutividad de las sanciones, en el sistema anterior a la Ley 30/1992 se consideraba que las sanciones, como cualquier otra resolución, eran inmediatamente ejecutables —regla general del art. 94 LRJPAC—. Sin embargo, la doctrina constitucional —STC 66/1984— vinculó la ejecutividad de la sanción al derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que la sanción no debe ser susceptible de ejecución hasta tanto no tiene el particular la posibilidad de plantear directamente la suspensión del acto al juez de lo contencioso-administrativo, y éste, consiguientemente, de pronunciarse sobre la misma. Y, en este sentido, la Ley 30/1992 dispuso que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa, criterio que sigue la LPAC —art. 90.3—: «La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado». Es decir, para que la sanción sea ejecutiva no es necesario que el acto sea firme, pero sí es preciso que haya agotado la vía administrativa, de modo que el acto no debe ejecutarse mientras el sujeto sancionado se vea obligado a

interponer un recurso administrativo y esperar la resolución del mismo. Así, la jurisprudencia —SSTS de 18-9-2001, Ar. 430 de 2002; 4-2-2002, Ar. 1.084— tiene declarado que no puede ejecutarse una sanción hasta tanto, impugnada ésta y solicitada su suspensión en vía judicial, el órgano judicial resuelva al respecto. Por tanto, la interposición del recurso administrativo de alzada, cuando sea el procedente, suspende automáticamente la ejecución de la sanción. Más aún, el Tribunal Constitucional (SSTC 243/2006, 279/2006) ha llegado a considerar irrazonable —y, por ello, atentatoria del derecho a la tutela judicial— la interpretación según la cual, en caso de falta de resolución expresa del recurso de alzada, el mero transcurso de los plazos legales (arts. 122.1 LPAC y 46.1 LJCA) determina la firmeza de la resolución sancionadora y, por ende, su ejecutividad. Mientras falte la resolución expresa del recurso de alzada la resolución sancionadora carece de firmeza y, por tanto, no puede ejecutarse (STS 22-9-2008, Rec. 69/2005).

Asimismo, la LPAC —art. 90.3— dispone que cuando la resolución sea ejecutiva (por haberse agotado la vía administrativa), se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Dicha suspensión cautelar finalizará cuando:

a) Haya transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso administrativo.

b) Habiendo el interesado interpuesto recurso contencioso-administrativo: 1.º No se haya solicitado en el mismo trámite la suspensión cautelar de la resolución impugnada. 2.º El órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada, en los términos previstos en ella.

De otro lado, en caso de multa, la jurisprudencia tiene establecido que durante el tiempo de suspensión de la ejecución en vía administrativa (y contencioso-administrativa), no se devengan intereses de demora (SSTS 18-9-2001, 26-10-2005).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado: *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, 2014.
- AGUADO I CUDOLÀ, V.: *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *La Garantía Non Bis in Idem y el Procedimiento Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, 2008.
- El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007.
- ALARCÓN SOTOMAYOR; IZQUIERDO CARRASCO; BUENO ARMIJO, y REBOLLO PUIG: *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 2010.
- ANDRÉS PÉREZ, M.^a R.: *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Bosch, Barcelona, 2008.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *La potestad sancionadora de los entes locales*, IVAP, Oñati, 2012.
- CANO CAMPOS, T.: *Presunciones y Valoración Legal de la Prueba en el Derecho Administrativo Sancionador*, Navarra, 2008.
- CASARES MARCOS, A.: *Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012.
- DE DIEGO DíEZ, L. A.: *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2009.
- DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996.

- DELGADO DELGADO, M.^a J.: *La presunción de inocencia y la reserva de ley en los procedimientos administrativos de carácter sancionador*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2008.
- DÍAZ FRAILE, F.: *Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DOMÍNGUEZ DE PALMA, A.: *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.
- GALLARDO CASTILLO, M.^a J.: *Los principios de la potestad sancionadora, Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008.
- GAMERO CASADO, E.: *Sanciones deportivas*, Bosch, Barcelona, 2003.
- GARBERI LLOBREGAT, J., y BUITRON RAMÍREZ, G.: *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Las sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Comares, Granada, 2007.
- GARCÍA URETA, A.: *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I.: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 3.^a ed., Aranzadi, 2013.
- GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.: *El procedimiento administrativo sancionador. Teoría y práctica*, Dykinson, Madrid, 2013.
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- LOZANO CUTANDA, B. (dir.): *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.
- NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 3.^a ed., Madrid, 2001.
- PAREJO ALFONSO, L.: *La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, 2 Tomos, INAP, Madrid, 2011.
- PEMÁN GAVÍN, J.: *El sistema sancionador español*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- REBOLLO PUIG, M. (coord.): *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- RUIZ ROBLEDO, A.: *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SUAY RINCÓN, J.: *Sanciones administrativas*, Albortaina, Bolonia, 1989.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., y AGUADO I CUDULÀ, V.: *Derecho Administrativo sancionador: materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- VVAA: *Derecho Administrativo Sancionador*, número extraordinario de la revista *Justicia Administrativa*, 2001.
- La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, Documentación Administrativa, números 280-281, enero-agosto 2008.

EL FOMENTO. LAS SUBVENCIONES

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS

1.1. CONCEPTO

1.1.1. *La subvención como técnica de fomento*

El fomento es aquella modalidad de la intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general, mediante el otorgamiento de incentivos diversos (PARADA VÁZQUEZ). Así, el otorgamiento de una subvención para la instalación de una nueva industria, la concesión de una mención o de una medalla, etc. Mediante el fomento se pretende conceder el mayor protagonismo al sector privado, pero dirigiendo su actividad hacia fines de interés general, en virtud al otorgamiento de ayudas e incentivos.

El fomento es una construcción tradicional y típicamente española, que surgió durante la Ilustración como consecuencia de la ideología liberal, contraria a que los poderes públicos asumieran por sí mismos la prestación de servicios en detrimento de la iniciativa privada. Su importancia fue tal que llegó incluso a provocar el nacimiento de un Ministerio en 1832, un hecho sin parangón en Derecho comparado; y dio lugar, asimismo, a la actual división provincial española, promovida en 1833 por Javier DE BURGOS —a la sazón Ministro de Fomento—, para vertebrar una estructura periférica que permitiese desplegar su actividad por todo el territorio nacional.

La actividad de fomento no siempre se traduce en prestaciones o auxilios económicos, sino también en otras manifestaciones. Así sucede con la técnica, cada vez más extendida, de la concesión de «distintivos» y reconocimientos de muy diverso tipo, con objeto de explotar comercialmente la imagen de las empresas y de sus productos: por ejemplo, el otorgamiento de una etiqueta ecológica oficial para aquellos productos que causen un menor impacto en el medio ambiente, o el reconocimiento a las empresas que realicen planes de acciones positivas en relación con las mujeres empleadas, de su condición de «Entidad Colaboradora en la Igualdad de Oportunidades», lo cual le permite el derecho a usar un logotipo oficial. También suelen concederse premios, medallas o galardones, que actúan como técnicas indirectas de fomento. Pero lo cierto es que en el actual Estado social la concesión de ayudas económicas o subvenciones es, sin duda, la principal y más característica de las actividades de fomento que realizan las Administraciones Públicas.

Diversos preceptos constitucionales respaldan un compromiso de los poderes públicos en la dinamización del sector privado y la sociedad civil. Los principios rectores de la política social y económica contienen un sinnúmero de mandatos de fomento a los poderes públicos, que también se traduce, en el art. 130.1 CE, en una especial preocupación por la modernización de todos los sectores económicos. También el art. 9.2 CE, cuando insta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y

la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, está facultando a otorgar ayudas, estímulos y subvenciones que contribuyan a alcanzar esa igualdad material o sustantiva. No obstante, el Derecho comunitario europeo viene limitando decisivamente las medidas de fomento —y en especial, el otorgamiento de subvenciones—, en cuanto que falseen los principios de libre mercado imperantes en la Unión Europea.

Las subvenciones pueden concederse por todas las Administraciones públicas, existiendo una ordenación jurídica común en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), muchos de cuyos preceptos tienen carácter básico, como también su desarrollo ejecutivo, contenido en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones (RGS).

1.1.2. *Concepto y naturaleza jurídica de la subvención*

La doctrina mantiene una concepción estricta de la subvención (FERNÁNDEZ FARRES), como «una atribución patrimonial a fondo perdido, normalmente una suma dineraria, que una Administración pública realiza en favor de otra o, más frecuentemente, en beneficio de los particulares, concedida para la ejecución por el sujeto beneficiario de la misma, de una actividad que le es propia y representa un interés general y público».

El derecho positivo —art. 2 LGS— define a la subvención como toda disposición dineraria realizada por las Administraciones públicas —inclusive los organismos y entidades de Derecho público—, a favor de personas públicas o privadas, que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

El precepto acoge una definición estricta de subvención, que desplaza la que se contenía en otros textos más antiguos —como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955— que reconocían el carácter de subvención a toda medida de auxilio «valorable económicamente». El concepto de subvención que actualmente recoge la LGS y algunas normas autonómicas —como la Ley de la Comunidad de Madrid 2/1995, y la Ley de Islas Baleares 5/2002—, permite diferenciar la subvención en sentido estricto de otras figuras próximas, como las llamadas *subvenciones «indirectas»* o *«impropias»* —o «por ahorro de gasto»—, tales como las exenciones y bonificaciones fiscales, la concesión de avales del Tesoro en operaciones de crédito, o los créditos subsidiados —a bajo interés, por afrontar parcialmente el pago la Administración—, que si bien suponen un incentivo económico para el beneficiario, no comportan un desplazamiento o transmisión dineraria. Y, de otro lado, la afectación a fines específicos permite también diferenciar la subvención de las *transferencias presupuestarias* que unas Administraciones suelen hacer sobre otras, en el marco de las relaciones interadministrativas de cooperación, ya sea para el funcionamiento de determinados servicios o simplemente compensadoras de déficit, sin que proceda en ningún caso el reintegro.

En cuanto a su *naturaleza jurídica*, la subvención es un acto administrativo de otorgamiento requerido de aceptación (VILLAR PALASÍ). En nuestra opinión, la concesión de subvenciones es una *potestad administrativa en sentido propio*, al reunir todas las notas características de este tipo de poder público —véase el Tema 2—, que no siempre tiene que ser coercitivo o restrictivo de derechos, sino también favorable, como es el caso de las subvenciones. Esto supone reconocer que, en el ejercicio de la potestad de otorgamiento de subvenciones, la Administración ha de salvaguardar los límites y garantías que pesan sobre su actuación en régimen de Derecho público, pues no se trata de una donación graciable que regala desprendidamente como si fuera un particular, sino de la entrega de un dinero público que debe ser otorgado objetivamente, y vinculado a un fin concreto de interés general del que no puede apartarse el beneficiario. Todos estos extremos se verán confirmados en el análisis del régimen jurídico de las subvenciones que emprendemos seguidamente.

1.2. ELEMENTOS DE LA SUBVENCIÓN

— *Carácter gratuito*. Tanto la LGS —art. 2— como el RPS —art. 1.2— se refieren a cualquier disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas. Ciertamente, el beneficiario de la subvención asume el compromiso de realizar la actividad subvencionada, pero ello no significa que tal carga convierta a la subvención en un contrato oneroso.

— *Carácter finalista*. Los mismos preceptos citados en el párrafo anterior condicionan el fin de la subvención, que debe concederse para «fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública» —en sentido similar, art. 2 Ley Baleares 5/2002—. Es decir, la subvención ha de fomentar o promocionar actividades privadas de interés público, para lo cual deberían tener la necesaria declaración legal e incluso contenerse en un plan estratégico de subvenciones que determine, entre otras cosas, sus objetivos y los efectos que se pretenden con su aplicación —art. 8 LGS—. En este mismo sentido, hay que interpretar el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 —art. 27.1— cuando establece que serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad (también art. 179 Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón de 19 de noviembre de 2002).

— *Carácter de subsidio*. Según la LGP —art. 19.3—, el importe de la subvención en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente, o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas, o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario. Es decir, la subvención tiene siempre un carácter de subsidio, de ayuda para financiar determinadas actividades, pero en ningún caso puede consistir en un beneficio, lucro o premio para el particular, puesto que —como se ha dicho— la subvención, a diferencia de la donación, no responde a la mera liberalidad. Más aún, en general, la cuantía de las subvenciones no excede de un porcentaje —comúnmente el 50 por 100, a veces, el 75 por 100— del coste total de la actividad a que se apliquen —*principio de riesgo compartido*—.

— *Carácter unilateral*. Tradicionalmente se ha venido calificando la subvención de acto unilateral de la Administración declarativo de derechos. Alguna jurisprudencia, aun cuando se declara que la figura de la subvención no es encuadrable en los pactos sinalagmáticos —bilaterales—, considera que se trata de una donación modal *ad causam futuram*, que, aunque no identificable con la condición, supedita la efecti-

vidad de la subvención al cumplimiento por el subvencionado de los fines por los cuales justificó su petición. Frente a estas posiciones, la doctrina (VILLAR PALASÍ, FERNÁNDEZ FARRERES) defiende que la relación jurídico-subvencional no es una relación contractual, sino una relación jurídico unilateral que surge de un acto administrativo necesitado de aceptación. En este sentido, la jurisprudencia más extendida considera que el derecho subjetivo a percibir la subvención no nace con la publicación de la ley, sino a través de un acto concreto de la Administración que así lo declare.

— *Carácter reglado.* Tradicionalmente el acto de otorgamiento de la subvención se caracterizaba por su discrecionalidad. Así, todavía el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 —art. 26— establece que el otorgamiento de las subvenciones tendrá carácter voluntario y eventual, excepto lo que se dispusiere legal o reglamentariamente. Por el contrario, la doctrina (FERNÁNDEZ FARRERES, PARADA VÁZQUEZ) mantiene que se trata de un acto reglado, no discrecional, y a la misma conclusión conduce la creciente regulación de que ha sido objeto la técnica subvencional: por la Ley General Presupuestaria, por el RPS y por la reciente LGS, que viene a confirmar esta conclusión, que se plasma, con toda evidencia, en la regulación de los procedimientos de subvención —art. 22—: «la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios». Por su parte, la jurisprudencia, aun cuando admite una amplia discrecionalidad en el plano del establecimiento y supresión de subvenciones, entre otras por razones presupuestarias, entiende que cuando la subvención se ha creado con determinadas características y límites, se ha de estar a esa regulación y a su cumplimiento, de acuerdo con los principios de legalidad, de seguridad y hasta de ordenación económica y de actos propios, pues esa actuación de la Administración, además de estar dirigida a toda la comunidad y en su beneficio, genera en los particulares algo más que una expectativa. Con todo, como ha observado la doctrina (REGO BLANCO), si bien los tribunales niegan la discrecionalidad en la apreciación de si procede o no conceder la ayuda, se suelen inhibir en relación con la cuantificación de la misma. Cuestión distinta es que, como establece el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —art. 26.1—, el otorgamiento de una subvención no podrá ser invocado como precedente. En realidad, lo que quiere decirse es que no supone un derecho a subvenciones futuras. En el mismo sentido, las normas reguladoras de los procedimientos en materia de subvenciones, por lo común, disponen que la concesión de una subvención no comporta obligación alguna de adjudicar subvenciones en los siguientes ejercicios económicos para programas similares. No hay pues un derecho adquirido que deba ser objeto de indemnización, lo que es también consecuencia del principio de legalidad presupuestaria.

2. LA ORDENACIÓN LEGAL DE LAS SUBVENCIONES

2.1. RESERVA DE LEY Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA DE SUBVENCIONES

La existencia o no de una reserva de ley en materia de subvenciones, y la consiguiente virtualidad del reglamento independiente ha sido una cuestión discutida en la doctrina administrativista. En general, está extendida la opinión de que al tratarse de medidas que no afectan negativamente a la esfera de los particulares, sino que les

benefician, no sería de aplicación el principio de legalidad en su vertiente de vinculación positiva, sino de vinculación negativa, de modo que no sería necesaria en todo caso la previa cobertura legal. Así, para un sector de la doctrina (BAÑO LEÓN) hay que admitir con carácter general la validez de los reglamentos independientes en materia de subvenciones, salvo cuando afecten a derechos fundamentales. No obstante, se ha señalado (SANTAMARÍA PASTOR) que en el ámbito prestacional pueden existir medidas de fomento con «doble efecto», como sería el caso de subvenciones a empresas, que benefician a las destinatarias, pero que indirectamente pueden perjudicar a las empresas competidoras.

De cualquier modo, la concesión de subvenciones, como todo acto de reconocimiento de obligaciones por parte de la Administración, está sujeta al *principio de legalidad presupuestaria*, en el sentido de que la Administración está vinculada a los créditos para gastos autorizados en los presupuestos anuales, sin que pueda adquirir compromisos de gastos u obligaciones por cuantía superior a su importe, ni destinar los créditos para gastos a finalidades distintas a la específicamente autorizada en el presupuesto —arts. 153.1 Ley Reguladora de las Haciendas Locales—. Más aún, son nulos de pleno derecho los actos administrativos que otorguen subvenciones sin cobertura presupuestaria, si bien, como señala la doctrina (PARADA VÁZQUEZ), dicha anulación puede ocasionar la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio, que con el señuelo de una compensación económica compromete al particular a una determinada actividad. Asimismo, la jurisprudencia entiende que la consignación presupuestaria agotada o comprometida impide el que se otorguen las subvenciones aunque en el tiempo en que se solicitaron no estuviere materialmente agotada aquélla, por no haberse resuelto todos los expedientes en trámite, sin que exista obligación alguna de proceder a un incremento del crédito presupuestario mediante transferencias u otros instrumentos sobre modificación del presupuesto.

En definitiva, la posición más extendida considera que las características generales del régimen subvencional deben gozar de reserva de ley, sin perjuicio de la capacidad de la Administración para el desarrollo reglamentario de dicho régimen, para la regulación de los programas subvencionales sobre la base de los créditos aprobados por el Parlamento y para dictar los actos administrativos de otorgamiento o concesión.

2.2. NORMAS APLICABLES EN MATERIA DE SUBVENCIONES

2.2.1. Régimen general

Hasta fechas bien recientes la ordenación legal de las subvenciones públicas estaba fragmentada en los distintos ordenamientos territoriales y, además, la ordenación principal referida a la Administración del Estado se encontraba contenida en la Ley General Presupuestaria, primando de modo exclusivo su vertiente como un componente importante del gasto público. Sin embargo, desde los ordenamientos autonómicos se inició a mediados de los años noventa una tendencia a considerar la actividad subvencional como un área de la gestión administrativa con rasgos propios y, en consecuencia, a dotarla de un marco jurídico general y estable que ofrezca la debida seguridad jurídica a todos los operadores jurídicos.

Y esta tendencia ha sido finalmente seguida por el Estado con la aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las

Administraciones públicas —art. 1—. Asimismo, debe subrayarse que muchos de sus preceptos tienen carácter básico y constituyen el mínimo común denominador aplicable a cualesquiera subvenciones otorgadas por todos los entes con personalidad jurídica pública —art. 3 LGS—. En la Administración del Estado resulta de aplicación el texto íntegro de la LGS, así como el ya citado Reglamento de la Ley General de Subvenciones. Estas disposiciones son también de aplicación a las subvenciones de competencia normativa plena del Estado cuya gestión corresponda total o parcialmente a otras Administraciones Públicas.

En las Comunidades Autónomas y Entidades Locales existen normas legales y reglamentarias en desarrollo de las previsiones básicas de la LGS, como veremos después. Ahora bien, la LGS no se aplica a mancomunidades, consorcios y otras personificaciones públicas creadas por varias Administraciones públicas, y a los organismos y entidades dependientes de las mismas, que se regirán por lo que se disponga en su instrumento específico de creación —art. 5 LGS—. Por otra parte, la LGS es supletoria en relación con los procedimientos de concesión y control de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.

Además de las normas anteriormente descritas, el concreto régimen jurídico de cada ámbito u ocasión en que se conceden las subvenciones viene determinado por las *bases reguladoras* de su otorgamiento, que pueden contenerse en normas de carácter reglamentario —en cuyo caso su vigencia es indefinida— o bien en actos administrativos generales —denominados técnicamente *convocatorias*—, en los que se concretan las fechas, la cuantía y los demás detalles necesarios para la efectiva concesión de la ayuda o subvención.

2.2.2. *Administraciones Autonómicas*

En las Comunidades Autónomas, además del régimen básico previsto por la LGS, son las propias normas presupuestarias y tributarias autonómicas las que regulan habitualmente el régimen jurídico de las subvenciones, si bien se observa una tendencia a aprobar leyes generales destinadas a este objeto específico, por ejemplo, el Decreto Legislativo 2/2005, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de subvenciones de Illes Balears; la Ley 7/2005, de subvenciones de la Región de Murcia; la Ley Foral 11/2005, de subvenciones de Navarra; la Ley 10/2006, de subvenciones de Cantabria; la Ley 9/2007, de subvenciones de Galicia; la Ley 5/2008, de subvenciones de la Comunidad de Castilla y León.

Por lo demás, el esquema normativo suele ser similar al estatal: el titular de cada Departamento debe aprobar, en uso de su potestad reglamentaria, las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en su ámbito funcional, y que podrán tener una vigencia indefinida. Por su parte, las convocatorias, como actos administrativos dirigidos a pluralidad indeterminada de destinatarios, podrán ser aprobadas por otros órganos administrativos —Directores Generales, titulares de organismos públicos...—, y deberán concretar las fechas, la cuantía y los demás detalles necesarios para la efectiva concesión de la ayuda o subvención.

2.2.3. *Administraciones Locales*

Con carácter general, deben tenerse presente las normas aún vigentes contenidas en el vetusto Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17

de junio de 1955. Asimismo, debe señalarse que las Bases de ejecución de los presupuestos de las Entidades Locales están facultadas para contener determinadas normas en materia de subvenciones —arts. 9.2 y 59.3 RD 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en materia de presupuestos—. Además, las Entidades Locales podrán aprobar ordenanzas en las que regulen las convocatorias de subvenciones. Por lo demás, debe observarse que alguna Comunidad Autónoma ha aprobado normas específicas para la concesión de subvenciones por parte de las Entidades Locales de su territorio —caso del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de Entidades Locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 y el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón de 19 de noviembre de 2002—.

3. SUJETOS Y OBJETO DE LA RELACIÓN SUBVENCIONAL

3.1. SUJETOS DE LA ACTUACIÓN SUBVENCIONAL

3.1.1. *La Administración concedente*

En relación con las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, la doctrina constitucional —sobre todo a partir de la STC 13/1992— tiene declarado que la competencia para regular y conceder subvenciones concretas está vinculada al reparto constitucional de competencias vigente en cada materia, puesto que la capacidad de gasto de una u otra instancia no es título atributivo de competencias. De este modo, en materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, la acción de fomento del Estado con cargo a sus presupuestos debe limitarse a transferir los fondos a las Comunidades Autónomas, sin que pueda el Estado, además, reservarse competencias de gestión, es decir, para decidir el reparto de dichos créditos, debiendo ser distribuidos dichos fondos entre las Comunidades Autónomas conforme a criterios o módulos objetivos o mediante convenios —STC 109/1996, de acuerdo con el criterio ya enunciado por LEGUINA VILLA en el voto particular a la STC 146/1986—. La gestión directa y centralizada de subvenciones con fondos estatales sólo es admisible si resulta imprescindible para asegurar la plena efectividad de la medida dentro de la ordenación básica del sector o para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de los potenciales destinatarios en todo el territorio nacional (SSTC 59/1995, 10/1996, 70/1997).

3.1.2. *Los beneficiarios*

Según la LGS —art. 11.1— tendrá la consideración de *beneficiario* de la subvención el destinatario de los fondos públicos que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o se encuentre en la situación que legitima su concesión. En general, se establecen diversos requisitos para acceder a las subvenciones. Entre dichos requisitos destaca la exigencia de estar al corriente de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, el no haber sido declarado insolvente, el no haber sido sancionado o condenado con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, o el no incurrir en algún supuesto de incompatibilidad (art. 13 LGS, y art. 189.2 TRLHL, en relación con las Administraciones Locales).

3.1.3. *Las entidades colaboradoras*

Hasta fechas recientes la gestión de las subvenciones se ha llevado a cabo directamente por las Administraciones, lo que estaba justificado tanto por la trascendencia de esta actividad de disposición de fondos públicos en favor de los administrados, como por no considerarse que entrañase una especial complejidad que requiriera la colaboración de otros entes públicos o privados especializados en esa tarea (PARADA VÁZQUEZ). Pero esta apreciación ha dejado paso a otras consideraciones que parten de la dificultad que pueden revestir las operaciones de asignación y control de la actividad subvencionada de carácter masivo. Así, la Ley General Presupuestaria —tras la reforma de Ley 31/1990— abrió la posibilidad de una gestión indirecta de la actividad administrativa de fomento, permitiendo que «las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas establezcan que la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios se efectúe a través de una Entidad colaboradora». La vigente LGS ha concedido carta de naturaleza a esta posibilidad.

En efecto, con arreglo a la LGS —art. 12.1— será entidad colaboradora aquella que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente de la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras, o colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. De este modo, las actuaciones de la entidad colaboradora no excluyen la imputación última de la actividad subvencional a la Administración otorgante, con los consiguientes efectos en orden al control contencioso-administrativo (FERNÁNDEZ FARRERES).

A estos efectos, podrán ser entidades colaboradoras —art. 12.2— los organismos y demás entes públicos, las sociedades mercantiles participadas íntegra o mayoritariamente por las Administraciones públicas, organismos o entes de derecho público y las asociaciones que constituyan las Entidades Locales para la protección y promoción de sus intereses comunes, así como las demás personas jurídicas públicas o privadas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan. Concretamente —art. 12.3—, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales podrán actuar como entidades colaboradoras de las subvenciones concedidas por la Administración General del Estado, sus organismos públicos y demás entes que tengan que ajustar su actividad al derecho público, y viceversa (la Administración del Estado puede ser entidad colaboradora del resto).

La entidad colaboradora se somete a una serie de obligaciones —art. 15 LGS—, entre las que se cuenta la entrega de la subvención al beneficiario, el control —en su caso— de las condiciones o requisitos de otorgamiento, así como la comprobación de la realización por el beneficiario de la actividad y finalidad para la que se concedió la subvención. En todo caso, se prevé la formalización de un convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta —art. 16 LGS—.

3.2. EL OBJETO DE LA SUBVENCIÓN

Como se señaló más arriba, tanto la LGS —art. 2.1.c)— como el RD 2.225/1993 —art. 1.2— refieren que la subvención tendrá por objeto fomentar una actividad de utilidad pública o interés social, o promover la consecución de un fin público. Es decir, la subvención ha de tener por objeto el fomento o promoción de actividades *privadas* de interés público. A este respecto debe precisarse que la subvención no es

un instrumento utilizable para la gestión de servicios públicos, pues para ello la Administración deberá acudir al contrato administrativo correspondiente, y, por tanto, de carácter oneroso. En general, el ordenamiento prevé infinidad de subvenciones para las más diversas actividades privadas, si bien pueden diferenciarse entre las ayudas al ejercicio de actividades económicas privadas, con independencia del ánimo o no lucrativo de quienes las desarrollen (por ejemplo, ayudas a la modernización de empresas turísticas o pesqueras, al desarrollo rural, a la agricultura...), y ayudas a actividades privadas consideradas de interés general y desarrolladas por organizaciones sin ánimo lucrativo (por ejemplo, servicios sociales, culturales, de protección de la naturaleza, de investigación...). Esta distinción es relevante, pues cada vez existe mayor consenso sobre la necesidad de que la actividad subvencional no produzca efectos distorsionadores sobre la competencia en el mercado (por ejemplo, Ley Foral 11/2005 —art. 5—).

4. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES

4.1. PRINCIPIOS GENERALES

Según la LGS —art. 8.3— la gestión de las subvenciones se realizará conforme a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación; eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante; y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

— *Principios de publicidad y transparencia.* Intervienen en varios momentos del procedimiento: mediante la publicación de las bases reguladoras antes de la convocatoria, mediante la publicación de la convocatoria misma en caso de inicio de oficio, y mediante la publicación de las resoluciones de concesión. La Ley 19/2013, de Transparencia, potenció la publicidad de las subvenciones, obligando a las Administraciones a publicar en sus portales la información sobre las subvenciones concedidas —art. 8.1.c)—, así como a las entidades beneficiarias en sus propias páginas web —art. 3.b)— cuando reciban en subvenciones más de 100.000 euros/año o más del 40 por 100 de su presupuesto. Por su parte, la Ley 15/2014, de Racionalización del Sector Público, regula una Base de Datos Nacional de Subvenciones —arts.18 ss. LGS—, que funciona como un sistema nacional para garantizar el derecho de los ciudadanos a conocer todas las subvenciones convocadas en cada momento y para contribuir a los principios de publicidad y transparencia.

— *Principios de objetividad, igualdad y no discriminación.* Dado que se trata de un principio general de la actuación administrativa —art. 103.1 CE—, su apelación explícita en este contexto parece significar unas obligaciones adicionales, en el sentido de la necesidad de definir y explicitar previamente los criterios de valoración de las solicitudes, que han de servir para la necesaria motivación de la resolución. Asimismo, en garantía de la objetividad, se prevé que la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia sea a propuesta de un órgano colegiado —art. 22.1 LGS—.

— *Principio de concurrencia.* Mientras la legislación anterior únicamente declaraba aplicable el principio de concurrencia cuando la finalidad o la naturaleza de la subvención así lo exigiera, la LGS —art. 22.1— establece que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará «en régimen de concurrencia competitiva». No obstante, se admite la concesión directa de subvenciones en determinados supuestos: las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales de la

Administración correspondiente, aquellas cuyo pago venga impuesto directamente por una norma con rango de ley (por ejemplo, decretos-leyes en casos de catástrofe), y, con carácter excepcional, cuando se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas, que dificulten su convocatoria pública —art. 22.2—.

Además, como se ha dicho, el procedimiento ordinario es de concurrencia competitiva, lo cual significa que la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios. En este sentido, algunas leyes autonómicas ya habían declarado que el «concurso» constituye la vía ordinaria de selección de los beneficiarios (art. 7.2 Ley 2/1995 Comunidad de Madrid; Dto. Legislativo Baleares 2/2005 —art. 17—). No obstante, la LGS admite, a título excepcional, un procedimiento de concurrencia no competitiva (régimen de evaluación individualizada), mediante el cual la Administración oferta las ayudas mediante convocatoria pública pero no hay comparación entre los solicitantes ni prelación entre las mismas, sino que se conceden a todos aquellos que cumplan los requisitos legales. En estos casos, o bien se prorratea entre todos los solicitantes que cumplan los requisitos el importe global máximo destinado a las ayudas —art. 22.1 LGS—, o bien las solicitudes se tramitan y resuelven conforme se vayan presentando y en tanto se disponga de crédito presupuestario para ello (Dto. Legislativo Baleares 2/2005 —art. 17—, Ley Foral 11/2005, —art. 17—).

FIGURA 1

Clases de procedimientos de concesión de subvenciones

Procedimientos de concesión en régimen de concurrencia	<ul style="list-style-type: none"> — Concurrencia competitiva: procedimiento ordinario. — Concurrencia no competitiva: carácter excepcional, régimen de evaluación individualizada.
Procedimientos de concesión directa	<ul style="list-style-type: none"> — Ayudas nominativamente contempladas en los presupuestos. — Ayudas con pago directamente establecido en norma con rango de ley. — Ayudas excepcionales que razones justificadas dificulten la convocatoria pública.

— *Principios de eficacia y eficiencia.* El sentido que adquieren estos principios en relación con las Administraciones públicas fue analizado en el Tema 3. Su invocación en materia de subvenciones entraña que con su otorgamiento se procure satisfacer las necesidades del Estado social, debiendo garantizarse, además, la *economicidad* de los fondos, esto es, el logro del máximo de objetivos con el mínimo esfuerzo financiero.

4.2. ORDENACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE SUBVENCIONES

En materia de procedimiento, la LGS instaura una serie de exigencias, relativas tanto al procedimiento de concesión en sentido estricto, como a unos requisitos pre-

vios que deben reunirse antes de iniciarlo. Todo ello se resume en la tabla de la página siguiente.

En primer término, todas las Administraciones públicas han de aprobar un *plan estratégico de subvenciones*, en el que concreten los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria —art. 8 LGS—.

FIGURA 2

PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES		
FASE	TRÁMITES	
REQUISITOS PREVIOS	Aprobación de plan estratégico de subvenciones por la correspondiente Administración	
	Aprobación de la asignación presupuestaria	
	Aprobación de bases reguladoras	Mediante norma reglamentaria: vigencia indefinida
		Mediante acto administrativo general (convocatoria): vigencia temporal
INICIACIÓN	Convocatoria aprobada por el órgano competente	
	Solicitud de concesión por parte de los interesados (trámite sucesivo a la convocatoria)	
INSTRUCCIÓN	Petición de informes: pueden ser preceptivos o potestativos, y vinculantes o no, según lo dispuesto en las bases reguladoras	
	Preevaluación de solicitudes (potestativa): verificación de que el solicitante reúne los requisitos de la convocatoria	
	Evaluación de solicitudes: habrá de realizarse necesariamente por un órgano colegiado, que emite un informe y lo traslada al órgano instructor	
	Elaboración de una propuesta de resolución provisional por parte del órgano instructor del procedimiento	
	Notificación de la propuesta a los solicitantes y concesión de un plazo de diez días para que presenten alegaciones	
	Propuesta de resolución definitiva	
	Notificación a los beneficiarios y reconocimiento de un plazo para que comuniquen su aceptación	
TERMINACIÓN	Resolución definitiva	
	Notificación de la resolución definitiva	

También exige la LGS que antes de procederse al otorgamiento de la subvención se aprueben las normas que establezcan sus *bases reguladoras*, que habrán de publicarse en el boletín oficial correspondiente —arts. 9.2 y 3—. Tales bases habrán de contener, al menos —art. 17.3 LGS—: el objeto de la subvención; los requisitos que

deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención; la forma y plazo en que deben presentarse las solicitudes; el procedimiento de concesión de la subvención; los criterios objetivos de otorgamiento de la subvención; los órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del procedimiento de concesión de la subvención; y el plazo en que será notificada la resolución.

Entrando ahora en el análisis específico del procedimiento de concesión de subvenciones que la LGS establece para la Administración del Estado, dicho procedimiento se inicia siempre de oficio, mediante una *convocatoria* aprobada por el órgano competente y que ha de contener una serie de elementos —art. 23—, como la cuantía total máxima de las subvenciones a conceder, plazo de presentación de solicitudes, requisitos para solicitar la subvención y forma de acreditarlos, documentos que deben acompañar a la solicitud, etc. Entendemos que esta convocatoria puede contener las bases reguladoras a que nos referíamos más arriba, refundiendo ambos elementos —bases y convocatoria— en un mismo instrumento jurídico.

Una vez efectuada la convocatoria los interesados formalizarán sus solicitudes, que podrán ser objeto de una preevaluación dirigida a verificar el cumplimiento de los requisitos de participación en el procedimiento. La evaluación propiamente dicha ha de llevarse a cabo por un órgano colegiado —garantía formal de objetividad—, que emite un informe y lo traslada al órgano instructor del procedimiento. Éste elabora una propuesta de resolución provisional, que notificará a los interesados para que formulen alegaciones en el plazo de diez días, pudiendo prescindirse de este trámite —como sucede en el procedimiento administrativo común— cuando no consten en el expediente otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados. Tras la consideración de las alegaciones el órgano instructor elabora una propuesta de resolución definitiva, que notifica a su vez a los beneficiarios para recabar su aceptación. Una vez aceptada la subvención, el órgano competente resolverá el procedimiento —art. 25.1—, de manera motivada, debiendo quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte —art. 25.2—; la resolución contendrá también de manera expresa las solicitudes que hubieran sido desestimadas. Seguidamente se procede a la notificación de la resolución a los beneficiarios, y sólo en el momento en que hayan sido notificados se consolida su derecho —art. 24.6—. A nuestro juicio, esta última precisión de la Ley es desafortunada, pues entendemos que el derecho del beneficiario debe entenderse consolidado cuando comunica su aceptación de la subvención: admitir otra hipótesis supondría reconocer a la Administración la facultad de revocar impunemente los actos de otorgamiento, lo que resulta contrario a los principios constitucionales que presiden su actuación.

El plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento es de seis meses —art. 25.4—, y el efecto de la resolución presunta, desestimatorio —arts. 25.5 LGS y 24 LPAC—. De otro lado, las resoluciones de otorgamiento de subvenciones deben publicarse en el correspondiente diario oficial —art. 18 LGS—, si bien se exime de este trámite en algunos casos, por ejemplo, cuando su importe individual sea inferior a 3.000 euros, en cuyo caso serán objeto de publicidad por alguna otra vía.

5. EFECTOS DE LAS SUBVENCIONES

5.1. OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO

La principal obligación del beneficiario de la subvención es realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamentó el otorgamiento de la subvención, a cuyo

efecto la LGP articula una serie de obligaciones accesorias, como son la acreditación ante la Entidad concedente o la Entidad colaboradora, en su caso, de la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, o el deber de comunicar a la entidad concedente o a la Entidad colaboradora, en su caso, la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o Entes públicos nacionales o internacionales. Asimismo, cuando el importe del gasto subvencionable supere las cuantías establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público para los contratos menores —los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, art. 138.3 LCSP—, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contracción del compromiso para la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por sus especiales características no exista en el mercado suficiente número de entidades que los realicen, presten o suministren, o salvo que el gasto se hubiere realizado con anterioridad a la subvención.

Asimismo, las normas ordenadoras de las convocatorias de subvenciones suelen contener otros deberes, como el de incorporar de forma visible en el material que se utilice para la difusión de los programas subvencionados un logotipo que permita identificar el origen de la subvención; o con objeto de evitar prácticas fraudulentas, algunas normas precisan que el beneficiario debe gestionar y realizar de forma directa aquellas actividades que constituyan el contenido principal de los programas para los que se solicitan subvención, a excepción de aquellas actividades que, por su propia naturaleza, puedan ser subcontratadas —art. 29 LGS—. Y en el caso de subvenciones para la construcción o adquisición de bienes inmuebles, se ordena el deber de la beneficiaria de destinarlos al fin concreto para el que se concedió la subvención un plazo mínimo —a veces durante treinta años—, no pudiendo ser enajenados o gravados sin la previa autorización de la Administración. En los supuestos de cambio de destino del inmueble —por ejemplo, de centro de servicios sociales a establecimiento turístico—, deberá procederse a la devolución, en la cuantía que corresponda en función del valor del inmueble en el momento del cambio de destino.

5.2. INVALIDEZ, MODIFICACIÓN Y REINTEGRO DE LA SUBVENCIÓN

Tradicionalmente se ha considerado que el beneficiario de una subvención se encuentra en una situación precaria, pues la Administración podría revocar la resolución de concesión, criterio éste que aún luce en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, según el cual las Corporaciones Locales «podrán revocarlas o reducir las en cualquier momento, salvo cláusula en contrario» —art. 26.2—. Por el contrario, en la actualidad se entiende (FERNÁNDEZ FARRERES, PARADA VÁZQUEZ) que una vez otorgada la subvención el beneficiario ostenta un derecho firme, derivado de un acto declarativo de derechos, que por ello resulta amparado por la LPAC —arts. 106 y 107—. En este sentido, las normas más recientes únicamente admiten la «anulación» —que no revocación— de la resolución de concesión cuando el acto de la concesión no se ajuste a derecho, por haberla otorgado a favor de quien no cumple los requisitos exigidos para ser beneficiario o por haberse concedido vulnerando lo dispuesto en el ordenamiento, y debiendo seguir para ello los procedimientos previstos con carácter general para la revisión de oficio.

En concreto, las resoluciones de otorgamiento de subvenciones responden a los mismos motivos de invalidez que se contienen en la LPAC —arts. 47 y 48—, tanto en

nulidad absoluta como relativa o mera anulabilidad, a los que se añade la carencia o insuficiencia de crédito presupuestario para su concesión, que es calificada como causa de nulidad de pleno derecho —art. 36.1.b) LGS—. La anulación de las resoluciones de otorgamiento debe seguir los procedimientos de revisión de oficio —art. 106 LPAC— o declaración de lesividad —art. 107 LPAC— según se haya incurrido en un vicio de nulidad radical o relativa, respectivamente.

Por otra parte, la LGS —art. 37— también regula el reintegro de la subvención en ciertos casos: obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello; incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención; incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente; resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero; incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad; incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios; etc.

Como se observa, el reintegro de la subvención agrupa a un conjunto muy heterogéneo de causas, por lo que no puede calificarse técnicamente como un *efecto* de la subvención, y variando el régimen jurídico aplicable según cuál sea el supuesto de reintegro (GARCÍA LUENGO). En particular, es preciso distinguir dos regímenes diferenciados:

— Los supuestos de reintegro articulados mediante procedimientos de revisión de oficio: cuando se ha obtenido la subvención falseando los requisitos, o contraviniendo los límites del Derecho comunitario europeo.

— Los supuestos de reintegro de subvenciones válidas, obligándose al beneficiario a devolver la subvención cuando no ha podido destinarla al fin para el que se le otorgó, cuando no ha cumplido los deberes de justificación, cuando ha incumplido obligaciones específicas impuestas a la concreta subvención concedida, etc.

El reintegro es el procedimiento idóneo para reclamar el importe de la subvención en dos supuestos: 1) Cuando se paga la subvención después de presentar justificación, y tienen lugar posteriormente controles de carácter financiero que ponen de manifiesto incumplimientos del beneficiario; 2) Cuando la Administración anticipó el pago de la subvención, y las irregularidades tienen lugar antes de que se declare su completa justificación, por ejemplo, porque el beneficiario no presenta justificantes de los gastos, o lo hace insuficientemente (por un importe menor al concedido), o bien se aprecia que las justificaciones corresponden a gastos no subvencionados, etc.

Cuando se dan las circunstancias del reintegro, no es preciso tramitar un procedimiento de revisión de oficio del acto de otorgamiento de la subvención, bastando con instruir un procedimiento que evidencie la incursión del beneficiario en uno de los supuestos previstos por la Ley para que pueda instarse después la devolución de la subvención, que puede exigirse por la Administración mediante ejecución de oficio en el caso de que el beneficiario no proceda al reintegro con carácter voluntario. No obstante, cuando el cumplimiento del beneficiario fuera significativo y se acredite una actuación inequívocamente tendente al cumplimiento de sus compromisos, podrá instarse un reintegro meramente parcial de la subvención —art. 37.2 LGS—.

5.3. JUSTIFICACIÓN Y CONTROL DEL EMPLEO DE LA SUBVENCIÓN

5.3.1. *Justificación de las subvenciones públicas*

Es la actividad que tiene por objeto el seguimiento y valoración de la actividad subvencionada, controlando el grado de cumplimiento del objeto, condiciones y finalidad de la subvención: resultados obtenidos, utilidad pública o social... Este control se realiza por el órgano gestor de la Administración concedente, o mediante Entidades colaboradoras. La LGS —art. 30.2— impone la *rendición de la cuenta justificativa* como un acto obligatorio del beneficiario o de la entidad colaboradora, en el que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y el plazo de rendición de la misma vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas, pero a falta de previsión de las bases reguladoras, la cuenta deberá incluir declaración de las actividades realizadas que han sido financiadas con la subvención y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos, y su presentación se realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad. La elaboración de una cuenta justificativa es muy sencilla —véase la figura siguiente—, lo difícil es reunir los documentos que acreditan todos los gastos realizados —las facturas originales, no las copias— y archivarlos para presentarlos junto a la cuenta justificativa cuando se justifica la subvención.

FIGURA 3

Ejemplo de cuenta justificativa

N.º de orden*	Concepto	Fecha	Importe
1	Adquisición de ordenador modelo XX	10/5/07	1.985 €
2	Adquisición de impresora-copiadora modelo XY	11/5/07	695 €
Etc.
TOTAL			12.000 €

* Este mismo número de orden aparecerá en los documentos justificativos de ese gasto: por ejemplo, en la factura que lo acredite.

Si, vencido el plazo de justificación, el beneficiario no hubiese presentado los correspondientes documentos, se le requerirá para que los aporte en el plazo adicional, comunicándole que, transcurrido el mismo sin atender el requerimiento, se entenderá incumplida la obligación de justificar, con las consecuencias previstas en la Ley en orden al reintegro del importe de la subvención y eventuales sanciones.

5.3.2. *Control financiero*

Es el que corresponde a la Intervención General, ante la cual debe justificarse el correcto empleo de los fondos recibidos —art. 141 Ley 47/2003 General Presupues-

taria—. Los beneficiarios, las entidades colaboradoras y los terceros relacionados con el objeto de la subvención o su justificación estarán obligados a prestar colaboración y facilitar cuanta documentación sea requerida en el ejercicio de las funciones de control que corresponden, dentro del ámbito de la Administración concedente, a la Intervención General de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, así como a los órganos que, de acuerdo con la normativa comunitaria, tengan atribuidas funciones de control financiero, a cuyo fin la ley —art. 46.1 LGS— reconoce a estos órganos administrativos intensas facultades de fiscalización. Además, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas —art. 4.2— establece que al Tribunal de Cuentas corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas. Existen, por consiguiente, tres vías diferentes de control de las subvenciones: 1) La comprobación que realiza el órgano gestor de la Administración; 2) El control financiero por parte de la Intervención; y 3) El control por parte del Tribunal de Cuentas. La jurisprudencia tiene establecido que estas tres vías de control son perfectamente compatibles entre sí, y que el beneficiario no puede negarse al control financiero (y al reintegro que resulte del mismo) aunque haya superado previamente el control de conformidad por parte del órgano gestor (SSTS 22-7-2002, RJ 8811; 24-2-2003, RJ 2250).

Este régimen de control no se explica, según la doctrina (S. MARTÍN-RETORTILLO, FERNÁNDEZ FARRERES), porque los fondos públicos sigan siendo tales después de incorporarse al patrimonio privado: lo que se convierte en público es la actividad de los beneficiarios, que resulta asimilada a la actividad que desarrollan los Entes públicos, y ello justifica que el control de la Intervención General y del Tribunal de Cuentas deba extenderse no sólo a los aspectos de legalidad, sino que incida también en la eficiencia, utilidad y economía de la actividad subvencionada.

5.4. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE SUBVENCIONES

Como garantía y cláusula de cierre que constriñe al cumplimiento de sus exigentes determinaciones, la LGS erige un formidable aparato sancionador —arts. 52 a 69—. La intensidad de este régimen es notable, encontrándose tipificado un minucioso cuadro de infracciones que no sólo contemplan el incumplimiento total o parcial del fin de la subvención —el desvío de los fondos a otro fin distinto de aquél para el que se concedieron—, sino también meras infracciones formales, como el retraso en la justificación de los gastos, o la obstrucción a las facultades inspectoras de la Administración, dando lugar a un régimen que ha llegado a calificarse como desproporcionado y confiscatorio (GARCÉS SANAGUSTÍN). Se reputan responsables de estas infracciones no sólo a los beneficiarios de las subvenciones, sino también a las entidades colaboradoras o a las personas o entidades relacionadas con el objeto de la subvención o su justificación, obligadas a prestar colaboración y facilitar cuanta documentación sea requerida. El cuadro de sanciones es temible —art. 59—, contemplándose sanciones pecuniarias de multa que pueden ser fijas o proporcionales: la multa fija estará comprendida entre 75 y 6.000 euros, y la multa proporcional puede ir del tanto al triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada o, en el caso de entidades colaboradoras, de los fondos indebidamente aplicados o justificados. Tales multas son independientes y añadidas a la obligación de reintegro, que no decae en ningún momento. La Ley contempla también la impo-

sición de sanciones no pecuniarias, que podrán consistir en: pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas y avales de las Administraciones públicas u otros entes públicos; pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de actuar como entidad colaboradora en relación con las subvenciones reguladas en la Ley; y prohibición durante un plazo de hasta cinco años para contratar con las Administraciones públicas.

La intención no confesada que subyace en todo este aparato represor es la de imponer orden y ejemplaridad en un campo que ocasionalmente ha propiciado ciertas dosis de fraude por parte de los operadores en materia de subvenciones, ya se trate de beneficiarios, ya de entidades colaboradoras. Ahora bien, en la práctica es excepcional que se tramiten procedimientos sancionadores como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del beneficiario, pues lo habitual es que la Administración deniegue el pago de la subvención en el caso de que detecte tales incumplimientos con ocasión del control de comprobación que tiene lugar antes de la liquidación de la subvención. En el caso de que se hayan anticipado cantidades a cuenta, o que los incumplimientos se pongan de manifiesto con ocasión del control financiero, seguidamente se instruye un expediente de reintegro y se exige al beneficiario la devolución de los importes que ya hubiera cobrado, sin que sea habitual que se le impongan sanciones.

6. LAS SUBVENCIONES Y LA UNIÓN EUROPEA

La pertenencia de España a la Unión Europea entraña dos significativas consecuencias en materia de subvenciones. La primera, que la Unión dispone de sus propias políticas de fomento, generando programas específicos de subvenciones. Sin embargo, la Comisión Europea —que podemos calificar como la Administración pública de la Unión— sólo tiene capitalidad, careciendo de despliegue burocrático en los distintos Estados miembros. Esto supone que la gestión de las subvenciones no se lleva a cabo en la mayoría de los casos por la propia Administración comunitaria europea, sino a través de las estructuras organizativas de los Estados miembros: en nuestro caso, la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. Todo ello repercute consecuencias sobre la gestión de las subvenciones comunitarias, pues cuando las Administraciones nacionales las tramitan, se encuentran vinculadas por las correspondientes normas comunitarias europeas: por ello, la LGS —art. 6— dispone que sus determinaciones sólo son de aplicación con carácter subsidiario a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea. Existe un sinnúmero de ámbitos en los que operan estas subvenciones, conocidas normalmente por el nombre del programa comunitario en cuya virtud se crean: fondos FEDER, programa Leader, programa PRODER, plan URBAN, fondos FEOGA; pero también, becas Sócrates-Erasmus, etc.

En otro orden de consideraciones, y aunque parezca contradictorio con lo dicho anteriormente, la Unión Europea limita de manera considerable las políticas nacionales de otorgamiento de subvenciones públicas, para evitar que puedan afectar al juego de la libre competencia en el mercado común. Así, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —art. 87— declara incompatibles con el mercado común el otorgamiento de subvenciones y ayudas indirectas a todas y cada una de las Administraciones públicas de los distintos Estados miembros (Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Administraciones especializadas, inclusive empresas públicas), «en la medida en que afecten a los intercambios

comerciales» o falseen la competencia. Esta regla general tiene excepciones: así, el propio Tratado declara compatibles con el mercado común una serie de ayudas (como las de carácter social concedidas a consumidores individuales y las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional), y admite que «podrán considerarse compatibles» otro tipo de ayudas (como las destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo; o las ayudas para promover la cultura y la conservación del patrimonio). Diversas normas han regulado categorías de ayudas compatibles con el mercado común; destacan el Reglamento (UE) n.º 651/2014, de la Comisión, por el que se declaran categorías de ayudas compatibles con el mercado interior; y el Reglamento (UE) n.º 1407/2013, de la Comisión, relativo a las ayudas *de minimis*, que en principio admite que una empresa pueda recibir hasta un máximo de 200.000 euros de ayuda en tres años.

En la misma línea, las Administraciones nacionales pueden conceder ayudas para el funcionamiento de los servicios públicos de interés general (véase Tema 26, § 4), pues en este caso se interpretan como compensaciones por las obligaciones de servicio público que se imponen a los prestadores. La concurrencia de estos requisitos se analiza con ocasión de un procedimiento de declaración de compatibilidad de las ayudas con el mercado común, que es ejecutado directamente por la Administración comunitaria (por la Comisión de la Comunidad Europea), a quien las autoridades nacionales deben comunicar cuantas ayudas públicas concedan.

Lo que se persigue, en definitiva, es evitar que un Estado miembro subvencione empresas instaladas en su territorio que deberían desaparecer en aplicación de estrictos criterios de mercado: las empresas claramente inviables no deben ser mantenidas artificiosamente por los poderes públicos mediante el constante otorgamiento de ayudas y subvenciones. En consecuencia, se vienen declarando compatibles con el mercado común las ayudas y subvenciones que permiten procesos de reconversión industrial y no aumentan la producción, pero no las que tienen un carácter meramente subsistencialista y mantienen empresas deficitarias de manera artificial. En ocasiones, la Comisión Europea ha declarado incompatibles ayudas concedidas por España; algunos ejemplos relevantes son los asuntos relativos a las «vacaciones fiscales» vascas, es decir, exenciones fiscales que se consideran ayudas (Sentencia TJUE de 13 de mayo de 2014, as. C-184/11), o la Ciudad de la Luz de Valencia (Sentencia de 3 de julio de 2014, as. T-319/12 y T-321/12).

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.
- DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, J., y PANIZO GARCÍA, A.: *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- DIÉZ MORENO, F.: *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2001.
- ESTOA PÉREZ, A.: *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983.
- El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993.
- (dir.): *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: *La actividad subvencional en el sector público español: revocación, régimen sancionador y control*, IEF, Madrid, 2001.

- GARCÉS SANAGUSTÍN, M., y PALOMAR OLMEDA, A. (coords.): *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GARCÍA LUENGO, J.: *El reintegro de subvenciones*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GIMENO FELIU, J. M.: «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)», *RAP*, n.º 137 (1995), pp. 147 ss.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. y otros: *Derecho comunitario material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- LÓPREZ RAMÓN, F. (coord.): *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTÍNEZ GINER, L. A.: *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid, 2006.
- ORDÓNEZ SOLÍS, D.: *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos*, Bosch, Barcelona, 2006.
- PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Colección Estudios Jurídicos, Madrid, 2008.
- REGO BLANCO, M.^a D.: «La discrecionalidad administrativa y su control en materia de subvenciones: estudio jurisprudencial», *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 479 ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1990.