Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 11 | 2025

Marcial Pons

© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025
Fotocomposición: Ene Estudio

La *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* es una publicación científica electrónica, abierta, gratuita y de carácter semestral dirigida a la comunidad académica internacional interesada en Derecho público. Como seña de identidad, la *Revista* prioriza la publicación de estudios teóricos y metodológicos que trasciendan de los concretos ordenamientos estatales.

Los artículos, una vez evaluados por dos expertos anónimos y aceptados por el Comité de Dirección, se publican directamente en abierto y se abren a posibles comentarios a través de un foro electrónico de discusión. Todos los artículos publicados de forma paulatina y en abierto integran la composición final del número, al que también se añaden aquellos comentarios que, por su especial valor académico, merecen acompañar al artículo comentado.

Se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (BY-NC): se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

COMITÉ DE DIRECCIÓN

M. Mercè Darnaculleta Gardella
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Girona.

María Amparo Salvador Armendáriz
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Navarra.

José María Rodríguez de Santiago
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid.

Benito Aláez Corral
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Oviedo.

COMITÉ EDITORIAL

Rosa Inés Fernanda Gómez González
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de los Andes

Dolores Utrilla Fernández-Bermejo
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Elisa Moreu Carbonell
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

José María Porras Ramírez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

Luis Medina Alcoz
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Diana-Ucrania Galetta
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Milán

Martin Burgi
Catedrático de Derecho Público
Universidad de Múnich

COMITÉ ASESOR

François Blanc
Professeur en Droit public
Université St. Joseph de Beyrouth (Liban)

Benoît Delaunay
Professeur en Droit Public
Université Paris II

Martina Conticelli
Professore Associato di Diritto Pubblico
Tor Vergata Università degli Studi di Roma

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves
Professor de Direito
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds
Research Professor
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

Susan Rose-Ackerman
Henry R. Luce Professor Emeritus of Law and Political Science. Yale University

Eberhard Schmidt-Assmann
Professor für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht
Universität Heidelberg

ÍNDICE

Carmen Martín Fernández, *Los planes de inspección* 7

José Miguel Beltrán Castellanos, *¿Tiene usted cita previa?* 41

Ester Marco Peñas, *La influencia de la disciplina presupuestaria europea en la configuración y aplicación del Derecho público de los Estados miembros*..... 75

José Ignacio Hernández G., *Los efectos trasnacionales del Derecho administrativo y la deuda pública externa* 117

Tomás Cano Campos, *Actos consentidos y control judicial de las sanciones administrativas* 157

Juan de la Cruz Ferrer, *Un análisis institucional del Derecho del dinero: derechos subjetivos, potestad monetaria y regulación* 185

Ignacio Peralta Fierro, *Conceptualismo en el Derecho administrativo sancionador en Chile* 233

Xabier Arzoz Santisteban, *La europeización del acto administrativo* 257

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 7-40
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2285
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Carmen Martín Fernández
ISSN: 2695-7191
Recibido: 21/03/2024 | Aceptado: 11/11/2024

LOS PLANES DE INSPECCIÓN*

THE INSPECTION PLANS

Carmen Martín Fernández
Profesora Ayudante doctora. Derecho administrativo
Universidad de Córdoba

RESUMEN: La planificación se ha mostrado, de un tiempo a esta parte, una buena aliada para garantizar la legalidad de las decisiones administrativas discrecionales. Con los planes, la discrecionalidad administrativa se adelanta a una fase anterior y, con ello, se racionaliza. En el ámbito de la inspección, los planes se han revelado un útil instrumento para que la Administración se organice y determine cómo va a ejercer su potestad de inspección con los medios materiales y humanos de que dispone. Es un hecho que la Administración no puede inspeccionar a todos los sujetos sometidos a limitaciones, por lo que tiene que elegir en qué sujetos, actividades o sectores concentrar sus esfuerzos. Los resultados de esa decisión administrativa (que últimamente se adopta, en algunos casos, con el auxilio de herramientas tecnológicas que determinan dónde se concentrará en el futuro el riesgo de infracción o fraude) se plasman en los planes de inspección. Son innegables, por tanto, los efectos sobre terceros que pueden desplegar tales planes, pero ello no altera en nada su naturaleza jurídica: los planes de inspección son instrucciones con las que los órganos superiores con competencia en materia de inspección orientan la conducta de sus subordinados. A pesar de este

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía «La nueva seguridad pública, Derecho Administrativo sancionador y Estado de Derecho en Europa» (ref. ProyExcel_00903) y del Proyecto PID2022-138118NB-I00 «La Administración sancionadora de la Unión Europea» del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Abreviaturas: CE: Constitución Española; CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Directiva de Servicios: Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; LJCA; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; LOPSC: Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

carácter interno y organizativo, y dada su eficacia *extradoméstica*, los planes de inspección pueden ser controlados por los administrados.

PALABRAS CLAVE: inspección, planes, discrecionalidad, motivación, instrucción.

ABSTRACT: Planning is proving to be a good ally in ensuring the legality of discretionary administrative decisions. With plans, administrative discretion is brought forward to an earlier stage and is thus rationalised. In the field of inspection, plans have proved to be a useful instrument for the Administration to organise the material and human resources at its disposal and determine how it will exercise its inspection powers. It is a fact that the Public Administration cannot inspect all subjects, so it must choose which subjects, activities, or sectors to concentrate its efforts on. The results of this administrative decision (which in some cases has recently been taken with the help of technological tools that determine where the risk of infringement or fraud will be concentrated in the future) are reflected in the inspection plans. The effects of such plans on third parties are therefore undeniable, but this does not alter their legal nature in any way: inspection plans are administrative instructions by which higher authorities with inspection powers determine how the inspectors must behave. Despite their internal and organisational nature, and given their *extradomestic* effectiveness, inspection plans can be controlled by those who are subject to them.

KEYWORDS: inspection, plans, administrative discretion, motivation, instruction.

SUMARIO: 1. LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA: 1.1. La inspección como potestad que se ejerce, generalmente, a través de actividad administrativa material; 1.2. La inspección como actividad administrativa de limitación; 1.3. El auge de la inspección administrativa.— 2. LOS PLANES ADMINISTRATIVOS: 2.1. La imposibilidad de subsumir los planes administrativos en una categoría formal de actividad administrativa; 2.2. La planificación administrativa en los diversos modos de actividad administrativa; 2.3. La planificación administrativa como instrumento de organización; 2.4. La planificación administrativa como herramienta para reducir la discrecionalidad y combatir la arbitrariedad.— 3. LA PLANIFICACIÓN DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA: 3.1. Utilidad de la planificación en la inspección: 3.1.1. Los planes de inspección como ejercicio de la potestad de autoorganización; 3.1.2. Los planes de inspección como vía para reducir la discrecionalidad inspectora; 3.1.3. Los planes de inspección como fundamento para la motivación de las decisiones discrecionales de inspección; 3.2. El contenido de los planes de inspección; 3.3. La naturaleza jurídica de los planes de inspección; 3.4. La publicidad de los planes de inspección; 3.5. El control de los planes de inspección.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA

La inspección administrativa es el instrumento con que cuenta la Administración para vigilar el cumplimiento de la normativa. Bermejo la define como el conjunto de actuaciones «previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones Públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente» (1998: 41). De forma similar, Carbonell Porras entiende que la función inspectora «es uno de los medios por los que la Administración lleva a cabo su misión de vigilancia y control» (1993: 407).

Esta concepción material de la inspección, como actividad, es la que se utilizará en este trabajo. También podría aludirse a la inspección en sentido orgánico, pero son conceptos radicalmente distintos. No todo lo que hacen los inspectores es inspección (Amenós, 1999: 41 y 199). No lo es, por ejemplo, la función de asesoramiento que desempeñan para contribuir al correcto cumplimiento de los deberes por parte de los inspeccionados (Pizarro Nevado, 2020: 707). Tampoco es inspección toda la actividad pública de acopio de datos y de información (Rivero, 1999: 67-68). Solo lo es la vigilancia de cualesquiera deberes de los administrados (Rebollo Puig, 2013: 57). Y en esto último se centra este trabajo.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la inspección así entendida es una potestad. Ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico a la Administración para la garantía del interés general y de la legalidad. De ahí su carácter irrenunciable y que su ejercicio no constituya un fin en sí mismo (García de Enterría y Fernández, 2020: 485-490; García-Trevijano Fos, 1968: 399-404). La Administración no inspecciona por el mero hecho de inspeccionar, sino para garantizar que se cumple la legalidad y, con ella, la salvaguarda de los intereses generales y, sobre todo, para restablecer la legalidad si se detectan incumplimientos.

Por eso, se dice que la inspección despliega una función de suministro de información para el ejercicio de otras potestades, fundamentalmente, la de restablecimiento de la legalidad, que es la más importante para la tutela del interés general (Casino Rubio, 1995: 3620). Así, la potestad inspectora y la de restablecimiento de la legalidad suelen aparecer unidas dentro de la categoría de la «disciplina». Después, junto a ellas, aparecerá también normalmente la potestad sancionadora, pero con una finalidad distinta.

Ahora bien, la inspección en sí misma desempeña otras funciones relevantes. Para empezar, su propia existencia cumple una importante función de prevención general: «despliega un efecto intimidatorio sobre los agentes del sector destinatario de las normas, previniendo la comisión de infracciones y asegurando el respeto del ordenamiento» (Fernández Ramos, 2002: 22); tales agentes interiorizan la posibilidad de ser inspeccionados en cualquier momento y, conscientes de la eficacia del sistema, pierden la intención de transgredir. Como señala Amenós, «cualquier mecanismo de inspección procura crear dicha conciencia» (1999: 37). Por eso es tan importante que la Administración sea eficaz durante el ejercicio de su potestad inspectora. Se analizará más adelante para poner de manifiesto algunas de las bondades de la planificación inspectora.

1.1. La inspección como potestad que se ejerce, generalmente, a través de actividad administrativa material

La mayor parte de las potestades administrativas se ejercen mediante la tramitación de procedimientos administrativos que desembocan en la adopción de resoluciones administrativas. Sin embargo, «no siempre se exige que aquellas potestades que la ley

atribuye a la Administración sean ejercidas a través de un procedimiento administrativo» (García-Andrade Gómez, 2021: 44). Caso paradigmático es el de la potestad de inspección que, habitualmente, se ejerce sin tramitación alguna de procedimiento.

Son muchos los indicios que llevan a concluir que la inspección administrativa no supone la tramitación de un procedimiento administrativo:

— Las actuaciones inspectoras, por regla general, no concluyen mediante la emisión de una resolución administrativa, que es lo característico del procedimiento administrativo.

— Muchas normas prevén la posibilidad de que la inspección se realice sin previo aviso.

— Es, incluso, posible que las inspecciones se desarrollen sin que el inspector se identifique ni comunique su presencia al sujeto titular de la actividad inspeccionada.

— Suele preverse la posibilidad de que la inspección se realice sin presencia del inspeccionado. En ocasiones, se requiere la asistencia de algún sujeto, pero por razones puramente materiales.

— La Administración puede solicitar información relevante sobre la actividad inspeccionada a un tercero sin que lo sepa su titular.

— La práctica totalidad de las normas reguladoras de la inspección omiten la fijación de un plazo máximo para la realización de las actuaciones inspectoras.

Todas estas circunstancias «ponen a prueba la teoría del procedimiento y el acto administrativo» (García-Andrade Gómez, 2021: 50), pero, más allá de eso, creo que deben llevan a aceptar que, con carácter general, el ejercicio de la potestad inspectora no supone incoación o tramitación de procedimiento alguno.

Cosa distinta es que durante el ejercicio de la potestad inspectora se exijan más o menos requisitos formales (necesidad de previo aviso o motivación del inicio de la inspección, por ejemplo) o que las leyes sectoriales *procedimentalicen* esta actividad (la LGT habla de «procedimiento de inspección» y, conforme a ello, somete a la inspección a muchas de las reglas y principios del procedimiento administrativo propiamente dicho[1])[2]. En todo caso, la inspección constituye pura actividad material

[1] Por ejemplo, en el ámbito tributario, el inicio de la inspección se debe notificar al obligado tributario (como ocurre con carácter general con cualquier procedimiento administrativo), aunque se permite también que en ocasiones la iniciación se produzca sin previa comunicación mediante la personación del inspector en las dependencias del obligado tributario; las actuaciones inspectoras están sometidas a un plazo máximo de duración (de 18 o 27 meses, según los casos), aunque el transcurso de ese plazo no conlleva la caducidad del procedimiento de inspección, que puede continuar hasta su terminación, con algunas particularidades; el acta de inspección hace las veces de propuesta de resolución; y la inspección finaliza con una resolución administrativa, normalmente con una liquidación que acuerda la regularización de la situación tributaria del obligado. Puede observarse cómo incluso en el ámbito tributario, donde la inspección está especialmente *procedimentalizada*, existen importantes excepciones a las reglas y garantías generales del procedimiento administrativo. Para un estudio más detallado del procedimiento de inspección tributaria: Casana Merino, 2021: 169-208; Herrera Molina, Martín Dégano y Sanz Gómez, 2021: 97-129; y Ruiz Garijo, 2022: 494-526.

[2] También el Reglamento de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,

de la Administración; lo demás son excepciones legales (Rebollo Puig: 2013: 75) que derivan de la «evolución cada vez más acusadamente formalista» del Derecho Administrativo (García-Andrade Gómez, 2021: 43).

El carácter predominantemente material de la actividad administrativa inspectora no obsta que durante su ejercicio la Administración pueda dictar actos administrativos, en particular, órdenes para requerir un cierto comportamiento de los administrados (Amenós Álamo, 1999: 198-200 y 211-212). Esto se debe a que rara vez basta a la Administración la mera actividad material de observación de la realidad para conocer los hechos que le interesan; normalmente necesitará también imponer determinados deberes a los particulares para que sean ellos quienes le suministren la información que necesita. Algunos de esos deberes estarán establecidos por las normas, por lo que el acto administrativo concreto que los imponga solo los estará exigiendo[3]; otros serán impuestos *ex novo* por la Administración. En todo caso, esos actos administrativos tampoco se regirán normalmente por las normas y garantías del procedimiento administrativo, sino que serán, habitualmente, órdenes dictadas sin procedimiento previo (en ocasiones verbales) y de cumplimiento inmediato. Podrá hablarse también en esos casos de actividad material de la Administración y no será necesario introducir con calzador esas órdenes o requerimientos en la categoría de actos administrativos. Si acaso, podrá decirse que son actos administrativos no procedimentales. Es importante aceptar que, en ocasiones, la realidad de las cosas exige a la Administración una actuación ágil, dinámica o inmediata, incompatible con la tramitación de un procedimiento y que, por ende, «la Administración desarrolla determinadas actuaciones sin procedimiento frente a los ciudadanos» (García-Andrade Gómez, 2021: 43). Pensemos en la orden de facilitar una visita de inspección o en un requerimiento de información efectuado por un inspector. Obviamente, cuando sea posible y no lo impida la urgencia del caso, esas órdenes deberán ser dictadas tras la tramitación de un procedimiento y notificadas a sus destinatarios siguiendo las reglas generales de la LPAC.

1.2. La inspección como actividad administrativa de limitación

La actividad administrativa de limitación puede definirse como «aquélla en la que la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier forma ordena obligatoriamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila su cumplimiento; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer la legalidad» (Rebollo Puig, 2009: 14). Conforme a esa definición, puede decirse que la inspección es la parte de la actividad administrativa de limitación que está destinada

---

de protección de datos de carácter personal) apostó por *procedimentalizar* la inspección para aportar garantías adicionales a los inspeccionados, pero con sus bienintencionadas previsiones provocó algunos problemas de calado. Lo explica Rebollo Puig, 2008: 317-318.

[3] Ocurre, por ejemplo, en materia de protección de datos (Rivero Ortega, 2008: 327-328).

a comprobar si los sujetos cumplen con los deberes impuestos para garantizar los intereses generales.

Dado que se trata de una actividad de limitación, rige aquí el principio de legalidad en su máxima expresión, por lo que la Administración solo podrá inspeccionar cuando una Ley se lo reconozca. En el art. 4.2 LRJSP puede encontrase una habilitación general en este sentido:

> «Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias».

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no solo con la inspección puede la Administración comprobar el cumplimiento de la normativa por parte de los administrados. La inspección es un mecanismo de control *ex post*. Hay otras herramientas de control *ex ante*, las cuales suelen materializarse en la exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades (autorizaciones, permisos, licencias…).

Lo habitual es que la Administración inspeccione a los sujetos cuya observancia de la legalidad quiere conocer. Sobre estos sujetos recae el deber de colaborar con la Administración que está previsto, con carácter general, en el art. 18.1 LPAC:

> «Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias…».

Sin embargo, en ocasiones, las potestades de inspección recaen sobre terceros que disponen de información relevante para el control de esos otros sujetos (organizaciones profesionales del sector, asociaciones de consumidores, empresas o entidades que se relacionan económica o profesionalmente con el sujeto, etc.). En el ámbito tributario, de hecho, dada la frecuencia con que se acude a estos terceros, se ha acuñado el término de "obligados tributarios" (Montoya López, 2007: 23). Es preciso destacar que, para exigir a estos terceros colaboración activa con la inspección, se requiere una habilitación legal más específica que la del art. 18 LPAC, como es la del art. 29.2 LGT.

Si, como consecuencia de esa inspección, la Administración detecta incumplimientos, por un lado, habrá de restablecer la legalidad alterada para garantizar el interés público que pretendió proteger con la imposición de la obligación desatendida (disciplina) y, por otro lado, en caso de que el incumplimiento detectado pueda ser constitutivo de una infracción administrativa −lo que es bastante habitual−, podrá incoar el oportuno procedimiento sancionador para castigar al posible infractor.

De esta forma, la inspección cumple una finalidad primordial consistente en ser fuente de información para el ejercicio de otras potestades, como es la de restablecimiento de la legalidad o la sancionadora. El ejercicio de la potestad inspectora podría conllevar el nacimiento de dos procedimientos administrativos diversos: uno, tendente a proteger el interés general mediante la imposición de medidas de restablecimiento de la legalidad y, otro, tendente a castigar al sujeto que ha incumplido

la legalidad a través de la imposición de sanciones administrativas. Este segundo procedimiento solo procederá si la conducta incumplidora se subsume en un tipo infractor, es decir, si se encuentra legalmente tipificada como infracción administrativa. Si la conducta fuera constitutiva de delito, entonces la inspección administrativa podría dar lugar a la incoación de un proceso penal. En todo caso, durante la tramitación de esos procedimientos cabrá adoptar medidas provisionales o, incluso antes de incoarlos, medidas provisionalísimas, si es que de la inspección se han derivado indicios de peligro para el interés general. Y si la inspección detecta que la conducta incumplidora ha supuesto daños al interés general, entonces cabrá también declarar las indemnizaciones procedentes.

Por ejemplo, una inspección tributaria podría conllevar la exigencia de los tributos no pagados (restablecimiento de la legalidad) y la imposición de una sanción o de una pena (si se ha cometido una infracción administrativa o un ilícito penal). En el ámbito urbanístico, una inspección podría conducir a la incoación de un procedimiento de restablecimiento de la legalidad (demolición de la vivienda construida sin licencia en suelo rural protegido y eventual indemnización de daños y perjuicios) y a la imposición de un castigo administrativo o penal.

Todo esto se debe a que la función inspectora no es simplemente un instrumento de control del cumplimiento de la legalidad, sino que «al comprobar e investigar el ajuste a la legalidad de actividades, instalaciones, bienes y servicios objeto de control, desempeña un papel de primer orden como garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento cuya efectividad trata de asegurar» (Fernández Ramos, 2002: 14). Entre tales bienes, pueden destacarse la seguridad y la salud de las personas, los derechos de los ciudadanos, la integridad de los bienes y las cosas y de los bienes ambientales y culturales, el funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad, los intereses económicos de los consumidores y usuarios, la competencia entre empresas y la calidad de los servicios. Por eso, decía Bermejo que el motivo principal de la dotación y ejercicio de las funciones de inspección y control es la seguridad, aunque ello provoque después una benéfica repercusión económica y social[4] (1998: 41).

1.3. El auge de la inspección administrativa

A finales del s. xx se comenzó a criticar la existencia de una grandísima Administración, cara e ineficiente. La crisis económica de 2008 agravó estas críticas y los problemas, llegándose a afirmar que una Administración de tal envergadura resultaba insostenible (Esteve Pardo, 2015: 12). A decir verdad, ya en los años 50 la doctrina

[4] Puede apreciarse en numerosos planes de inspección. Por ejemplo, el Plan de Inspección programada en materia de turismo para el año 2023 aprobado por la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía (orden de 27 de diciembre de 2022) reconoce que, además de detectar incumplimientos de la normativa turística y la prestación de servicios turísticos clandestinos, su finalidad última es «elevar el nivel cualitativo de la oferta turística de Andalucía».

subrayaba la necesidad de poner límites al crecimiento de la Administración, pero no a costa de reducir sus finalidades, sino de cambiar su forma de actuación (Medina Alcoz, 2022: 351). No obstante, fue a partir de los años 90, cuando se constató la crisis del Estado de bienestar y, con ella, la necesidad de introducir cambios drásticos en el modelo de Administración. A ello hay que añadir la tendencia liberalizadora procedente de la Unión Europea, que ha sometido a las empresas públicas a las mismas reglas que a las empresas privadas, conllevando la desaparición de muchas de esas empresas, y que ha liberalizado ciertas actividades que en España eran servicios públicos.

Este nuevo escenario no ha supuesto la desaparición de la actividad administrativa, pero sí su transformación. El Estado se ha replegado en su papel de gestor y prestador y correlativamente ha aumentado su papel de ordenador y garante (Rebollo Puig, 2013: 56; Esteve Pardo, 2015a: 11-23 y 2015b: 29-57; Parejo Alfonso, 2020b: 16; Medina Alcoz, 2022: 351-354)[5]. Lo que me interesa destacar con esto es que en esta nueva etapa adquiere gran importancia la actividad administrativa de limitación: la Administración ya no realiza determinadas actividades, pero impone deberes, órdenes, prohibiciones y obligaciones a los particulares en el ejercicio de sus actividades privadas para garantizar el interés general, los vigila para detectar incumplimientos y, en caso de detectarlos, restablece la legalidad. Ni siquiera la tendencia liberalizadora europea ha supuesto la supresión de la intervención administrativa. En ocasiones, las actividades liberalizadas son tan importantes para la sociedad que no se han entregado pura y simplemente al mercado, sino que se les considera "servicios económicos de interés general" y se les somete a una intensa regulación pública, que persigue garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a las prestaciones esenciales, pasando ello, incluso, por la imposición de obligaciones de servicio público a las empresas (Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, 2023: 61-63).

Un papel muy destacado tiene, por tanto, en el panorama actual la potestad administrativa de inspección. Sostiene Bermejo que la abstención de las Administraciones en las prestaciones directas o indirectas se ha visto acompañada por «la compensación lógica del incremento de la función o actividad de inspección» (1998: 42). Su importancia se ha visto incrementada recientemente con la aprobación de la Directiva de Servicios. Con tal norma, la Unión ha exigido a sus Estados miembros que reduzcan las cargas burocráticas al emprendimiento y, en ese sentido, ha impuesto la supresión de la autorización administrativa cuando sea posible porque no estén en juego intereses generales especialmente relevantes (como la salud pública o el medio ambiente), y su sustitución por otras medidas limitativas más livianas, como son las comunicaciones y las declaraciones responsables. La eliminación de la autorización administrativa en un determinado sector de actividad y la introducción de la declaración responsable ha supuesto la supresión del control administrativo *ex ante* y la atribución de todo el protagonismo al control *ex post*, que se materializa con el ejercicio de la inspección

[5] El problema es que este repliegue se ha producido de manera desordenada y sin ninguna planificación. Sobre ello, vid. Esteve Pardo, 2015a: 19-20. Para un estudio profundo y detallado de esta transformación de Estado prestacional a Estado garante, vid. Esteve Pardo, 2015b.

(Pizarro Nevado, 2020: 706). De hecho, por eso, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha traspuesto la Directiva de Servicios al ordenamiento español, ha impuesto a las Administraciones en su art. 20 d) que impulsen inspecciones administrativas y controles periódicos, así como el diseño y reforzamiento de planes de inspección, en todos aquellos ámbitos afectados por la ausencia de controles previos[6].

Una transformación similar se produjo en el ámbito tributario, pero incluso antes. En un principio, era la propia Administración la que calculaba la deuda tributaria de cada ciudadano. Con el paso del tiempo y el progresivo incremento del Estado social, con el consecuente aumento de impuestos y tasas, el sistema resultó inviable. La Administración no era capaz de supervisar la situación económica y social de cada sujeto para, en función de eso, determinar su deuda tributaria. Con el objetivo de devolver la viabilidad al sistema, se acogió la figura de la "autoliquidación" (similar a la declaración responsable), en la que son los propios ciudadanos los que determinan la cantidad que deben ingresar a las arcas públicas (Montoya López, 2007: 20). De esta forma, las tareas gestoras se trasladan a los contribuyentes y el papel de la Administración se posterga (también aquí) a un segundo momento: la inspección. En palabras de Aguallo, con este cambio de sistema, «la Administración tributaria se limita, prácticamente, a controlar» (1994: 25).

La inspección ha devenido, así, fundamental para garantizar el cumplimiento de la legalidad, en general, y la justicia y equidad de nuestro sistema tributario, en particular.

La cuestión es: ¿a quién inspecciona la Administración? Es un hecho indiscutible que no puede inspeccionar a todos los ciudadanos. A la Administración no le queda más remedio que seleccionar, esto es, decidir de entre millones de individuos (todos potenciales incumplidores de la legalidad) quiénes serán objeto de inspección. Entra en juego, de esta forma, la discrecionalidad de la Administración y, con ella, aparece «la sombra perenne de la arbitrariedad» (Aguallo Avilés, 1994: 27). Veremos, en los siguientes epígrafes, cómo la planificación puede ser un buen remedio para garantizar que la decisión administrativa discrecional no incurra en tal exceso.

2. LOS PLANES ADMINISTRATIVOS

La planificación, decía Ariño, «no es, en definitiva, sino el largo proceso encaminado a determinar las decisiones óptimas que los miembros de la organización han de tomar» (1972: 144). En la actualidad, la planificación se ha consagrado como «un

[6] Algo parecido, aunque con términos discutibles, dispone el art. 84 ter LRBRL: «Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial».

tipo especial de actuación administrativa que tiene por objeto el diagnóstico de una realidad compleja y la determinación de objetivos, criterios y medios para su transformación en un periodo de tiempo» (Vaquer Caballería, 2023: 7).

El procedimiento planificador suele constar de las siguientes etapas: obtención y tratamiento de información sobre el estado actual de las cosas (diagnóstico), fijación de objetivos y determinación de los medios para alcanzarlos mediante la ponderación entre alternativas (Rodríguez de Santiago, 2023: 20). Esa ponderación entre alternativas conlleva un juicio administrativo de valor (discrecionalidad).

Como resultado de la planificación, surge el plan (Rodríguez de Santiago, 2022: 9).

2.1. La imposibilidad de subsumir los planes administrativos en una categoría formal de actividad administrativa

A priori, podría plantearse si los planes administrativos pertenecen a la categoría de acto administrativo o de norma (parece claro que no encaja en la tipología contractual). Pero parece que cada plan será una cosa u otra en función de su contenido, de su finalidad, de su envergadura, o, en ocasiones, de las exigencias de la Unión Europea. A veces, incluso puede ocurrir que determinados planes los apruebe el legislador mediante una ley. En ese caso, la planificación no habrá sido una actividad administrativa. Es, por ello, que el TS ha concluido que «no puede predicarse una naturaleza jurídica, en abstracto, para todos los instrumentos de planificación que se aprueban, debiendo atenerse singularmente al carácter y contenido de los mismos»[7]. En definitiva, hay que aceptar, con Rodríguez de Santiago, que el plan, aunque forma típica de actuación administrativa, «no se reconduce necesariamente a alguna de las formas jurídicas clásicas» (2023: 27).

Ahora bien, la forma jurídica que adopte el plan en cada caso será relevante, pues de ella dependerá su régimen de invalidez y de impugnación: los planes que adopten la forma de ley o de reglamento y que infrinjan el ordenamiento jurídico serán nulos de pleno Derecho (art. 47.2 LPAC); los planes que adopten la forma de acto administrativo podrán ser nulos de pleno Derecho o anulables (arts. 47.1 y 48 LPAC). Los segundos serán susceptibles de recurso administrativo y de recurso contencioso-administrativo, mientras que los primeros solo serán recurribles en vía judicial y solo en caso de tener naturaleza reglamentaria. Como es sabido, «las formas jurídicas vinculan un concepto a un completo régimen jurídico» (Rodríguez de Santiago, 2022: 17).

Algunos planes, incluso, pueden tener naturaleza de documento interno sin efectos jurídicos. Creo que es el caso de los planes de inspección. Ni siquiera habría que descartar que un plan fuera fruto de pura actividad material. Piénsese en un pequeño municipio, que no cuenta con un servicio específico de inspección, pero que tiene

[7] STS de 18 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3410).

que ejercer, por ley, la potestad de inspección urbanística. Si el Alcalde, junto con los miembros de la policía local, decidieran organizar informalmente la inspección, mediante la realización de reuniones, por ejemplo, estarían planificando, pero lo estarían haciendo con actividad material.

Ocurre que la decisión sobre la planificación de una determinada actuación administrativa consistirá esencialmente en un juicio de ponderación, pudiendo tal juicio de ponderación estar más o menos formalizado. Ahora bien, para hablar en sentido estricto de *planificación* y de *plan* tiene que haber un mínimo de procedimiento, una concatenación de trámites, una serie de formalidades y, como resultado, se debe adoptar y aprobar formalmente un plan (ya sea con naturaleza reglamentaria, de acto administrativo o de documento interno).

2.2. La planificación administrativa en los diversos modos de actividad administrativa

Como explica Rodríguez de Santiago, «planificación y planes existen prácticamente en cualquier ámbito de actuación del poder ejecutivo» (2022: 9). Por eso hay planes con contenidos tan diversos y formas jurídicas tan distintas. Hay planificación socioeconómica, planificación de infraestructuras, planificación ambiental, planificación territorial y urbanística, planificación interna de la actuación administrativa, etc.

En este trabajo me centraré en un tipo concreto de planificación: la inspectora. Los planes de inspección encajan en esa modalidad de "planificación interna de la actuación administrativa"; se subsumen en la categoría de "planes de actuación", que son los que organizan la actividad de la Administración. No obstante, tales planes de actuación pueden referirse tanto a actuaciones limitativas (especialmente, inspectoras), como de fomento (destacan aquí los planes estratégicos de subvenciones) o servicio público (por ejemplo, los planes autonómicos de servicios sociales). Con independencia del ámbito en el que se desarrollen, tales planes tienen en común que sirven para *procedimentalizar* actividades administrativas que, *per se*, no tendrían por qué materializarse a través de la tramitación de un procedimiento. Me refiero aquí a procedimiento como a «la sucesión ordenada de actuaciones dirigidas a la obtención y a la elaboración de información para la adopción de buenas decisiones administrativas» (Rodríguez de Santiago, 2021: 136). No es que con la planificación se introduzcan en el ámbito de actividades que podrían ser materiales todas las exigencias y requisitos del procedimiento administrativo *stricto sensu*, pero sí que se introducen más formalidades y un cauce que orienta la actividad administrativa mediante el encadenamiento de trámites destinados a la adopción de una decisión planificadora (el plan o programa). Por esto, y por lo que se verá a continuación, decía Parejo que en los planes luce «la imbricación de lo organizativo y lo procedimental» (2020b: 30).

Con la introducción de procedimiento en ámbitos donde no es constitucionalmente exigible «se busca el refuerzo de la posición de la Administración y de los particulares» merced a las mayores garantías que incorpora esta figura (García-Andrade

Gómez, 2021: 184), así como el mayor acierto en las actuaciones administrativas posteriores (Martín-Retortillo Baquer, 1966: 43). En concreto, con los planes de actuación (especialmente los de inspección), se trata de incrementar la eficacia de la Administración, de garantizar un adecuado proceso discrecional y de incrementar la seguridad jurídica de los administrados.

2.3. La planificación administrativa como instrumento de organización

La planificación nació como un instrumento de organización. Giannini definió la planificación constatando que todas las organizaciones mínimamente complejas, públicas o privadas, funcionan dotándose de planes y programas y actúan para llevarlos a efecto (*apud* Amorosino, 2022: 50-51) [8].

En la actualidad, como se ha visto antes, la planificación no se utiliza solo para organizar la actividad de la Administración, sino para conseguir objetivos muy diversos. No obstante, los planes de actuación, que son los que organizan la actividad administrativa, siguen teniendo un papel destacado.

Ello se debe, en parte, a que la planificación se ha demostrado un cauce idóneo para canalizar la colaboración y la coordinación entre distintos órganos administrativos y entre distintas Administraciones Públicas (Vaquer, 2023: 455). Es ésta una de las razones por las que asistimos a la renovada vitalidad de la planificación en toda Europa: la complejidad e interdependencia de las actividades humanas y de los riesgos que generan, unida a una distribución competencial siempre más descentralizada, hacen más necesaria que nunca la coordinación y la colaboración (Parejo Alfonso, 2020a: 142-143).

Por otra parte, los planes también se han revelado instrumentos idóneos para facilitar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas (Donati, 2023: 134). No es descartable, por tanto, que la Administración aproveche la planificación para recabar la opinión de los ciudadanos, incluso respecto de materias en las que tradicionalmente no se predicaba la participación. Es el caso de la organización interna de la propia actividad administrativa. Con la planificación la Administración podría consultar qué modalidad de servicios públicos resulta más atractiva a los ciudadanos o qué tipo de ayudas serían más útiles para ellos. Con todo, a pesar de esta ventaja, respecto a los planes que me ocupan, los de inspección, la participación ciudadana no parece necesaria ni conveniente.

---

[8] En este trabajo aludo a planificación y programación como sinónimos, pero, en realidad, son conceptos distintos. Explica Donati que la planificación suele ser estratégica, diseñada a largo plazo y, por tanto, normalmente ejecutada en fases sucesivas a través del cumplimiento de objetivos progresivos; mientras que la programación está más enfocada al corto plazo, a la solución puntual de problemas (2023: 133). En definitiva, «los programas organizan temporalmente la ejecución de las acciones planificadas» (Vaquer Caballería: 2023: 448) y, por eso, tienen «un carácter especial frente al tendencialmente omnicomprensivo del plan» (Rodríguez de Santiago, 2022: 24).

2.4. La planificación administrativa como herramienta para reducir la discrecionalidad y combatir la arbitrariedad

Explica Vaquer que la potestad de planificación es típicamente discrecional, «ya que su ejercicio requiere unos juicios de diagnóstico de la realidad y de ponderación entre diversos intereses para la fijación de fines y la organización de medios» (2023: 456). Ya lo advirtió Martín-Retortillo, afirmando que la realización de un plan es siempre resultado de «la justa ponderación de necesidades y medios» (1966: 46). Es decir, la Administración, para elaborar un plan, tiene que llevar a cabo un diagnóstico de la realidad y, con base en él, debe determinar los objetivos a alcanzar con una determinada política pública, así como las medidas a adoptar en cada caso para conseguirlos. Normalmente, para tomar esas decisiones, la Administración dispondrá de discrecionalidad y podrá elegir una o varias opciones jurídicas entre muchas posibles y legales. Planificar significa, por tanto, considerar y sopesar alternativas. Se trata, a juicio de Parejo, de un «instrumento en cuya utilización se dispone de un muy amplio margen de libertad para la concreción de fines y objetivos y la determinación de medios o medidas para su realización» (2020b: 25).

De un tiempo a esta parte, la planificación, aunque discrecional, se ha revelado como un medio idóneo para evitar que la toma de decisiones administrativas pueda responder a intereses particulares. Introduciendo la elaboración de los planes antes de la toma de decisiones discrecionales concretas se realiza «una suerte de motivación-planificación inicial» (Sánchez García, 2019: 117) que reduce la discrecionalidad de que dispondrá la Administración en el futuro. La Administración quedará, así, *autovinculada* a lo que decidió discrecionalmente en un momento anterior (Parejo Alfonso, 2020a: 148).

3. LA PLANIFICACIÓN DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA

3.1. Utilidad de la planificación en la inspección

3.1.1. Los planes de inspección como ejercicio de la potestad de autoorganización

La programación de las actuaciones inspectoras «no es más que un simple plan de trabajo, un instrumento de organización interna» (Aguallo Avilés, 1994: 29). Los planes racionalizan las tareas inspectoras, organizan, programan y distribuyen las actuaciones a desarrollar por los equipos de inspección.

Los equipos de inspección son «la estructura básica de la acción inspectora en cuyo seno se desarrollan los principios de especialización y de unidad de función» (Fernández Ramos, 2002: 215). Son estos equipos los que desarrollan la actividad inspectora ordinaria, en los ámbitos que se les asignen[9]. Actúan bajo la dirección de

[9] Puede suceder que la Administración carezca de un servicio específico de inspección. En estos casos, las funciones serán desempeñadas, normalmente, por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de

un inspector, que impulsa la actividad del equipo. Este inspector, a su vez, depende de la autoridad correspondiente. Es ese inspector jefe el que, bajo la dependencia de la autoridad, emite las órdenes a los funcionarios que forman parte del equipo.

En función de esa decisión discrecional que representa la planificación se estarán distribuyendo los medios materiales y humanos de los que dispone la Administración para ejercer su potestad de inspección. Esta discrecionalidad «permite incluir criterios de oportunidad y establecer prioridades y estrategias para aplicar con la máxima eficiencia recursos limitados» (Rebollo Puig, 2013: 106).

La eficacia de la actuación inspectora exige, por tanto, su previa programación, ya que los medios humanos y materiales de que dispone la Administración son limitados. Hay que distribuir tales medios disponibles de forma que «los agentes del sector noten la presencia inspectora» (Fernández Ramos, 2002: 333). Solo así desplegará la inspección su función de prevención general.

Además, puede resultar especialmente útil la planificación cuando sobre una misma realidad puedan incidir diferentes inspecciones[10]. El procedimiento planificador permitirá, como se ha anticipado, que las diferentes autoridades encargadas de inspeccionar puedan coordinarse y colaborar entre ellas[11].

Como vemos, la finalidad de los planes de inspección es programar la actuación de los servicios de la Administración. En este sentido, su eficacia es exclusivamente interna.

3.1.2. Los planes de inspección como vía para reducir la discrecionalidad inspectora

Es posible advertir otra importante función que desempeñan los planes de inspección: contribuyen a reducir la discrecionalidad de que dispone la Administración inspectora[12]. En esta otra vertiente, los planes sí que despliegan cierta eficacia frente

---

Seguridad. Cabe, no obstante, que ciertas tareas auxiliares de comprobación sean asignadas a entidades colaboradoras, que pueden ser privadas. Dichas entidades en ningún caso podrán llevar a cabo actuaciones que impliquen el ejercicio de autoridad. Tampoco podrán, que es lo que más interesa ahora, diseñar sistemas, programas o planes de inspección. Estos planes de inspección suponen, como sabemos, la valoración y ponderación entre varias opciones posibles, por lo que conllevan el ejercicio de una potestad pública discrecional reservada a la Administración.

[10] Pensemos, por ejemplo, en la actividad desarrollada por un establecimiento de alojamiento turístico. Habrá que comprobar, entre otros extremos, que se cumplen los deberes que impone la legislación turística (inspección de turismo, autonómica), el cumplimiento de los deberes urbanísticos (inspección de urbanismo, generalmente local) y medioambientales (inspección de medio ambiente, autonómica) y que el establecimiento cumple las obligaciones de registro documental que impone la legislación de seguridad ciudadana (inspección de seguridad ciudadana, que corre a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

[11] Lo señala expresamente, por ejemplo, la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi. Su art. 95.1 dispone que los planes autonómicos de inspección ambiental deben contener «Sistemas de coordinación con otras autoridades encargadas de las inspecciones».

[12] Desde el principio, lo admitió el TS. En su sentencia de 22 de enero de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:12574) reconoció que los planes de inspección (en el caso se trataba de los tributa-

a terceros, «por cuanto contienen criterios que permiten seleccionar a los potenciales destinatarios de las actuaciones inspectoras» (Montoya López, 2007: 128). De tales criterios, fijados durante la planificación, depende quién o qué va a ser inspeccionado. El plan, de esta forma, puede resultar fundamental para la motivación de las decisiones inspectoras. Veamos esto con más detenimiento.

La discrecionalidad inspectora podría plantearse en dos vertientes: el ejercicio en sí de la inspección y en el ámbito de su ejercicio.

Con relación al ejercicio general de la inspección, cabe partir de que «la Administración tiene un deber genérico de inspeccionar aquellas actividades para las que las leyes le han otorgado potestades de inspección y de reacción ante incumplimientos» (Rebollo Puig, 2013: 105). Parece, por tanto, que no hay discrecionalidad alguna en la decisión de si inspeccionar o no: la Administración está obligada a hacerlo.

Reconocido, no obstante, ese deber genérico de inspeccionar, hay que reconocer que la Administración no puede inspeccionar a todos y a todo de forma permanente. Surge, entonces, la necesidad de que la Administración determine a quién o a qué inspeccionar, así como la periodicidad de las inspecciones. Entre otras cosas, como hemos visto, de ello dependerá la organización de los servicios de inspección. Surge, de esta forma, la necesidad de que la Administración ejerza su discrecionalidad: tendrá que elegir de entre muchas soluciones posibles, todas ellas legales (pues, *a priori*, todas las actividades y todos los sujetos sometidos a obligaciones legales podrían ser inspeccionados), las más coherentes con los principios generales del Derecho y las que más contribuyan a la garantía de los intereses públicos.

Pero, como sabemos, la discrecionalidad administrativa no es ilimitada. Sus límites vienen constituidos por la interdicción de la arbitrariedad y de la desviación de poder y por el respeto a los principios generales del Derecho. Respecto a estos últimos, nos interesan particularmente ahora los principios de igualdad y de proporcionalidad. En este sentido, la Administración no podrá incurrir en discriminación a la hora de seleccionar los sujetos a inspeccionar y tendrá que determinar las actividades a inspeccionar en función del riesgo de incumplimiento presente en cada sector. A mayor riesgo, el principio de proporcionalidad admitiría inspecciones más frecuentes.

Como expresa Rebollo, «lo que conviene es disminuir parcial y prudentemente la discrecionalidad para evitar que sea fuente de abusos y de ineficacia» (2013: 107). La cuestión es cómo hacerlo. Una primera posibilidad pasaría por introducir mecanismos de decisión totalmente aleatorios. El sorteo eliminaría por completo la discrecionalidad administrativa y con ella, todo posible ápice de arbitrariedad y de discriminación. Otra opción, en la que me centraré, pasa por recurrir a los planes de inspección. La planificación administrativa se ha convertido, de un tiempo a esta parte, en un instrumento útil para reducir, con carácter general, la discrecionalidad

---

rios) responden «a la necesidad de una actuación ordenada de la Inspección que, al propio tiempo, sea garantía de los contribuyentes frente a posibles acciones discriminatorias».

administrativa (Casana Merino, 2021: 178). De hecho, en muchos sectores los planes son instrumentos preceptivos[13].

La planificación o programación reconduce la actividad inspectora a criterios objetivos y racionales, garantizando así el respeto al principio de igualdad y evitando actuaciones discriminatorias (Fernández Ramos, 2002: 224; Amenós Álamo, 1999: 145; y Pizarro Nevado, 2020: 712). Los planes de inspección sirven para que la Administración tome una primera decisión discrecional y ello, a su vez, reduce la discrecionalidad de que la Administración dispondrá en el futuro para decidir concretamente a qué sujetos inspeccionar. Como explica Rebollo, los planes, más que reducir la discrecionalidad, la adelantan a una fase anterior y, con ello, la racionalizan (2013: 108). En palabras de Aguallo, el plan «no sería otra cosa que un ejercicio de graciosa autolimitación de la Administración» (1994: 30). Con él se evitarían, para empezar, las posibles corruptelas consistentes en no dar una determinada orden de inspección para ocultar algún incumplimiento (Nieto García, 1997: 231).

Ahora bien, la existencia del plan de inspección no elimina del todo la discrecionalidad. No solo porque suele ser la Administración la que elabora el plan (quizás con sometimiento a algunos criterios generales establecidos por el legislador y quizás basándose en los resultados obtenidos a través de la utilización de alguna tecnología de procesamiento de información), sino, sobre todo, porque la Administración puede llevar a cabo actuaciones inspectoras fuera del plan[14]. Es legítimo e incluso conveniente que sea así.

---

[13] Dice la LGT en su art. 116: «La Administración tributaria elaborará anualmente un Plan de control tributario que tendrá carácter reservado, aunque ello no impedirá que se hagan públicos los criterios generales que lo informen».

Lo mismo disponen la mayoría de las leyes medioambientales. Por ejemplo, el art. 95.1 de la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi establece: «Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, elaborarán periódicamente planes de inspección ambiental…».

También las leyes turísticas suelen contener previsiones similares. Art. 67.1 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía: «El ejercicio de las actuaciones inspectoras se ordenará mediante los correspondientes Planes de Inspección Programada que se aprueben mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo».

Incluso con carácter general, tal y como se ha advertido anteriormente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha traspuesto la Directiva de Servicios al ordenamiento español, ha impuesto a las Administraciones en su art. 20 d) que impulsen inspecciones administrativas y controles periódicos, así como el diseño y reforzamiento de planes de inspección, en todos aquellos ámbitos afectados por la ausencia de controles previos. Y algo similar dispone el art. 84 ter LRBRL respecto a las entidades locales.

[14] De hecho, hay planes que se denominan de "inspección programada" para dar a entender que será posible también la inspección no programada o *extraplan*. Es el caso, por ejemplo, del Plan de Inspección *programada* en materia de turismo para el año 2023 aprobado por la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía (orden de 27 de diciembre de 2022).

Incluso hay normas que declaran que los planes son meramente orientativos. Es el caso del art. 47.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: «Las actuaciones inspectoras del Servicio Ejecutivo de la Comisión y, en caso de convenio, las de los órganos supervisores de las entidades financieras, serán objeto de un plan anual orientativo que aprobará la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, sin per-

Imagínese que llega a conocimiento de la Administración que una empresa hostelera no cumple con los requisitos legales higiénico-sanitarios o que varias empresas están pactando precios o que un determinado contribuyente ha recibido ingresos y no los ha declarado. ¿No puede actuar la Administración si no está previsto previamente en el plan? Una respuesta negativa sería irrazonable. Por eso, la mayor parte de las normas que prevén la planificación, e incluso los propios planes, establecen la posibilidad de que los inspectores lleven a cabo actuaciones *extra plan*[15] y, a veces, hasta las dotan de prioridad respecto a las actuaciones programadas[16].

Conforme a ello, las normas suelen clasificar las inspecciones en periódicas o circunstanciales, rutinarias o no rutinarias, ordinarias o extraordinarias, en función de si se realizan en cumplimiento de un plan o programa de inspección o, por el contrario, se llevan a cabo como consecuencia de denuncias, renovación de autorizaciones o permisos o la producción de accidentes (Fernández Ramos, 2002: 331). No obstante, algunos planes de inspección prevén precisamente actuaciones inspectoras por quejas y denuncias. En ese caso, todo entraría dentro de lo planificado.

3.1.3. Los planes de inspección como fundamento para la motivación de las decisiones discrecionales de inspección

Para controlar si la Administración ha respetado los límites de su discrecionalidad, se le exige que motive sus decisiones. El art. 35.1 i) LPAC impone la motivación de «Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales». Aunque el precepto hace referencia a la motivación de los «actos», habría que entender, analógicamente, que también hay que motivar las actuaciones materiales discrecionales. Por ejemplo, un inspector no tendría solo que motivar las concretas órdenes o requerimientos escritos (actos administrativos expresos) dirigidos a un administrado solicitándole una determinada información, sino que tendría también que motivar (o estar en condiciones de motivar) sus visitas de inspección y las actuaciones materiales que se llevan a cabo durante dichas visitas, incluidas las órdenes verbales (actuación material y actos administrativos tácitos o no procedimentales). Digamos que la

---

juicio de que por el Comité Permanente pueda acordarse motivadamente la realización de actuaciones inspectoras adicionales…».

[15] La resolución de 20 de septiembre de 2023, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, por la que se aprueba el Plan de Control e Inspección sobre Protección de Datos en el Sector Público Andaluz 2023-2025 señala que tal plan «no limitará los poderes de investigación y correctivos que el artículo 58 del RGPD atribuye al Consejo, que siempre podrá realizar actuaciones de oficio así como las que deriven de la presentación de reclamaciones o de las notificaciones de brechas de seguridad de datos personales» (artículo Segundo, apartado 3).

[16] Es el caso del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Su art. 31.2 establece: «En el desarrollo temporal de actuaciones, la Inspección Provincial dará preferencia a las originadas por accidentes de trabajo o denuncias relativas a riesgos graves e inminentes, las derivadas de órdenes de servicio a las que se confiera carácter urgente y las que correspondan a la programación y objetivos establecidos para la correspondiente Inspección Provincial o unidad especializada por la respectiva autoridad».

Administración, en caso de ser requerida, tendría que ser capaz de motivar todas las decisiones adoptadas durante el ejercicio de su potestad inspectora.

La existencia de un plan de inspección facilita mucho esta tarea: muchas veces bastará con que la Administración se remita a lo indicado en el plan de inspección [17].

Más necesaria y compleja será la motivación cuando la Administración decida realizar inspecciones fuera del plan. Habría que expresar las causas que han aconsejado la realización de esa inspección que *a priori* no procedía conforme a lo inicialmente planeado. Por eso, la mayoría de las normas supeditan esta iniciativa de los actuarios a la orden escrita y motivada de su inspector jefe; orden «que se constituiría en título habilitante para llevar a cabo una actuación inspectora "extraplan"» (Montoya López, 2007: 149). Si la inspección se llevara a cabo porque se ha producido previamente un accidente, la motivación sería, de nuevo, sencillísima. Lo mismo ocurriría si mediase una denuncia, pues bastaría con alegar que, ante los indicios de incumplimiento de la legalidad puestos de manifiesto en una denuncia, se decidió inspeccionar. De hecho, Rebollo sostiene que lo ideal sería que las leyes sectoriales obligaran a la Administración a inspeccionar en caso de denuncias (2013: 109) [18]. Hay que subrayar que esas denuncias no tendrían que solicitar expresamente la inspección, sino simplemente, como suele suceder, poner de manifiesto la posibilidad de que se esté llevando a cabo una conducta ilegal [19]. Quizás el fin último del denunciante no es que la Administración inspeccione, sino que imponga una sanción o acuerde una medida de restablecimiento de la legalidad, pero para llegar a esas decisiones será necesario que previamente se ejerza la potestad inspectora para determinar si, verdaderamente, procede incoar algún procedimiento administrativo (para sancionar o para restablecer la legalidad, fundamentalmente) [20].

---

[17] SSTS de 18 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7592) y de 30 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5394), entre otras.

[18] Tal y como hace, por ejemplo, el art. 144.1 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada: «Aparte del desarrollo de los planes de inspección que tengan establecidos, cuando recibieren denuncias sobre irregularidades cometidas por empresas o personal de seguridad, o por centros de formación o su personal, los servicios policiales de inspección y control procederán a la comprobación de los hechos denunciados y, en su caso, a la apertura del correspondiente procedimiento».

[19] De hecho, si median denuncias y la Administración Pública no inspecciona y, después, la actividad o sujeto denunciados provocan daños, quizás podría sostenerse que la inactividad administrativa ha supuesto una concausa en la producción de esos daños. Si no fuera así y no hubiera mediado denuncia alguna, difícilmente podría mantenerse que también la Administración ha resultado responsable. Si así fuera, se acabaría convirtiendo a la Administración en una especie de aseguradora universal. En esos casos, serán los sujetos particulares que ejercen esas actividades privadas lesivas los que tendrán que responder de ellas. En definitiva, como expresa Rebollo, la Administración no se convierte en garante de las actividades privadas por el mero hecho de poder inspeccionarlas (2013: 116). En definitiva, habría que concluir, con Fernández Ramos, que «el servicio de Inspección tiene el deber de examinar toda denuncia formulada (…) y, a la vista de ella, si la denuncia aparece fundada, en el sentido de que ofrece indicios racionales de la comisión de una infracción o irregularidad, debe entenderse que la Inspección está obligada a realizar la actuación proporcionada para su verificación» (2002: 350).

[20] Recordemos que la potestad de inspección constituye una fuente de información esencial para que la Administración ejerza otras potestades. Es, en este sentido, una potestad auxiliar de otras.

3.2. El contenido de los planes de inspección

Planificar la inspección o elaborar los planes de inspección no es inspeccionar. En esta etapa, la Administración inspectora se está organizando internamente. Ello, como sabemos, no quita que las decisiones que adopte la Administración durante la planificación influyan sobre los sujetos inspeccionados y que, por lo tanto, las decisiones discrecionales que tome requieran de motivación.

Por lo que respecta al plan, su contenido puede variar en función del sector, de su complejidad y de las necesidades de cada ámbito y de cada momento. De la consulta de los planes de inspección y de los criterios generales que se encuentran publicados puede concluirse que su contenido suele ser el siguiente:

— Diagnóstico de la situación: número de efectivos de los que dispone la Inspección y total de sujetos o actividades que pueden ser sujeto pasivo de la inspección, fundamentalmente.

— Objetivos del plan[21] y, en su caso, líneas prioritarias de intervención[22].

---

[21] La Orden de 27 de diciembre de 2022 de la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía por la que se aprueba el Plan de Inspección Programada en materia de turismo para el año 2023 establece que sus objetivos son:

«1. Supervisar, controlar y verificar el cumplimiento de la normativa turística y el correcto funcionamiento de las actividades y servicios.

2. Proceder a la detección de la prestación de servicios turísticos clandestinos.

3. Supervisar, controlar y verificar el destino de los fondos públicos concedidos en materia turística.

4. Garantizar el respeto a los derechos de las personas usuarias de los servicios turísticos.

5. Informar y asesorar a las personas responsables de los servicios del ejercicio de sus derechos y del cumplimiento de sus obligaciones».

Como vemos, algunos de los objetivos conllevan el ejercicio de la potestad inspectora (objetivos 1 a 4), pero otros no. El objetivo 5 hace referencia a otra labor que pueden desempeñar los inspectores (de asesoramiento e información), pero que no es inspección. Hay que recordar que no todo lo que hacen los inspectores encaja en el concepto de inspección administrativa.

[22] *Ad exemplum*, la resolución de 20 de septiembre de 2023, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, por la que se aprueba el Plan de Control e Inspección sobre Protección de Datos en el Sector Público Andaluz 2023-2025 determina cuatro líneas básicas de actuación:

— La Línea 1 está dirigida al control del cumplimiento de la obligación de designación del delegado de protección de datos por parte de los organismos públicos, preferentemente en los Ayuntamientos andaluces, ya que, debido a su ámbito territorial y competencial, los tratamientos de datos personales que los mismos llevan a cabo afectan a la totalidad de la población andaluza.

— La Línea 2 tiene como objetivo verificar el cumplimiento de los principales elementos de responsabilidad proactiva en proyectos que traten datos personales haciendo un uso intensivo de nuevas tecnologías y que, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, pudieran entrañar un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.

— La Línea 3 pretende verificar el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de protección de datos por parte de los portales web institucionales del sector público en el uso de cookies, dadas las importantes implicaciones en relación con la privacidad y el amplio uso que realiza la ciudadanía de los mismos.

— La Línea 4 controlará la realización de análisis de riesgos y, en su caso, de evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos por parte de los responsables del tratamiento, dado que este

— Posibles programas de desarrollo del plan [23].

— Medidas a adoptar, es decir, actuaciones inspectoras que se van a llevar a cabo: análisis de documentación, reuniones del equipo de inspección, visitas de inspección, requerimientos documentales, etc.

— Destinatarios del plan: qué sectores, qué actividades, qué sujetos y qué obligaciones van a ser inspeccionados.

— Área geográfica del plan: dependerá de la materia y de la Administración que planifica.

— La duración o vigencia del plan: puede venir predeterminada por la ley que reconoce la potestad planificadora o establecida por la Administración en el propio plan.

— Medios humanos, materiales y económicos que se van a utilizar.

— Evaluación del plan: indicadores que se utilizarán tras la ejecución del plan para determinar si ha cumplido su finalidad de interés general o no (por ejemplo, número de controles realizados, número de actas de infracción redactadas, número de procedimientos de restablecimiento de la legalidad incoados, grado de cumplimiento normativo revelado, medidas correctoras adoptadas, tipos de infracciones detectadas, etc.) [24].

Durante todo el procedimiento de elaboración del plan la Administración tiene que tomar decisiones discrecionales. Tiene que determinar los objetivos del plan, las líneas prioritarias de actuación, cuáles serán las medidas de intervención a llevar a cabo de entre todas las posibles, y, sobre todo, tiene que determinar quiénes o qué actividades van a ser inspeccionados. Ese punto es el más delicado, pues de esa decisión dependerá quiénes serán los sujetos que finalmente padezcan la limitación que supone la inspección.

Para tomar esas decisiones, la Administración puede estar orientada por una serie de criterios de selección y líneas de acción prioritarias definidos por el legislador [25]. Tales criterios, de existir, son «las grandes coordenadas conforme a las cuales

---

análisis constituye uno de los elementos centrales en torno al cual se fundamenta el principio de responsabilidad proactiva.

[23] La resolución de 20 de septiembre de 2023, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, por la que se aprueba el Plan de Control e Inspección sobre Protección de Datos en el Sector Público Andaluz 2023-2025, prevé la aprobación de protocolos (o programas) más concretos para desarrollar las líneas prioritarias de actuación del plan (artículo Segundo, apartado 1).

[24] La evaluación es un aspecto inherente a la programación. Por eso, algunas normas ordenan la elaboración de memorias sobre el grado de ejecución de los planes y programas.

[25] Ocurre, claramente, en el ámbito tributario (art. 116 LGT). En algún sector, quizás no se aprueben de forma clara y expresa esos criterios generales, pero sí que puede el legislador determinar prioridades para la inspección. Por ejemplo, la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía dispone en su art. 63 a) que es función de la inspección de turismo «La comprobación y control del cumplimiento de la normativa vigente en materia de turismo, especialmente la persecución de las actividades clandestinas». Cuando la ley regula la planificación de la inspección (art. 67) no establece nada similar a unos criterios generales, pero puede entenderse que la Administración andaluza, a la hora de confeccionar sus planes de inspección, debe partir del objetivo prioritario consistente en perseguir las actividades clandestinas.

la Administración, mediante la Inspección (…), con un mayor o menor margen de maniobra, habrá de concretar sobre qué sujeto o categoría de sujetos recaerá la comprobación e investigación» (Aguallo, 1994: 71).

No obstante, puede que la Administración se encuentre sola ante tal compleja tarea. Tendrá, entonces, que acudir al juicio ponderativo compuesto por tres fases: la identificación de los intereses en juego, la atribución del peso que corresponde a cada interés y, finalmente, la decisión de prevalencia (Rodríguez de Santiago, 2015: 9). En ese juicio ponderativo, parecería lógico que el parámetro que guiara la decisión final fuera el potencial infractor de los individuos (Aguallo Avilés, 1994: 103; Herrera Molina, Martín Dégano y Sanz Gómez, 2021: 104). Es decir, hay que aceptar que las actuaciones inspectoras «normalmente se acometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observancia de las normas» (Rebollo Puig, 2013: 71). Pero, para determinar de entre todos los posibles sujetos a inspeccionar quiénes van a ser finalmente los inspeccionados, parece lógico y proporcionado optar por incluir en la muestra a los más proclives al incumplimiento, a la trasgresión, al fraude. Precisamente por eso, algunas normas prevén la realización de un mapa de riesgos que ayude a la Administración a decidir a quién inspeccionar[26]. Los mapas de riesgos permiten una detección más precisa de los incumplimientos y una utilización más eficiente de los recursos.

Para su elaboración, es necesario contar con información veraz y exhaustiva[27]. Y para recabar esa información, la Administración tiene que hacer uso de su discrecio-

---

[26] Es el caso de la Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2023. La elaboración de esos mapas de riesgos en el seno de la Administración tributaria ha conducido a que el Plan Anual de 2023 establezca que se controlarán prioritariamente los sectores de alto riesgo de existencia de economía sumergida o de uso intensivo de efectivo o que no admitan pagos por medios bancarios, los sujetos cuyas rentas se obtengan de entrega de bienes o prestaciones de servicios directamente realizados al consumidor final, los sujetos cuyos signos externos de riqueza, de patrimonio, de rentabilidad o información financiera sean incoherentes o inconsistentes con respecto a las rentas declaradas, los contribuyentes que declaran una evolución irregular o anómala del importe de sus existencias que sea inconsecuente con su actividad declarada e indicio de la posible existencia de ventas ocultas, los artistas y deportistas no residentes que actúan en territorio español y los contribuyentes cuyo perfil de riesgo se pueda asociar a supuestos de división artificial de la actividad que buscan minorar indebidamente su nivel de tributación directa.

[27] En el ámbito tributario es una fuente de información esencial el Plan Nacional de Captación de Información que cada año define, impulsa y coordina la Oficina Nacional de Investigación del Fraude. También supone un importante suministro de datos el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales de la OCDE, que continúa avanzando en la mejora de la transparencia y del intercambio de información para fines fiscales. Ello, junto con otros acuerdos internacionales para el intercambio de información fiscal, constituye una importante base de datos para que la Administración tributaria elabore los mapas de riesgos.

El Plan de Control e Inspección sobre Protección de Datos en el Sector Público Andaluz 2023-2025, por su parte, establece que las fuentes de información que se utilizarán para seleccionar los proyectos a inspeccionar serán «los anuncios de licitaciones públicas, reclamaciones de la ciudadanía, notificaciones de brechas de seguridad de datos personales y noticias en medios de comunicación que se hagan eco de este tipo de iniciativas».

nalidad, pues debe determinar qué criterios van a guiar esa recopilación de datos[28]. Recabada la información, procede tratarla. Normalmente, ese tratamiento se realiza con herramientas tecnológicas, que ayudan a determinar en qué sectores hay más riesgo de ilegalidad (Huergo Lora, 2021: 82). El procesamiento de los datos, sea manual o tecnológico, no conlleva discrecionalidad. Más bien, supone la realización de una interpretación del "riesgo" (García-Trevijano Fos, 1968: 408-412). El "riesgo" es un concepto jurídico indeterminado y, para su determinación, decía García de Enterría, la Administración no puede utilizar su discrecionalidad. O se produce el riesgo, o no se produce, *tertium non datur* (1962: 172). Se trataría, en su caso, de discrecionalidad técnica, pues consistiría en interpretar un concepto jurídico indeterminado sobre la base de unos criterios técnicos y profesionales y basándose en un saber profesional y científico[29]. Es, por ello, que las herramientas tecnológicas, o incluso de inteligencia artificial, pueden ser útiles aquí. Los algoritmos podrían predecir, con base en datos pasados, cuáles serán los sectores más proclives al fraude, al incumplimiento normativo[30].

De hacerse así, a la Administración le quedaría ya un margen de apreciación mucho más reducido. La Inspección habrá de indagar, en todo caso, las situaciones en las que existan evidencias de que se han soslayado las obligaciones legales. A estos sectores de riesgo son a los que más debe dedicar la Administración sus esfuerzos y sus efectivos. Si, aun así, la Administración no dispusiera de los medios necesarios para investigar a todos los sujetos pertenecientes a los grupos de riesgo, tendría que priorizar en función de lo que considerase más adecuado al interés general. Esa decisión, como sabemos, estaría sometida a límites. Si, por ejemplo, en el ámbito tributario, dentro de los grupos de riesgo, la Administración decide priorizar, sin dar ninguna razón, el control de los trabajadores por cuenta ajena sobre el control de los empresarios y profesionales, ello seguramente sería contrario a los principios generales del Derecho y constitutivo de una desviación de poder, si no de arbitrariedad (Aguallo Avilés, 1994: 105).

Es cada Administración, a veces orientada por el legislador, la que determinará cuáles serán las fuentes de información a utilizar para la confección de los mapas de riesgos.

[28] El Plan de Control e Inspección sobre Protección de Datos en el Sector Público Andaluz 2023-2025 indica que los proyectos a inspeccionar «se seleccionarán atendiendo al empleo de nuevas tecnologías (…), al alcance poblacional previsto, así como a los mayores riesgos que podrían producirse». La Administración independiente andaluza ha considerado, discrecionalmente, que son esos los criterios que deben regir la selección de las actividades a inspeccionar. Por otra parte, el Plan señala que el control del cumplimiento de la obligación de designar un delegado de protección de datos se efectuará, prioritariamente, en los Ayuntamientos, «dada la repercusión que tienen en toda la población andaluza los tratamientos de datos personales que realizan». Esta es la justificación o motivación que ampara su decisión discrecional.

[29] Criticaba García-Trevijano este concepto precisamente porque cuando se ejerce la discrecionalidad técnica no se actúa una verdadera discrecionalidad. Decía: «no se puede hablar de discrecionalidad técnica, puesto que se trata de conceptos antagónicos. Cuando hay discrecionalidad no puede nunca hablarse de técnica y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad» (1968: 423).

[30] Por ejemplo, en materia turística, los datos disponibles de las inspecciones pasadas pueden sugerir centrar los esfuerzos inspectores en las viviendas con fines turísticos, por ser ese el ámbito en el que se detecta un mayor número de inicios de actividad y un mayor porcentaje de clandestinidad.

Fuera de esos grupos de riesgo, donde la existencia de ilegalidades no aparece tan claramente, el deber de actuar de la Inspección se difumina. Surge, entonces, la posibilidad de que la Administración decida practicar nuevas inspecciones *extra plan* y, con ella, nuevamente, la discrecionalidad.

3.3. La naturaleza jurídica de los planes de inspección

Explica Vaquer, que, en el proceso de determinación progresiva del Derecho, «los planes cumplen una función lógicamente intermedia entre la legislación (en su sentido amplio, comprensivo de leyes y reglamentos) y su ejecución» (2023: 453). De ahí el título del trabajo del Prof. Parejo Alfonso "La actuación administrativa a caballo de la división entre normativa y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan". A juicio de su autor, planificar constituye un tipo decisional complejo y singular que no encaja ni en la pura normación ni en la decisión administrativa concreta (2020b: 25). En el mismo sentido, Rodríguez de Santiago concibe a los planes como «un útil eslabón intermedio ordenador y racionalizador» (2023: 36).

La cuestión es que nuestro ordenamiento jurídico no contempla un *tertium genus* intermedio entre la norma y el acto. Es lo que ocurre, con carácter general, en todos los ordenamientos jurídico-públicos de Europa continental, pues «parten de la diferencia categorial o cualitativa entre *creación de Derecho* (por la norma) y *aplicación de Derecho* (por el acto)» (Rodríguez de Santiago, 2021: 18). Es, por ello, que respecto a cada tipo de plan hay que determinar si se trata de una norma o de un acto. Lo mismo ocurre con los planes de inspección. Habrá que analizar detenidamente su contenido y sus previsiones para determinar si se trata de normas o de actos.

En el ámbito inspector, el resultado de la actividad administrativa planificadora podría adoptar la forma de reglamento, de acto administrativo o de mero documento interno. Por el estudio realizado en distintos ámbitos (tributario, turismo, servicios sociales, medio ambiente, protección de datos, etc.), he de concluir que lo habitual es que los concretos planes de inspección sean meras normas internas, que establecen una serie de criterios que estarán vigentes durante un determinado período de tiempo para ilustrar cómo debe ser durante el mismo la actuación de la Administración. No obstante, no hay que descartar que algún programa de inspección sea un acto interno, dado su carácter concreto y su extinción con la aplicación. Pero, en todo caso, lo que creo que es común a todos ellos, es que encajan en la categoría de "instrucciones u órdenes de servicio".

Las instrucciones u órdenes de servicio se dictan en ejercicio de la potestad jerárquica. Con ellas, los órganos superiores indican a sus inferiores jerárquicos cómo tienen que proceder en un determinado ámbito. Su finalidad es contribuir a la toma de decisiones administrativas discrecionales y, para ello, aportan criterios que, junto a los normativos, habrán de ser considerados para la adopción de decisiones concretas. De esta forma, los órganos superiores, con un primer juicio valorativo, alejado de la casuística, vinculan los posteriores juicios valorativos que tendrán que realizar sus subordinados.

El Tribunal Supremo viene estableciendo que la diferencia fundamental entre las instrucciones (normas internas) y los reglamentos es que las primeras «no pretenden innovar el ordenamiento jurídico regulando la conducta de los ciudadanos, sus únicos destinatarios son los órganos jerárquicamente dependientes del órgano que las dicta (…,) solo a ellos vinculan por su relación jerárquica, de forma que su incumplimiento solo tiene trascendencia en el ámbito doméstico, pues puede acarrear la responsabilidad disciplinaria del funcionario, pero no tiene repercusión alguna en la validez del acto administrativo que se dicte»[31]. Si se aprueba una instrucción con otras pretensiones, es decir, con un contenido que excede «de la mera relación jerárquica en el ámbito interno de la Administración» y que innova el ordenamiento jurídico, regulando conductas que afectan a terceros, habrá que concluir que lo que se ha aprobado es un reglamento, con independencia de su *nomen iuris*[32]. En definitiva: las instrucciones no son reglamentos, por lo que no son fuente del Derecho, aunque, como sabemos, pueden tener «una eficaz fuerza directiva» (Rodríguez de Santiago, 2021: 15), ya que vinculan a los órganos administrativos a los que se dirigen, que podrían incluso ser sancionados disciplinariamente si se apartaran de sus previsiones.

A mi parecer, los planes de inspección son instrucciones dictadas en ejercicio de la potestad de autoorganización inherente a toda Administración, pues son aprobados por los órganos superiores con competencia en materia de inspección para orientar la conducta de sus subordinados. Con los planes de inspección, los órganos superiores con competencia inspectora fijan las premisas de futuras decisiones, las racionalizan y favorecen, con ello, el tratamiento igual y objetivo de los ciudadanos por parte de sus órganos inferiores, que serán los encargados de ejercitar esa competencia inspectora. Cumplen, así, con la función que el art. 6.1 LJRSP encomienda a las instrucciones: «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio». Lo entiende así también el Tribunal Supremo, que expresamente ha declarado en alguna ocasión que los planes de inspección son meras normas internas de carácter organizativo[33].

En todo caso, lo que debe estar claro es que, por regla general, los planes de inspección no se dictan en ejercicio de la potestad reglamentaria. Por eso pueden ser aprobados por órganos que carecen de competencia para aprobar reglamentos y no tienen que seguir el procedimiento de creación de estas normas administrativas.

Dada su naturaleza de norma interna, los planes no vinculan a nadie más que a sus destinatarios concretos (que son los órganos administrativos inferiores al sujeto que los dicta)[34]. En este sentido, dispone el art. 6.2 LRJSP que «El incumplimiento

---

[31] STS de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:215).

[32] STS de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565),

[33] STS de 29 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1654).

[34] Recuerda la STS de 15 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4553) que «las instrucciones, circulares u órdenes de servicio son las que los superiores jerárquicos de las Administraciones dirigen a sus inferiores en uso de su potestad de autoorganización (…) sus destinatarios son los funcionarios o los órganos administrativos inferiores, sin que vinculen a terceros ajenos al ámbito administrativo y su finalidad no es otra que la de dar pautas interpretativas para la aplicación de las normas a fin de garan-

de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir». Por tanto, las instrucciones no tienen que ser utilizadas por los jueces para anular la actividad administrativa que las contravenga, ya que, con carácter general, su infracción no está sancionada directamente con la invalidez de la actuación administrativa que las haya contravenido[35]. No obstante, sí son vinculantes para los órganos administrativos destinatarios de la instrucción, que solo pueden apartarse de ella de forma motivada y que pueden, incluso, incurrir en algún caso en responsabilidad disciplinaria por no acatarla.

Con lo anterior no quiere decirse que los planes de inspección sean irrelevantes para otros sujetos. De hecho, puede que afecten claramente a los particulares en cuanto sufran las actuaciones inspectoras realizadas conforme a ellos. Puede que su vulneración sea considerada un indicio de discriminación o de arbitrariedad; etc. (Rebollo Puig, 2023: 219). Pero nada de ello altera su naturaleza jurídica. Seguirán siendo instrucciones internas, aunque algunos de sus efectos puedan exceder del ámbito doméstico típico de estas actuaciones administrativas. Lo ha reconocido el Tribunal Supremo:

> «Las meras instrucciones (…) con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública (…) se reservan para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos»[36].

Veremos las consecuencias que puede conllevar esto último en los siguientes epígrafes.

3.4. La publicidad de los planes de inspección

Con carácter general, se predica de los planes su publicidad. Sin embargo, hay planes cuya publicación o, al menos, total publicación, resulta desaconsejable.

Es lo que ocurre con los planes de inspección. La finalidad de la inspección es descubrir ilegalidades, por eso siempre se ha aceptado que se conjugue la certeza de su producción (para el fin de prevención general) con la imprevisibilidad del momento en que se materializará su ejercicio (para asegurar la eficacia de la actuación

---

tizar una unidad de actuación (…). No tienen carácter normativo, ni son el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria».

[35] Precisamente por eso, el TS viene rechazando que el incumplimiento del plan de inspección suponga automáticamente la invalidez de la actuación inspectora (STS de 29 de abril de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1654).

[36] STS de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565).

inspectora). Siguiendo con esa lógica, los planes de inspección deben ser secretos[37]. Ello, además, casa perfectamente con la naturaleza jurídica de esos planes: las instrucciones pueden tener carácter reservado.

A pesar de todo, la accesibilidad a los planes de inspección es posible, sobre todo, teniendo en cuenta el derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública, que rige con independencia de la tramitación de un procedimiento y, por ende, de la condición de interesado del sujeto. El acceso a la información pública es un derecho de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 13, apartado d, LPAC). No obstante, como es sabido, tal derecho no es ilimitado, por lo que podría denegarse el acceso o concederse un acceso parcial al plan cuando lo contrario pudiera suponer un perjuicio para «Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control» (arts. 14.1, apartado g, y 16 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Esta posibilidad de acceso al plan, siempre y cuando no suponga un perjuicio para la efectividad de la inspección, también viene confirmada por la propia naturaleza jurídica de los planes como instrucción. Dice a este respecto el art. 6.1 LRJSP *in fine* que «Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín 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».

Quizás, incluso, podría entenderse que la publicidad activa de los planes de inspección es necesaria, dada su repercusión sobre los sujetos inspeccionados. Explica Vaquer que este tipo de planes, pese a su carácter interno, «pueden desplegar cierta eficacia *ad extra*» (2023: 452). En este sentido, Aguallo se mostraba un firme defensor de la necesaria publicidad de los planes de inspección (en el ámbito tributario, que tiene más mérito). Decía:

> «si los planes tienen alcance sobre la esfera jurídica de los administrados, resulta evidente que éstos deben estar en situación de poder controlar ante los órganos jurisdiccionales la conformidad de la actuación inspectora −tanto en la elección de los criterios como en la ejecución del plan− al fin que la justifica, impidiendo un eventual "exceso de poder", y a los principios de igualdad, no arbitrariedad y proporcionalidad» (1994: 122).

[37] Algunas normas prevén expresamente el carácter secreto de los planes de inspección. Es lo que hace, por ejemplo, el art. 170.7 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos: «Los planes de inspección, los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos». Algunos autores han justificado esta previsión afirmando que «el elemento sorpresa es imprescindible para controlar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones tributarias» (Herrera Molina, Martín Dégano y Sanz Gómez, 2021: 104).

Ante tal panorama, para decidir si procede publicar los planes o no, habría que poner en una balanza todos los intereses en juego. Fundamentalmente, son tres los intereses generales que se encuentran en tensión: por un lado, la eficacia de la actuación inspectora[38], que puede aconsejar en algunos casos la privacidad de los planes, y, por otro lado, la transparencia de la actuación administrativa y la seguridad jurídica de los ciudadanos, que exigen una cierta publicidad. Respecto a la eficacia de la actuación inspectora, hay que recordar que la inspección, como potestad que es, no se ejerce en beneficio de su titular, sino de un tercero; en este caso, del interés general[39]. Es decir, que cuando se alude a la eficacia administrativa no se hace referencia a un interés propio de la Administración, sino a la garantía del interés general que protege y garantiza la función inspectora (Aponte Arcila, 2021: 63[40]).

A mi entender, la solución a este conflicto de intereses pasaría por acoger la solución de Fernández Ramos:

> «en términos generales parece exigible la publicidad de los criterios generales que debe respetar la Administración a la hora de programar sus actuaciones. En cambio, parece razonable mantener la confidencialidad de las informaciones referentes a los métodos de trabajo de los inspectores y a los límites de intervención de los servicios, cuya publicidad perjudicaría la investigación de los servicios de inspección» (2002: 340).

De esta forma, la publicación de los criterios generales que van a orientar la planificación otorga seguridad jurídica a los ciudadanos y permite que la potestad inspectora cumpla con su función de prevención general; mientras que los concretos planes mantendrían su carácter reservado y, con ello, se garantizaría la finalidad última de la inspección administrativa, que es detectar las ilegalidades.

No creo que, como sostuvo Aguallo (1994: 188), la privacidad de los planes de inspección impida el control de la actuación inspectora ni de su sometimiento a la Ley y al Derecho. Lo analizo en el siguiente epígrafe.

Por otro lado, una cosa es darle publicidad al plan y otra diferente hacerlo accesible total o parcialmente a un interesado concreto que lo solicite. Cuando haya un ciudadano que acredite un derecho subjetivo o un interés legítimo para acceder al contenido del plan, habrá que poner en la balanza, no solo la transparencia pública y la seguridad jurídica, sino también ese concreto derecho o interés, que tendrá un peso adicional y quizás decisivo para que la balanza se incline a su favor en detrimento de la eficacia administrativa. En estos casos puede que proceda otorgar un acceso parcial al plan, en la medida necesaria para que el sujeto pueda comprobar si la decisión de la Administración fue legal o arbitraria.

---

[38] Respecto a la eficacia de la actuación inspectora, hay que recordar que la inspección, como potestad que es, no se ejerce en beneficio de su titular, sino de un tercero; en este caso, del interés general.

[39] Sostiene Bermejo que los poderes de la Administración (sus potestades) están justificados por «la indubitable existencia de intereses generales, en su más noble y amplio significado» (1998: 40).

[40] El autor explica que, en el ámbito tributario, el robustecimiento de las potestades inspectoras de la Administración garantiza, en la práctica, la virtualidad del sistema normativo tributario diseñado por el legislador.

3.5. El control de los planes de inspección

Si consideramos que los planes de inspección son instrucciones, hay que concluir que, *a priori*, no son recurribles. Fundamentalmente, porque no encajan en el concepto de actividad administrativa impugnable (art. 25.1 LJCA). De hecho, como sabemos, los concretos planes o programas no se publican. Solo suelen ser objeto de publicación los criterios generales de planificación. Habrá, por tanto, que esperar a que la decisión concreta basada en la planificación y materializada en una resolución o actuación administrativa material vulnere alguna posición jurídica.

Esta es la regla general que viene proclamando el Tribunal Supremo con relación a las instrucciones. Después de mantener que son normas internas sin vinculación para los terceros administrados, sostiene que tales sujetos, ajenos a la esfera organizativa de la Administración, en absoluto quedan sometidos a la interpretación efectuada en la instrucción, pudiendo expresar su disconformidad *al impugnar los actos de aplicación*[41]. Hay que concluir, por tanto, que la corrección jurídica de los criterios contenidos en las instrucciones podrá ser examinada «con ocasión de los actos aplicativos que de los mismos pudieran hacerse, susceptibles de la correspondiente impugnación y de control jurisdiccional»[42]. Será cuando la Administración dicte o realice actos de aplicación de la instrucción u orden de servicio «cuando ésta tendrá eficacia *ad extra* e incidirá en los derechos de los ciudadanos, y es, por ello, en la impugnación de tales actos que la acojan en la que podrá cuestionarse su acierto o desacierto»[43].

No obstante, la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos podría aconsejar encontrar alguna vía de impugnación directa de los planes de inspección, al menos, cuando éstos puedan lesionar sus derechos fundamentales. Es lo que, en alguna ocasión, ha mantenido el Tribunal Constitucional para permitir el recurso directo contra las instrucciones u órdenes de servicio, tanto en vía contencioso-administrativa como en sede de amparo constitucional, no solo por parte de los funcionarios destinatarios de las mismas, sino de cualquier ciudadano[44].

Sí resultan recurribles, por tanto, la iniciación de la inspección[45] y las actuaciones inspectoras concretas amparadas por el plan. Podrá alegarse su falta de motivación o incluso su arbitrariedad y, para eso, los recurrentes podrán basarse en la ilegalidad previa del plan o en su ausencia.

---

[41] SSTS de 15 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4553), de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:215) y de 19 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4565).

[42] STS de 24 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1669).

[43] STS de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:215).

[44] *Ad exemplum*, SSTC 47/1990, de 20 de marzo, y 150/1994, de 23 de mayo. Sobre este tema, vid. Bacigalupo Saggese, 2005: 565-571 y Moreno Rebato, 1998: 173-178.

[45] En el ámbito tributario, el acto de inicio de la inspección se considera un acto de mero trámite, por lo que las irregularidades cometidas al seleccionar al obligado tributario solo podrán combatirse al recurrir la resolución (normalmente, liquidación) que ponga fin al procedimiento inspector (Herrera Molina, Martín Dégano y Sanz Gómez: 105). Esto se debe a las particularidades de la inspección tributaria, prototipo de inspección *procedimentalizada*.

Para que se anule la inspección no será suficiente con alegar esa falta de motivación o arbitrariedad; habrá que probar de alguna forma que se ha llevado a cabo con desviación de poder, un móvil discriminatorio u otro de naturaleza espuria[46]. Por ejemplo, no bastará con alegar que la inspección no estaba prevista en el plan, pues el Tribunal Supremo ha aclarado que la utilización de los planes de inspección «no puede traducirse sin más en un derecho subjetivo del contribuyente a no ser investigado si no se encuentra incluido en dichos planes y programas»[47]. En estos casos habrá que ir más allá y alegar que la inspección ni estaba prevista en el plan ni fue motivada de ninguna otra forma.

La dificultad reside, obviamente, en probar el vicio. Entre otras cosas porque, como se ha dicho, lo habitual es que los planes de inspección sean secretos. Por eso, a mi parecer, habría que aceptar como prueba indiciaria de tal obrar administrativo ilegal la inexistencia de documentación o datos que justifiquen la necesidad de haber realizado la inspección. Es fundamental, en este sentido, que el interesado proponga prueba dirigida a acreditar la arbitrariedad[48]. Si la Administración no puede probar que ha inspeccionado por exigencia de una norma, porque así estaba previsto por un plan[49], por mediación de denuncia o porque advirtió serios riesgos de irregularidades (debiendo explicarlos), ello será indicio de actuación arbitraria[50]. Obviamente, *sensu contrario*, bastará cualquier indicio de legalidad de la actuación administrativa, cualquier justificación de la decisión, para que no proceda la anulación de la inspección. Quizás, incluso, como insinúa Rebollo, «la misma comprobación de ilegalidades demuestra que se hizo bien en inspeccionar» (2013: 112).

En definitiva, lo que no me parece aceptable es que, como venía sucediendo y explica Rodríguez de Santiago, la carga probatoria de la arbitrariedad se haga recaer plenamente sobre el recurrente, dispensándose a la Administración de explicitar los criterios que han justificado sus decisiones planificadoras y haciendo irrelevante «la circunstancia de que en el expediente no se encuentre la motivación de esas decisiones» (2015: 33). No obstante, parece que, como pone de manifiesto el mismo autor, de un tiempo a esta parte los tribunales han cambiado su criterio y exigen que sea la Administración la que justifique «que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente» (2015: 35). En el caso de la inspección, este cambio de criterio no es solo conveniente, sino necesario, pues

---

[46] STS de 18 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2010:7592).

[47] SSTS de 23 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2711) y de 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:555).

[48] SSTS de 18 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7592) y de 15 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6638), entre otras.

[49] Cuando la Administración planifica, está adoptando decisiones sobre criterios con los que ejercerá su facultad discrecional en el futuro, por lo que los jueces pueden controlar que «las concretas decisiones finales sean coherentes con aquellos criterios generales» (Rodríguez de Santiago, 2015: 30).

[50] Toda decisión administrativa inspectora que no se encuentre debidamente motivada y que sea ajena a toda razón capaz de justificarla sería una decisión arbitraria (Montoya López, 2007: 82). En este sentido, Desdentado Daroca explica que «lo que caracteriza al acto arbitrario no es solo su disconformidad con el Derecho, sino, también y fundamentalmente, carecer de fundamento alguno» (1997: 153).

muchas veces el carácter reservado de los planes de inspección imposibilitará al administrado conocer los posibles criterios en los que se ha basado la Administración para adoptar sus decisiones planificadoras.

La vía a la que acudir para controlar a la Administración depende de cómo se materialice la iniciación o el contenido de la inspección[51]. Si la inspección se efectúa mediante una visita, el medio para impugnar la actividad administrativa será el recurso contra la vía de hecho (art. 30 LJCA); también si lo que se trata de combatir son órdenes verbales que pueden haber sido seguidas de una casi instantánea coacción administrativa[52]. Si, como es cada vez más habitual, la Administración no se desplaza, sino que inspecciona a través de requerimientos de información escritos, entonces habrá que acudir a la vía del recurso administrativo o contencioso-administrativo genérico para impugnar ese concreto requerimiento, que tendrá la naturaleza de orden administrativa, entendida como el «acto administrativo típico de imposición de deberes de hacer, de no hacer o de padecer» (García de Enterría y Fernández, 2020: 149)[53].

En todo caso, el control sería posterior a la colaboración con la Administración. Quiero decir con esto que el requerimiento o la orden que dicta la Administración y que notifica o comunica al administrado es de cumplimiento obligatorio, dada su ejecutividad y el especial deber de colaboración que consagran la práctica totalidad de las leyes sectoriales y la LPAC con carácter general en su art. 18.1. Y ello, con

---

[51] En todo caso, es de reseñar la jurisprudencia que reprocha la conducta de los administrados que recurren la actuación inspectora directamente en vía judicial sin haber puesto previamente de manifiesto en vía administrativa la supuesta arbitrariedad en que incurrió la Inspección. En este sentido, vid., entre otras, las SSTS de 15 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6638) y de 18 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:7592).

[52] Sobre el carácter encorsetado del recurso contra la vía de hecho y las dificultades que conlleva para el acceso a la tutela judicial efectiva de los administrados y el control judicial de toda la actuación administrativa, vid. García-Andrade Gómez, 2021: 202-211.

[53] Se trataría, en concreto, de órdenes que, sin ninguna ilegalidad previa, establecen un deber completamente nuevo para un sujeto determinado en un caso concreto (por ejemplo: orden que dirige la Inspección de Tributos a El Corte Inglés para que informe de los clientes que han superado una determinada cifra de gastos). No habría que descartar, no obstante, que en ocasiones se tratara de órdenes que, ante un incumplimiento previo de un deber establecido por una norma, impusieran al incumplidor el comportamiento correcto para asegurar el interés general puesto en peligro y restablecer la legalidad (por ejemplo: orden del inspector de Turismo de la Junta de Andalucía a un hostal para que disponga de hojas de reclamaciones al servicio de sus clientes).

En ningún caso creo que estos requerimientos de la inspección fueran actos de trámite, pues, a mi parecer, el ejercicio de la inspección no supone tramitación de procedimiento alguno. Como digo, creo que son órdenes administrativas, emitidas por autoridades titulares de verdaderos órganos administrativos como resoluciones finales de un procedimiento administrativo que, en muchas ocasiones, es extraordinariamente breve y, a veces, inexistente (pensemos en la orden verbal que emite el inspector de consumo durante una visita *in situ* para que se le facilite el acceso a unas instalaciones cerradas al público). En ocasiones podrá defenderse que se trata más bien de actividad material de la Administración sin previo acto, pero, en cualquier caso, será una actividad o una orden controlable por los jueces.

El problema es que, en muchas ocasiones y, a mi parecer, erróneamente, los tribunales consideran que el inicio de la inspección es un acto de trámite no recurrible, de modo que sus vicios tendrían que alegarse al impugnar la resolución final. Pero ¿qué resolución?

independencia de que al interesado el requerimiento administrativo le pueda parecer arbitrario, discriminatorio o, en definitiva, ilegal. La orden será eficaz y se presumirá válida. De hecho, si el destinatario de la orden no cumple con su contenido y permanece impasible, se podrá acudir a la ejecución forzosa para vencer su pasividad (por ejemplo, si lo permitiera la ley, podrían imponérsele multas coercitivas). Si se tratase de una visita de inspección y el administrado se opusiera, quizás incluso podría vencerse su resistencia mediante la coacción directa. Ello, claro está, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio). Por otra parte, la conducta desobediente podrá ser constitutiva de infracción[54]. Normalmente, las leyes sectoriales tipifican como infracción la obstrucción a la labor inspectora; pero, si no se hiciese, la desobediencia podría ser constitutiva de la infracción del art. 36.6 LOPSC o incluso del delito del art. 556 CP[55].

4. CONCLUSIONES

1) Los planes de inspección son planes de actuación que organizan cómo se desenvolverá el ejercicio de la potestad inspectora de la Administración. Son, en este sentido, un instrumento fundamental al servicio de la potestad *autoorganizatoria* para la distribución de recursos materiales y humanos.

2) El procedimiento de planificación en el ámbito de la inspección supone que la Administración inspectora haga uso de su discrecionalidad para determinar qué sujetos, actividades u obligaciones legales serán inspeccionados, a través de qué medios y con qué periodicidad.

3) El plan de inspección puede servir a la Administración como fundamento o motivación de sus concretas decisiones inspectoras. Su ausencia podría ser en algún caso un indicio de la ilegalidad de la actuación inspectora.

---

[54] Estamos, como explican García de Enterría y Fernández, ante una de las variedades de lo que llaman «autotutela reduplicativa o en segunda potencia». La de una potestad sancionadora de la Administración que «supone un reforzamiento notable de la autotutela ejecutiva: el particular que ha incumplido una obligación o un deber (…) no solo arriesga una ejecución forzosa (…) sino también una sanción por su incumplimiento, sanción que impondrá directamente la Administración sin tener que acudir al juez represivo (…). Así la Administración no solo se ha eximido de los juicios declarativos y ejecutivos, sino que también tiende a hacerlo, de manera creciente, del juez represivo» (2020: 561-563). Las infracciones de obstrucción a la labor inspectora y la genérica de desobediencia son expresión acabada de esa tendencia.

[55] Para apreciar la desobediencia, es necesario que se haya producido un requerimiento formal, personal y directo al destinatario de la orden (Martín Fernández, 2023: 312) y que haya transcurrido en su totalidad —y, por tanto, se haya agotado— el plazo de cumplimiento voluntario. Lo que sucede, empero, es que en ciertos supuestos ese plazo de cumplimiento voluntario es brevísimo y no fijado con precisión: se trata de órdenes de cumplimiento inmediato; es más, justamente ante ese género de órdenes —particularmente frecuentes en las visitas de inspección— se da la desobediencia prototípica. En realidad, suelen coincidir los casos en que la orden proviene de agentes de la autoridad (no de autoridades, que como regla general son las únicas que pueden dictar actos administrativos) —en nuestro caso, inspectores—, son producidas sin procedimiento previo, se expresan verbalmente y son de cumplimiento inmediato (Martín Fernández, 2023: 313).

4) Para confeccionar los planes de inspección, la Administración puede elaborar *mapas de riesgos* que le ayuden a determinar cuáles son los sectores o ámbitos más proclives al incumplimiento normativo. Durante la confección de tales mapas se requiere disponer de información y tratarla conforme a ciertos criterios. Puede recurrirse durante el proceso a herramientas tecnológicas que contribuyan a determinar dónde se concentra el riesgo. Esas herramientas no estarán ejerciendo puramente la discrecionalidad administrativa, sino que estarán interpretando el concepto jurídico indeterminado de "riesgo". Si acaso, estarán siendo un instrumento para ejercer la discrecionalidad técnica.

5) Los planes de inspección son instrucciones que aprueban los órganos superiores con competencia inspectora para guiar y orientar las futuras actuaciones de los inspectores.

6) Los inspectores pueden actuar al margen del plan. Ahora bien, estas inspecciones *extraplan* tienen que ser motivadas y requieren ser autorizadas por el Inspector-Jefe. Dada su existencia, suele hablarse de inspección programada y no programada. La segunda es, a veces, incluso prioritaria respecto a la primera. Sucede esto cuando media denuncia o se produce un accidente, entre otros supuestos.

7) Los planes concretos de inspección, que se materializan en instrucciones, no requieren ser publicados. No obstante, se podrán publicar si se estima conveniente (art. 6.2 LRJSP). En todo caso, respecto a ellos habrá que garantizar el acceso a la información pública de los ciudadanos, aunque la propia Ley de transparencia permite limitar tal derecho cuando pueda suponer un perjuicio para «Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control» (art. 14.1 g).

8) Los planes de inspección no son recurribles directamente, pues no encajan en el concepto de actividad administrativa impugnable del art. 25 LJCA. Sí serán recurribles las concretas actividades inspectoras basadas en el plan y para conseguir su anulación podrá alegarse que el plan es ilegal porque, por ejemplo, incurrió en arbitrariedad o en la vulneración de algún principio general del Derecho. También podrá alegarse la propia ausencia de plan como un indicio de la ilegalidad administrativa.

9) En algún caso excepcional, los planes de inspección pueden ser recurribles autónomamente. Al menos cuando vulneren algún derecho fundamental, tal y como ha declarado el TC con relación a las instrucciones.

10) El control de los planes de inspección es posterior a la colaboración con la Administración. El requerimiento o la orden que dicta la Administración es de cumplimiento obligatorio, con independencia de que al interesado le pueda parecer arbitrario, discriminatorio o, en definitiva, ilegal. Si el destinatario de la orden no cumple con su contenido, la Administración podrá acudir a la ejecución forzosa y, paralelamente, imponerle una sanción por la conducta desobediente.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ángel AGUALLO AVILÉS (1994), *El contribuyente frente a los planes de inspección*, Marcial Pons, Madrid.

Joan AMENÓS ÁLAMO (1999), *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona.

Sandro AMOROSINO (2022), "«Neoprogrammazioni» pubbliche o private e mercati in trasformazione", *Rivista trimestrale di Diritto dell'economia*, n. 4, pp. 46-56.

Jonás Eduardo APONTE ARCILA (2021), *La actividad de policía en el Derecho Tributario: especial referencia a la potestad inspectora y las garantías del contribuyente*, Ediciones Olejnik, Santiago.

Gaspar ARIÑO ORTIZ (1972), *Descentralización y planificación*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid.

Mariano BACIGALUPO SAGGESE (2005), "Sobre la impugnabilidad 'directa' de las instrucciones administrativas", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 26, pp. 565-571.

José BERMEJO VERA (1998), "La Administración inspectora", *Revista de Administración Pública*, n. 147, pp. 39-58.

Eloísa CARBONELL PORRAS (1993), *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid.

Fernando CASANA MERINO (2021), *Procedimientos tributarios*, 2ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor.

Miguel CASINO RUBIO (1995), "Inspección urbanística", en Alfredo MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid.

Eva DESDENTADO DAROCA (1997), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor.

Daniele DONATI (2023), *Città strategiche: l'amministrazione dell'area metropolitana*, FrancoAngeli, Milano.

José ESTEVE PARDO (2015a), "La Administración garante. Una aproximación", *Revista de Administración Pública*, n.º 197, pp. 11-39.

José ESTEVE PARDO (2015b), *El Estado garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid.

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2002), *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada.

Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021), *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1962), "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, n.º 38, pp. 159-208.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo I*, 19ª Edición, Civitas, Cizur Menor.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo II*, 16ª Edición, Civitas, Cizur Menor.

José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS (1968), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Pedro M. HERRERA MOLINA, Isidoro MARTÍN DÉGANO y Rafael SANZ GÓMEZ, *Manual de procedimientos tributarios*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid.

Alejandro HUERGO LORA (2021), "Administraciones Públicas e Inteligencia Artificial: ¿más o menos discrecionalidad?, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 96-97, pp. 78-95.

Manuel IZQUIERDO CARRASCO (2012), "La supervisión pública sobre las entidades bancarias", en Manuel REBOLLO PUIG (dir), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Iustel y Universidad de Córdoba, Madrid, pp. 167-222.

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ (2023), *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor.

Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1966), "Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX", *Revista de Administración Pública*, n. 49, pp. 39-48.

Luis MEDINA ALCOZ (2022), *Historia del Derecho Administrativo español*, Marcial Pons, Madrid.

María del Prado MONTOYA LÓPEZ (2007), *Los planes de inspección: naturaleza, contenido, publicidad y eficacia*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Macha, Cuenca.

Mar MORENO REBATO (1998), "Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico", *Revista de Administración Pública*, n. 147, pp. 159-200.

Alejandro NIETO GARCÍA (1997), *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona.

Luciano PAREJO ALFONSO (2020a), "El procedimiento administrativo de la planificación", en Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VAQUER CABALLERÍA (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo, Vol. II: Tipos de procedimientos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 139-219.

Luciano PAREJO ALFONSO (2020b), "La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan", *Revista de Derecho Público: teoría y método*, n. 1, pp. 7-40.

Rafael PIZARRO NEVADO (2020), "Represión penal y administrativa de los ilícitos ambientales", en *Memento Práctico Medio Ambiente 2021-2022*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 705-794.

Manuel REBOLLO PUIG (2008), "El procedimiento sancionador y las actuaciones previas ante la Agencia Española de Protección de Datos", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 303-319.

Manuel REBOLLO PUIG (2009), "La actividad de inspección", en Tomás CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo: La actividad de las Administraciones Públicas*, Tomo III, Iustel, Madrid, pp. 53-80.

Manuel REBOLLO PUIG (2013), "La actividad inspectora", en Juan José DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *Función inspectora*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 55-116.

Manuel REBOLLO PUIG (2023), "La potestad reglamentaria", en Manuel REBOLLO PUIG (coord.), *Derecho Administrativo, Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, 5ª Edición, Tecnos, Madrid, pp. 215-254.

Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (2023), "La actividad administrativa", en Manuel REBOLLO PUIG (coord.), *Derecho Administrativo, Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, 5ª Edición, Tecnos, Madrid, pp. 51-70.

Ricardo RIVERO ORTEGA (1999), *El Estado vigilante*, 1ª Edición, Tecnos, Madrid.

Ricardo RIVERO ORTEGA (2008), "La potestad inspectora de la Agencia de Protección de Datos", en *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 321-332.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015), "Normas de conducta y normas de control: un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial", *InDret*, n.1, pp. 1-46.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021), *Sistema de fuentes del Derecho Administrativo: la dirección de la Administración a través del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2022), "Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes. El ejemplo de los planes contra la despoblación", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n.6, pp. 7-49.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2023), *Planes administrativos: una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Marcial Pons, Madrid.

Mercedes RUIZ GARIJO (2022), "La inspección tributaria", en Isaac MERINO JARA (dir.), *Derecho financiero y tributario: parte general*, 11ª Edición, Tecnos, Madrid, pp. 494-526.

Alfonso SÁNCHEZ GARCÍA (2019), "La planificación de los contratos públicos como posible fuente de transparencia administrativa: el caso italiano", *Revista Española de la Transparencia*, n. 8, pp. 101-119.

Marcos VAQUER CABALLERÍA (2023), "Planificación administrativa", en Francisco VELASCO CABALLERO y Mercè DARNACULLETA GARDELLA, M. (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 447-463.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 41-73
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2532
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José Miguel Beltrán Castellanos
ISSN: 2695-7191
Recibido: 31/07/2024 | Aceptado: 23/10/2024

¿TIENE USTED CITA PREVIA?*

DO YOU HAVE AN APPOINTMENT?

José Miguel Beltrán Castellanos
Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alicante

RESUMEN: La pandemia sanitaria causada por el virus Covid-19 instauró un sistema de cita previa obligatoria que se mantiene actualmente en numerosas Administraciones Públicas para diversos y frecuentes trámites. Esta exigencia indiscriminada de cita previa está provocando que la ciudadanía, por la escasez de citas disponibles o la dificultad para solicitarlas, no pueda realizar sus trámites, hacer valer sus derechos o cumplir con sus obligaciones con las Administraciones Públicas. El presente artículo analiza si la cita previa obligatoria es conforme con el ordenamiento jurídico, si vulnera derechos de la ciudadanía, qué barreras adicionales genera para los administrados, especialmente para los colectivos vulnerables, y cuáles podrían ser las soluciones.

PALABRAS CLAVE: Cita previa, administración electrónica, brecha digital, buena administración.

ABSTRACT: The health pandemic caused by the Covid-19 led to the introduction of a system of mandatory appointments that currently applies in many public administrations for various and

---

* Fecha de finalización del trabajo: 31 de julio de 2024. El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto: «La digitalización de las Administraciones Públicas responsables ante los retos del envejecimiento» (ref. CIGE/2022/55) financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana.

Abreviaturas utilizadas. AGE: Administración General del Estado; CE: Constitución Española; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; OCU: Organización de Consumidores y Usuarios; RAFME: Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos; TREBEP: 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.

frequent procedures. This indiscriminate requirement for prior appointments is causing citizens to be unable to carry out their procedures, exercise their rights or fulfill their obligations to the Public Administrations due to the scarcity of available appointments or the difficulty in requesting them. This article analyses whether the mandatory prior appointment is in accordance with the legal system, whether it violates citizens' rights, what additional barriers it generates for those who have to make appointments, especially for vulnerable groups, and what solutions could be found.

KEYWORDS: appointment, electronic administration, digital divide, good administration.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.— 2. LA PANDEMIA COMO MOTOR DE LA GENERALIZACIÓN DE LA CITA PREVIA.— 3. LA CITA PREVIA OBLIGATORIA INCREMENTA LA BRECHA DIGITAL.— 4. LA CITA PREVIA OBLIGATORIA NO ES CONFORME A DERECHO, MÁS BIEN, VULNERA DERECHOS: 4.1. La vinculación de la Administración a la legalidad; 4.2. Principios contrarios a la cita previa obligatoria; 4.3. Derechos que vulnera la cita previa obligatoria.— 5. LA CITA PREVIA VOLUNTARIA.— 6. CONCLUSIONES.— 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

¿Tiene usted cita previa? Seguramente esta pregunta, formulada así o en términos similares, sea la más escuchada en los accesos de muchas Administraciones y registros públicos de nuestro país, en los que se colocan además carteles bien grandes y visibles, con letras mayúsculas y negritas que suelen indicar: "se recuerda que para realizar cualquier trámite en esta Administración, es necesario tener cita previa"; o bien "solo se atenderá con cita previa en el departamento solicitado". Y este mismo tipo de mensajes pueden encontrarse en las páginas web y sedes electrónicas de muchas Administraciones: "únicamente se deberá acudir a las oficinas de esta Administración si se dispone de cita previa" o "antes de acudir a realizar tus trámites de manera presencial a cualquiera de nuestras oficinas debes solicitar cita previa" indicando, en el mejor de los casos, un enlace o número de teléfono para solicitarla. Esta circunstancia, me parece que describe una lamentable realidad de nuestros días, Administraciones Públicas que no atienden a la ciudadanía, salvo que, previamente, las personas se hayan informado de que existe un trámite adicional, de difícil cumplimiento en muchos casos, que es la obtención una preciada "cita previa".

Cuando se solicita una cita previa, en una de cada tres ocasiones no se logra o, si se consigue, requiere una espera superior a dos semanas (en algunos casos más de 40 días) o desplazarse a otra ciudad diferente (en ocasiones, hasta 200 kilómetros del domicilio). Así se desprende del informe presentado por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) a finales de 2023[1], respecto de gestiones tan comunes

[1] Tras lanzar más de 1.800 peticiones de cita para los seis trámites administrativos más habituales desde 25 ciudades de distintos tamaños y en dos periodos temporales diferenciados: julio y octubre. Informe disponible en: https://www.ocu.org/consumo-familia/derechos-consumidor/noticias/cita-previa-administracion (acceso: 13 de junio de 2024).

como solicitar la pensión de jubilación, tramitar el subsidio de desempleo, una fe de vida, cambiar el nombre del propietario de un vehículo, renovar el DNI o conseguir el certificado de antecedentes por delitos sexuales. Particularmente, en la administración local, el acceso al servicio de padrón de habitantes y a las oficinas de asistencia en materia de registro son los trámites que acumulan mayor número de quejas. Muchas personas ven imposibilitado el acceso a su ayuntamiento durante días o semanas porque no se ofrecen suficientes citas para atender todas las solicitudes en un tiempo razonable. Cuando esto sucede, el sistema de cita previa deja al descubierto las carencias de la Administración para la prestación de un adecuado servicio de atención a la ciudadanía[2]. Así, aunque solicitar cita previa pueda parecer sencillo y accesible para todos los colectivos (como pueda ser una simple llamada telefónica), simplemente no hay respuesta telefónica alguna, o no hay citas disponibles en tiempos razonables[3]. De hecho, un estudio hecho por CIVIO revela que "ni un robot consigue encontrar cita previa", pues mapearon con un robot el acceso a la Seguridad Social buscando cita tres veces al día durante dos semanas. Los resultados fueron que en 43 de las 414 oficinas abiertas no había ninguna cita para gestionar pensiones y, cuando sí la había, la mitad de las veces era para, como mínimo, dos semanas más tarde[4].

Ciertamente, algunos de estos trámites se pueden realizar a través de internet, pero exigen poseer los medios electrónicos (certificado digital o similares, equipo con conexión a internet de banda ancha) y las capacidades digitales necesarias —de las que casi la mitad de la población española carece[5]— para lidiar con las sedes electrónicas. Todo ello nos obliga a reflexionar sobre si la cita previa obligatoria es conforme a Derecho, si vulnera derechos de la ciudadanía, qué barreras adicionales genera para los administrados, especialmente para los colectivos vulnerables y cuáles podrían ser las soluciones.

2. LA PANDEMIA COMO MOTOR DE LA GENERALIZACIÓN DE LA CITA PREVIA

La cita previa no es una novedad en nuestras Administraciones Públicas, generalmente utilizada, por ejemplo, en los servicios de salud. Con el tiempo, esta modalidad de cita previa (establecida normalmente con normalmente voluntario) fue cre-

---

[2] Informe anual 2023 del Defensor del Pueblo, Vol. I., p. 51. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo_Informe-anual-2023.pdf (acceso: 14 de junio de 2024).

[3] Lorenzo COTINO HUESO, *La digitalización en las Administraciones públicas en España*, Fundación Alternativas, 2023, pp. 1-90 (p. 63). Disponible en: https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2023/10/DIGITALIZACION_ADMIN_PUBLICAS.pdf (acceso: 11 de junio de 2024).

[4] https://civio.es/2023/03/31/cita-previa/ (acceso: 16 de junio de 2024).

[5] Según el Plan Nacional de Competencias Digitales (p.4) "casi la mitad de la población española (43%) carece de competencias digitales básicas y un 8% jamás ha utilizado internet". Disponible en: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/210127_plan_nacional_de_competencias_digitales.pdf (acceso: 10 de octubre de 2024).

ciendo en algunos ámbitos como la tramitación del DNI o del pasaporte, gestiones de la delegación provincial de tráfico, extranjería, inspección técnica de vehículos[6], etc. Por regla general, en las dependencias públicas —a imagen y semejanza de lo que se hacía en algunas entidades privadas— se fue imponiendo el sistema de máquinas que expedían el número o letra que permitía ordenar el tráfico de personas por los distintos departamentos o secciones, y así saber más o menos por parte de la ciudadanía el tiempo de espera y cuándo podrían ser atendidos. Este sistema se generalizó y era el aplicable, por ejemplo, en los registros administrativos, en los servicios de atención a la ciudadanía, en las oficinas de correos, en los servicios asistenciales sanitarios y en buena parte de las oficinas públicas. Así, la cita previa ha sido una modalidad de atención ciudadana exclusivamente centrada en aquellos servicios públicos o trámites administrativos que, por las características singulares que ofrecían y por su capacidad de ordenar el tiempo de atención, admitían establecer tales citas con carácter programado[7].

Pero los problemas comenzaron a tomar fuerza tras el confinamiento derivado de la crisis ocasionada por el virus COVID-19, hasta el punto de que, como advierte VALERO TORRIJOS[8] "se han terminado por consolidar ciertas prácticas realmente injustificables, tal y como sucede singularmente con la necesidad de solicitar —y obtener, que aquí puede estar la principal dificultad ya que pude demorarse varias semanas— una cita previa simplemente para presentar un escrito ante una oficina municipal de asistencia en materia de registro, lo que resulta especialmente grave en el caso de las personas físicas, quienes, según la legislación básica, en principio no tienen la obligación de utilizar los medios telemáticos en sus relaciones con la Administración…a pesar de la crisis sanitaria".

En efecto, como consecuencia de la pandemia, las Administraciones Públicas impusieron la necesidad de obtener cita previa "obligatoria" para prestar prácticamente cualquier tipo de atención a la ciudanía. En particular, el impulso importante de la cita previa obligatoria vino de la mano de la "Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la aprobación del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad", de 4 de

---

[6] Actualmente, sin embargo, en muchas estaciones de ITV es prácticamente imposible superar la inspección sin cita previa y resulta muy complicado conseguir una. Particularmente, en el caso de la Comunitat Valenciana, la empresa pública SITVAL (que gestiona el servicio) apenas ofrece citas y, en algunas estaciones, no atienden a los conductores sin la meritada cita. https://www.lavanguardia.com/local/valencia/20240510/9627384/odisea-encontrar-cita-itv-comunidad-valenciana.html (acceso: 20 de junio de 2024).

[7] "Administración digital y relaciones con la ciudadanía. Su aplicación a las administraciones vascas", resumen ejecutivo del estudio, Defensoría del Pueblo, 2021. Disponible en: https://ararteko.eus/apl/descargas/admdigital/anexoII.pdf (acceso: 10 de mayo de 2024) p. 162.

[8] Julián VALERO TORRIJOS, "El uso de medios electrónicos ante la crisis del COVID-19 desde la perspectiva de la organización municipal" en Tomàs FONT I LLOVET y Marc VILALTA REIXACH (Dirs.), *El impacto de la crisis del COVID-19 en los Gobiernos locales,* Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona, 2021, pp. 313-332 (p. 316).

mayo de 2020[9], y la posterior Resolución, de 17 de junio de 2020, "del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medias a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad"[10]. Ambas resoluciones, en su apartado sexto, señalaban que "en los servicios de atención al público se priorizará la atención telefónica y telemática. Para el caso de atención presencial será precisa la cita previa y se limitará el aforo". La posterior Resolución de la Secretaria de Estado de Función Pública, de 15 de septiembre de 2021, cuyo objetivo era mantener el funcionamiento de los servicios públicos durante la crisis sanitaria, preservando la salud y la seguridad de la ciudadanía y de los empleados públicos, estableció en su apartado noveno que se mantenía la necesidad de cita previa al menos hasta el 31 de diciembre de 2021[11], afectando particularmente a las dependencias de la Administración General del Estado (AGE), de las que dependen la tramitación de un buen número de procedimientos administrativos generales y de enorme importancia práctica (DNI, pasaportes, extranjería, seguridad social, etc.).

En la Comunitat Valenciana, en términos similares a la solución adoptada por la AGE, mediante el Acuerdo de 19 de junio, del Consell, sobre medidas de prevención frente a la Covid-19 se estableció en el Anexo II, apartado séptimo que "en los servicios de atención al público se priorizará la atención telefónica y telemática. Para el caso de atención presencial será precisa la cita previa y se limitará el aforo al 75% de la superficie disponible para el público"[12]. Sin embargo, a diferencia de la AGE[13], el acuerdo del Consell fue modificado el 11 de febrero de 2022[14] para "dejar sin efecto la obligatoriedad de la cita previa para el acceso a la atención presencial en los servicios de atención al público", aunque con escaso éxito, pues todavía hay importantes Administraciones valencianas que persisten en la exigencia de ese requisito[15].

En cualquier caso, cuando se levantaron las restricciones la necesidad de cita previa obligatoria se ha conservado en muchas Administraciones, mientras que, en

---

[9] Disponible en: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/dialogo-social/Actuaciones-relacionadas-con-el-COVID-19/Resolucion_SEPTFP_Medida_Plan_transicion_Nueva_Normalidad.pdf.pdf (acceso: 15 de junio de 2024).

[10] Disponible en: https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/dialogo-social/mesas-negociacion/Acuerdos-de-MGNAGE--36.3-TREBEP-/17_06_20_Resolucion_del_SEPTFP_Medidas_a_adoptar_Nueva_Normalidad.pdf (acceso: 15 de junio de 2024)

[11] Disponible en: https://funcionpublica.digital.gob.es/eu/dam/es/portalsefp/Secretaria-de-Estado-de-Funcion-Publica/ActualidadSEFP/resolucionSEFseptiembre2021.pdf.pdf (acceso: 15 de junio de 2024)

[12] Disponible en: https://dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&sig=004684%2F2020&url_lista= (acceso: 15 de junio de 2024).

[13] La Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, no hace ninguna referencia a la cita previa.

[14] https://dogv.gva.es/datos/2022/02/11/pdf/2022_1126.pdf (acceso: 15 de junio de 2024).

[15] Síndic de Greuges, informe anual a les Corts Valencianes, 2022, p. 15 Disponible en: https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2023/03/informe-anual-2022-castellano.pdf (acceso 10 de julio de 2024).

otras, se ha mantenido como una opción voluntaria. Por ejemplo, la cita previa sigue siendo obligatoria para realizar trámites con la Seguridad Social[16], para acudir, con carácter general, a las oficinas de asistencia en materia de registros[17], o para solicitar presencialmente en la Jefatura de Tráfico diversos trámites, como, por ejemplo, la solicitud del permiso internacional para conducir fuera de la UE, pudiendo obtenerse únicamente por internet o llamando al 060[18]. Son solo algunos de los muchos casos que siguen impidiendo que los ciudadanos y ciudadanas puedan acudir a las Administraciones Públicas sin haber pasado previamente por la dificultad de obtener la meritada cita.

Ante esta situación, como señala el Defensor del Pueblo[19], se han recibido numerosas quejas por imposibilidad o excesiva dificultad de obtener cita previa en el Servicio Público de Empleo Estatal, el Registro Civil Central, en las inspecciones de educación, en las jefaturas provinciales de tráfico y en la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, entre otras. A ello se suma que, cuando los ciudadanos se personan en alguna dependencia sin cita previa, el vigilante de seguridad privada que custodia la puerta les impide la entrada, facilitándoles tan solo unos números de teléfonos, alguno de ellos de tarifa compartida o, si insisten en poder entrevistarse con un funcionario de la Administración, con suerte en ocasiones les permite el acceso a las dependencias. Asimismo, como señala el Ararteko[20], "hay que tener en cuenta que la ciudadanía no tiene el deber de motivar la urgencia para realizar un trámite presencial que, además, quedaría al albur de la decisión subjetiva del personal empleado público o, en el peor de los casos, como ha sucedido en algunos supuestos, del personal de vigilancia de seguridad privada, el cual no tiene atribuida la función de asesoramiento a la ciudadanía sobre sus derechos y obligaciones".

Como sostiene PALOMAR OLMEDA[21], "esta situación está condicionando la percepción social de la Administración y de los servicios públicos, y tiene un coste reputacional evidente". Esta percepción social se ha complicado, aún más, con las noticias de que las dificultades de acceso habían derivado en la creación de mercados

---

[16] https://sede.seg-social.gob.es/wps/portal/sede/sede/Ciudadanos/cita+previa+para+pensiones+y+otras+prestaciones (acceso: 30 de junio de 2024).

[17] Por ejemplo, la cita previa es obligatoria para acudir a la oficina de asistencia en materia de registros del Ministerio del Interior: https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/registro-de-documentacion/cita-previa/solicitar-cita-previa/ (acceso: 23 de junio de 2024).

[18] En efecto, la web de tráfico señala que "de forma general, antes de acudir a realizar tus trámites de manera presencial a cualquiera de nuestras oficinas de Tráfico debes solicitar cita previa". https://sede.dgt.gob.es/es/otros-tramites/cita-previa/ (acceso: 29 de junio de 2024).

[19] Defensor del Pueblo, Informe anual 2022, Vol. I, p. 86. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/Defensor-del-Pueblo-Informe-anual-2022.pdf (acceso: 12 de junio de 2024).

[20] Resolución 2024R-83-24 del Ararteko, de 10 de abril de 2024, p. 9. Disponible en: https://www.ararteko.eus/sites/default/files/alfresco/documents/ES-2024R-83-24.pdf (acceso: 20 de julio de 2024).

[21] Alberto PALOMAR OLMEDA, *La Administración Pública en el siglo XXI: Una situación de crisis evidente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 139.

negros de citas y de reventa de posiciones. En efecto, la cuestión ha llegado a degenerar en la criminalidad informatizada, al punto de que en mayo de 2023 quedó desmantelada una organización de un centenar de personas que bloqueaba con un *bot* informático las citas de Extranjería para revenderlas[22]. La sociedad y las propias instituciones (como el Defensor del Pueblo o la OCU) están reaccionando contra esta situación con notable preocupación y con la perplejidad de saber que estamos ante una práctica inédita y, como más adelante analizaremos[23], contraria a Derecho.

De este modo, nuestras Administraciones Públicas no cubren las necesidades de atención directa que reclaman los ciudadanos y a ello se añade el fomento de la implantación de sistemas basados en la no presencialidad, mediante la atención telefónica o el servicio de videollamadas, que requieren de igual modo destinar recursos a su gestión, que se detrae de las citas presenciales[24]. En efecto, tanto en el sector privado como en el público, España era uno de los países de la Unión Europea con menor utilización del teletrabajo[25], como expresamente señala el preámbulo del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre[26], "la implantación del teletrabajo y su uso efectivo en las Administraciones Públicas no ha sido, en la práctica, mayoritaria hasta fechas recientes. Su introducción en el ámbito público se ha visto verdaderamente acelerada a partir de marzo de este año, ante las extremas y excepcionales circunstancias organizativas y funcionales a que abocó la crisis epidemiológica por la COVID-19 a todas las Administraciones Públicas". El apartado primero del artículo 47 bis del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) define el teletrabajo como "aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación".

Así, junto a la cita previa obligatoria es frecuente que exista también una crítica al teletrabajo como uno de los elementos que configuran o están en el tuétano de la crisis de la atención presencial en las Administraciones Públicas. Ahora bien,

---

[22] https://www.elconfidencial.com/espana/2023-05-12/detenidos-investigados-provincias-revender-citas-extranjeria_3628210/ (acceso: 10 de junio de 2024).

[23] *Vid. infra,* apartado 4.3.

[24] Defensor del Pueblo, Informe anual 2022, Vol. I, p. 86.

[25] Susana E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, "Teletrabajo en la Administración Pública", en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Dir.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 343-369 (p. 346).

[26] De medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Este Real Decreto-Ley supuso, por primera vez en España, el establecimiento de un marco normativo básico del teletrabajo para los empleados públicos, a partir de la incorporación del artículo 47.bis al TREBEP, dentro del capítulo V, dedicado a su vez al derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones. Antes, tan solo se habían producido algunas experiencias aisladas a partir de distintos planes piloto y algunas legislaciones autonómicas. Juan José RASTROLLO SUÁREZ, "La integración del teletrabajo en la organización administrativa", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 59, 2022, pp. 1-44 (p. 2).

probablemente el problema no es el teletrabajo en sí mismo, sino su articulación sin una valoración real de los puestos de trabajo en los que puede realizarse sin una aportación real de medios y sin una capacidad de control de la actuación que despeje las dudas que puedan plantearse en relación con esta figura[27]. Ante una nueva dimensión en la forma de trabajar, las soluciones que se adoptaron en su momento con urgencia y a corto plazo deben ser revisadas, pues lo que parecía una solución transitoria se ha convertido en un modelo organizativo con vocación de estabilidad[28]. De ahí el necesario equilibrio entre la garantía de los derechos de los empleados[29] con las necesidades de atención presencial de la ciudadanía, de modo que se debe hacer uso del teletrabajo en aquellos ámbitos, sectores, puestos de trabajo y tareas que no comporten menoscabo alguno a la ciudadanía en su derecho a relacionarse física y presencialmente con la Administración y con sus propios empleados[30]. De hecho, así lo señala expresamente el artículo 47 bis.2 del TREBEP, "la prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial".

Ciertamente, se pueden satisfacer muchas necesidades de los ciudadanos desde casa, pues la tramitación electrónica es la actuación habitual de la Administraciones[31], y la presencialidad no es, *per se*, sinónimo de eficiencia y eficacia, aunque sí lo es de empatía, relación y cercanía[32]. Pero el teletrabajo público no es sólo cambiar el despacho por la casa, y añadir un artículo en el (TREBEP), sino replantear la propia relación jurídico-funcionarial y sus propias premisas normativas de fundamento, así como el conjunto de derechos de los ciudadanos que pueden verse afectados por la virtualización masiva de los procedimientos y relaciones jurídico-públicas[33].

---

[27] PALOMAR, 2023: 141.

[28] Concepción CAMPOS ACUÑA, "Competencias digitales de los empleados públicos: la base de la transformación digital a través de las personas" en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Dir.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 371-402 (pp. 390-391).

[29] CASTILLO, 2022: 365.

[30] Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, "Teletrabajo: dimensiones institucionales y organizativas en su aplicación a las administraciones locales" en Tomàs FONT I LLOVET y Marc VILALTA REIXACH (Dirs.), *El impacto de la crisis del COVID-19 en los Gobiernos locales,* Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona, 2021, pp. 333-364, (p. 347). Particularmente, el autor advierte que, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, señala que "en cualquier caso, la prestación del servicio a distancia mediante la modalidad de teletrabajo no será considerada como ordinaria (…). Se garantiza en todo caso la atención directa presencial a la ciudadanía". De este modo, la norma parece afirmar que la modalidad ordinaria es la presencial y la telemática, aunque no se dice así, tendría carácter singular o excepcional (p. 359).

[31] Así lo señala expresamente el preámbulo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), "en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos, sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones".

[32] Lorenzo MELLADO RUIZ, "La nueva regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas: entre la urgencia y la flexibilidad de mínimos en tiempo de pandemia", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 57, 2021, pp. 1-68 (p. 7).

[33] MELLADO, 2021: 9.

Por tanto, ni la cita previa, ni tampoco los sistemas basados en la no presencialidad, pueden suponer que las Administraciones públicas no garanticen la atención y la prestación de los servicios a la ciudadanía de manera directa y presencial, pues de lo contrario, muchas personas no podrán hacer valer sus derechos o cumplir con sus obligaciones, pues como ya hemos señalado, no toda la ciudadanía dispone de las competencias digitales necesarias, y la brecha digital en este ámbito se ensancha, como analizaremos a continuación.

3. LA CITA PREVIA OBLIGATORIA INCREMENTA LA BRECHA DIGITAL

Al analizar los principales aspectos que envuelven a la cita previa obligatoria para acceder a procedimientos y Administraciones públicas, es necesario referirse también a la conocida "brecha digital" esto es, la persistencia de grupos de la población que encuentran dificultades en el acceso y el uso de los medios electrónicos. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos la brecha digital es "la distancia existente entre individuos, áreas residenciales, áreas de negocios y geográficas en los diferentes niveles socio-económicos en relación a sus oportunidades para acceder a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como al uso de Internet, lo que acaba reflejando diferencias tanto entre países como dentro de los mismos (OECD, 2001)" [34].

De forma similar, la Oficina Estadística de la Unión Europea (*Eurostat*) [35], define la brecha digital como "la distinción entre aquellos que tienen acceso a Internet y son capaces de usar los servicios que ofrece la *World Wide Web* y aquellos que son excluidos de estos servicios". Además, este organismo señala que esta brecha se puede clasificar de acuerdo con criterios que describen las diferencias en participación dependiendo del género, la edad, el nivel educativo, los ingresos, grupos sociales o localización geográfica. En efecto, la brecha digital se refleja de forma marcada en función de la edad, la educación y el nivel de ingresos: las personas con menor nivel de estudios, personas de 65 a 74 años, y en concreto mujeres de más de 74 años, y personas con menor nivel de ingresos son las más afectadas por esta brecha, teniendo en cuenta que, en España, 7 millones de personas son mayores de 65 años, 9.6 millones de españoles viven en municipios de menos de 10.000 habitantes y 11 millones de personas viven en situación de pobreza [36]. Asimismo, además de las dificultades personales para el uso de los dispositivos electrónicos, hay que tener en cuenta que

[34] *Organisation for Economic Cooperation and Development, Understanding the digital divide*, París: OECD, 2001, p. 5. Disponible aquí: https://web-archive.oecd.org/2012-06-15/168628-1888451.pdf (acceso: 8 de julio de 2024).

[35] https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Digital_divide (acceso: 10 de julio de 2024).

[36] María Luisa GÓMEZ CRESPO y Irene DE LA TORRE CUELLAR, *Brecha digital social y defensa de los derechos humanos,* Plataforma de ONG de Acción Social, Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social, 2021, pp. 1-72 (p. 5). Disponible en: https://plataformaong.org/ARCHIVO/

existen zonas en España sin cobertura de banda ancha, particularmente en municipios rurales o con pocos habitantes, lo que, en la práctica, impide las relaciones electrónicas.

La brecha digital también está presente en las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas[37], pues, conforme se ha ido implementando el uso de los medios electrónicos en los organismos públicos "se manifiesta una pérdida de derechos de los ciudadanos en su relación con las Administraciones públicas, especialmente apreciable cuando se impone el deber de relacionarse por medios electrónicos"[38].

Particularmente, la cita previa obligatoria es un elemento que ha contribuido a aumentar aún más la brecha digital de la ciudadanía en las relaciones con la Administración, pues, como ya hemos advertido, generalmente dichas citas deben obtenerse bien por teléfono, lidiando con un contestador automático que rara vez permite culminar la cita con éxito, bien por internet, a través de la correspondiente sede electrónica. Además, dado que pedir cita por teléfono suele ser complicado, por saturación de la línea[39], la vía electrónica termina por ser el único canal operativo.

Por tanto, es necesario concienciar a los empleados públicos y a la ciudadanía en general de que la existencia de medios electrónicos en el funcionamiento administrativo es (y debe ser) solo un canal alternativo, no excluyente ni obligatorio (salvo para los sujetos del art. 14.2 y 14.3 de la LPAC[40]), de las relaciones con las Administraciones Públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LPAC. De

---

documentos/biblioteca/1614239950_brecha-digital-y-defensa-de-los-derechos-humanos-anlisis-cuantitativo.pdf (acceso: 2 de julio de 2024).

[37] Para más detalle *vid.* José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS, *La brecha digital en las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

[38] Eduardo, GAMERO CASADO, "Cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre administración digital (Comentario de varias sentencias de 2021 que flexibilizan el cumplimiento de requisitos por los ciudadanos o aumentan las exigencias a la Administración en las relaciones electrónicas)", *Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 110, 2021, pp. 163-182 (p. 164).

[39] Los teléfonos de atención para solicitar cita presencial o para sustituir la presencialidad se encuentran a todas horas saturados, colapsados o inoperativos; en muchas ocasiones son atendidos por un contestador, lo que para numerosa población de edad avanzada dificulta el acceso y la comunicación; e incluso determinados números de atención telefónica son de pago. Informe anual 2022 Valedora do Pobo, Galicia https://www.valedordopobo.gal/wp-content/uploads/2023/10/INFORME-ANUAL-DE-LA-VALEDORA-DO-POBO-AL-PARLAMENTO-DE-GALICIA-2022-CASTELLANO.pdf (acceso: 29 de junio de 2024), p. 164.

[40] El artículo 14.1 de la LPAC establece que las personas físicas pueden elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no. Sin embargo, el apartado 2º "impone a un amplio universo de sujetos el deber de relacionarse por medios electrónicos; entre ellos, a todas las personas jurídicas, entre las que no solo se encuentran las sociedades mercantiles, sino también las asociaciones de todo tipo, las comunidades de vecinos, etc." GAMERO, 2021: 167. Además, el apartado 3º permite a las Administraciones Públicas extender la obligación de la relación electrónica a 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, lo que ha llevado a muchas personas físicas como, por ejemplo, estudiantes, opositores, autónomos, etc., a relacionarse también obligatoriamente por la vía electrónica con la Administración.

esta forma, cuando a los ciudadanos y ciudadanas se les exige obtener cita previa por medios electrónicos se está vulnerando el derecho de las personas físicas a elegir el medio (presencial o electrónico) con el que se relacionan con la Administración. En efecto, cabe recordar que el uso de estas tecnologías no tiene carácter obligatorio para las personas físicas que no desarrollan actividades económicas o profesionales, a las que se les reconoce el derecho de elegir el medio a través del cual relacionarse con la Administración tanto para el cumplimiento de sus obligaciones como para el ejercicio de sus derechos. Y dado que la desigualdad digital genera riesgo de exclusión de las personas desfavorecidas, entre las que se encuentran personas en situaciones de especial vulnerabilidad y las personas mayores, en ningún caso la Administración puede imponer la relación electrónica a dichos colectivos ni, en general, a otros, si no se tiene constancia de que disponen de medios técnicos y capacidad de uso[41]. En el mismo sentido afirma NOGUEIRA LÓPEZ[42] que "mantener sin cobertura jurídica habilitante en buena parte de las oficinas administrativas la cita previa obligatoria generalizada, introducida con motivo de la COVID-19, es contrario a la ley, dificulta el acceso de las personas con menos aptitudes digitales y ha generado prácticas corruptas de mercadeo de citas o una externalización en las gestorías administrativas de trámites que cualquier ciudadano debería poder hacer por sí mismo".

En efecto, si se emplea un sistema de cita previa, han de facilitarse los medios y recursos humanos necesarios para que la obtención de esa cita no se convierta en algo de difícil acceso. En este sentido, defiende JIMÉNEZ ASENSIO[43] "que si la Administración Pública establece un sistema de cita previa que debe tramitarse electrónicamente, según la interpretación finalista del artículo 12 LPAC (que regula la asistencia en el uso de los medios electrónicos a los interesados), aquella estaría obligada a proveer de los medios tecnológicos y de la asistencia personal necesaria para que tal trámite pudiera ser efectuado por quienes tienen la condición de no obligados a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, sin que sufrieran ningún menoscabo de sus derechos". Y sencillamente esto requiere que esa asistencia sea no sólo por canales telemáticos o telefónicos, sino también de forma presencial, que la propia Administración Pública habilite espacios físicos dotados de profesionales que asistan a la ciudadanía para tramitar sus solicitudes, o bien, que les facilite la cita de forma presencial.

Pero también sucede que, cuando se logra acceder a la sede electrónica donde se solicitan las citas, hay muchas veces que no existen horas ni días para realizar tales trámites presenciales (o bien las citas disponibles únicamente aparecen a primera hora de la mañana y después desaparecen hasta el día siguiente), lo cual puede conducir derechamente a la pérdida de derechos o prestaciones (cuando hay un plazo estipulado),

---

[41] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, p. 4. Disponible en: https://www.sindic.cat/site/unitFiles/8945/DT_839457_cor_es.pdf (acceso: 21 de junio de 2024).

[42] Alba NOGUEIRA LÓPEZ, "Una Administración para el 99%. Reforma administrativa para la igualdad real", *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 67, 2023, pp. 18-35 (p. 29).

[43] JIMÉNEZ, 2021: 9-10.

incluso vulnerar los propios derechos del interesado en el procedimiento administrativo, como veremos después. Además, coincidimos con RUIZ CENICEROS[44] en que "al interesado le resulta muy difícil (por no decir imposible) acreditar la saturación o desatención de las líneas telefónicas, el bloqueo o inoperatividad de una página web, la caída o fallos en el servicio informático, la indisponibilidad de fechas libres, o el propio analfabetismo digital".

En consecuencia, el derecho a la relación presencial o convencional se ha vuelto en un derecho en crisis evidente, pues hoy la cita previa obligatoria es una barrera de acceso y, por ende, del ejercicio del derecho en la forma que establece la ley, ya que la legislación sigue un imparable camino hacia la imposición de las interactuaciones electrónicas, o más bien de desaparición de la relación presencial de la Administración con la ciudadanía, cada vez con mayores facilidades para la Administración y con menores garantías para los obligados[45]. Es necesario, por tanto, que las Administraciones Públicas activen programas de choque para reforzar los canales de atención ciudadana, manteniendo siempre que sea posible la atención presencial y, en su defecto o en paralelo, reforzar notablemente los sistemas de atención telefónica, y articular sistemas efectivos de atención personalizada a las personas físicas en sus relaciones electrónicas con la Administración, con particular atención hacia las personas o colectivos vulnerables afectados especialmente por la brecha digital[46]. Al mismo tiempo, los registros públicos, como puerta de acceso de la ciudadanía a la Administración, deben evitar cualquier obstáculo a la plena accesibilidad tanto presencial como electrónica.

4. LA CITA PREVIA OBLIGATORIA NO ES CONFORME A DERECHO, MÁS BIEN, VULNERA DERECHOS

4.1. La vinculación de la Administración a la legalidad

El 31 de enero de 2024, el Ministro de Transformación Digital y Función Pública anunció durante su comparecencia en la Comisión de Hacienda y Función Pública en el Congreso de los Diputados[47], que se eliminará la cita previa obligatoria en las Administraciones Públicas, lo que "requiere un cambio normativo". Así, tras

---

[44] Mauricio RUIZ CENICEROS, "La cita previa y el derecho al plazo", *Revista de Administración Pública,* núm. 219, 2022, pp. 251-272 (pp. 256 y 271).

[45] Lorenzo COTINO HUESO, "El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14. LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12)", en Eduardo GAMERO CASADO (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 475-531 (p. 498).

[46] "Administración digital y relaciones con la ciudadanía. Su aplicación a las administraciones vascas", op. cit., p. 162.

[47] https://app.congreso.es/AudiovisualCongreso/audiovisualdetalledisponible?codSesion=3&codOrgano=305&fechaSesion=31/01/2024&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=15&i=727983&descrip

defender "el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos por el canal que cada uno elija y piense que es el más adecuado", señaló que "la eliminación de la cita obligatoria requiere de un cambio normativo en el artículo 14 de la Ley de procedimiento Administrativo común".

Esta afirmación, aunque positiva, no deja de causar sorpresa, por dos razones. La primera, porque el artículo 14 de la LPAC regula el "Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas" y, si bien es cierto que en muchas ocasiones la cita previa debe obtenerse por medios electrónicos, el precepto está regulando el ámbito de aplicación subjetivo de la Administración electrónica, mientras que la cita previa viene a ser una especie de "requisito" que afecta al acceso de los ciudadanos a los procedimientos administrativos o a los registros u oficinas públicas. Por ello, parece más lógico que, en su caso, la regulación de la cita previa se realice en el artículo 53 de la LPAC, que regula los derechos del interesado en el procedimiento administrativo, en el artículo 13, que recoge los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas o en el artículo 16, relativo a los registros. Además, la prohibición de la cita previa en el artículo 14 de la Ley no se aplicaría cuando ésta deba ser obtenida presencialmente, en una ventanilla o mostrador de información.

Y, la segunda razón, y más importante, porque la LPAC no menciona en ninguno de sus preceptos a la cita previa, con lo cual, no es posible eliminar de la norma un requisito que esta no contempla, o dicho en otros términos "para acabar con esa obligatoriedad de la cita previa no hace falta modificación legislativa alguna. Prueba de ello son todas las Administraciones Públicas que ya han vuelto a la normalidad y a la voluntariedad de la cita previa sin que se haya llevado a cabo previamente ningún cambio normativo" [48].

Por tanto, tiene sentido afirmar que es necesario regular la cita previa para evitar que las Administraciones Públicas abusen de su exigencia indiscriminada para realizar trámites presenciales ante ellas, pero no es necesario modificar la Ley para prohibirla porque la Administración está sometida a la Ley y al Derecho. En efecto, como recuerda la LPAC en su preámbulo, el artículo 103 de la Constitución establece los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, entre los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho.

Así, actualmente, la exigencia de cita previa obligatoria por parte de las Administraciones Públicas no solo es que carezca de cobertura legal, sino que no está permitida por nuestro ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, afirma GÓMEZ

---

cion=Del%20Valle%20Rodr%C3%ADguez,%20Emilio%20Jes%C3%BAs(GVOX) (acceso: 21 de mayo de 2024).

[48] Diego GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Hace falta cambiar la Ley de procedimiento administrativo para acabar con la obligatoriedad de la cita previa?", *el consultor de los ayuntamientos*, Diario LA LEY, Núm. 10442, 2024. Disponible en: https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAhNDM2NTA7Wy1KLizPw8WyMDIxMDIwMzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqADC-b5o1AAAAWKE (acceso: 20 de junio de 2024).

FERNÁNDEZ que "seguir manteniendo una cita previa obligatoria para que los ciudadanos puedan acceder a las oficinas de asistencia en materia de registros y/o servicios de atención ciudadana de las Administraciones Públicas es contrario a Derecho" [49]. También FONDEVILA ANTOLÍN señala que no existe previsión legal alguna, ni en la LPAC ni en la LRJSP que establezca la limitación en la atención de los ciudadanos/as de forma presencial en las oficinas de información o unidades de gestión administrativa. Tampoco existe previsión legal que habilite el establecimiento la cita previa, y su incorporación mediante el uso de instrucciones, circulares u ordenes de servicio, por ello, resulta esta actuación manifiestamente no ajustada a Derecho, por ausencia de título normativo suficiente para por esta vía incorporar previsiones no previstas por una norma con rango de ley, es decir, no existe título legal habilitante para la imposición de esta previsión [50]. De este modo, la imposición de la cita previa obligatoria para relacionarse presencialmente con la Administración no tiene ningún amparo legal, genera situaciones de desatención y desigualdades en el acceso. Ha alterado las bases ordinarias de las relaciones con los ciudadanos y es necesario revertir esta situación [51].

Asimismo, no hay que olvidar que la vinculación a la legalidad de las Administraciones públicas tiene carácter positivo [52] (art. 103.1 CE), lo que significa que las Administraciones sólo pueden hacer aquello para lo que se encuentran expresamente habilitadas por parte de la legalidad. A diferencia de lo que sucede con el ciudadano (art. 1.2 CE), la Constitución no le otorga a la Administración directamente el poder, sino que ostenta el que le ha delegado la ciudadanía a través de las leyes aprobadas por sus representantes. Por eso es tan importante que no se aparte de ese mandato porque fuera de él, pierde toda su legitimidad democrática [53]. Así, sostienen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ [54] que "los actos y disposiciones de la Administración, todos, han de ser someterse a Derecho, han de ser conformes a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen infracción del Ordenamiento jurídico (…). El Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa".

---

[49] GÓMEZ, 2024.

[50] Jorge FONDEVILA ANTOLÍN, "Unas entidades locales al servicio de los ciudadanos o un despotismo ilustrado electrónico" en Jorge FONDEVILA ANTOLÍN (Dir.), *Transformación Digital en las medianas y pequeñas entidades locales. Retos en clave de eficiencia y sostenibilidad.* El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer Legal, 2022, pp. 155-209 (pp. 203-204).

[51] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, p. 7.

[52] En otra postura, Margarita BELÁDIEZ ROJO, "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública,* núm. 153, 2000, pp. 315-349 (p. 330), sostiene que "la Administración puede actuar aunque no exista una norma que expresa y específicamente la habilite para ello si su actuación persigue una finalidad de interés general y no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que le prohíba realizar esa actividad". Pero, sin embargo, sucede que la cita previa no persigue un interés general cuando se impone de forma indiscriminada a la ciudanía para poder realizar todo tipo de trámites presenciales con las Administraciones Públicas.

[53] GÓMEZ, 2021.

[54] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I,* 13ª Edición, Thomson Civitas, 2006, p. 446.

Además, en todas aquellas materias reservadas constitucionalmente a la Ley, la Administración también está positivamente vinculada a esta norma jurídica, pues la reserva determina que ese ámbito material haya quedado excluido de toda acción administrativa previa al margen de la Ley. Por esta razón, cuando existe una reserva de ley sobre una determinada materia el margen de actuación de la Administración queda reducido a lo que la Ley que regula esa materia disponga[55]. O, dicho en otros términos, el principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima[56]. Y nuestra Constitución establece en el artículo 105 c) que la ley regulará "el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado".

Así, el artículo 1.2 de la LPAC establece que solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en la norma, como podría ser, la cita previa obligatoria. Pues bien, no hay ninguna Ley que ampare la exigencia de cita previa obligatoria por parte de las Administraciones Públicas. Tampoco, como hemos señalado, la propia LPAC la menciona en su texto y, únicamente podemos encontrarla regulada como obligatoria en algunas normas reglamentarias dictadas al amparo de la disposición adicional primera de la LPAC (especialidades por razón de la materia), por ejemplo, para modificar el borrador de declaración del IRPF[57].

Finalmente, es necesario precisar que la cita previa tiene una doble vertiente, procedimental y organizativa[58]. Procedimental porque, como ya hemos señalado, la cita previa afecta a los derechos de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, al exigirse para presentar escritos, afectar al cómputo de plazos o requerirse para recibir la prestación de servicios. En su vertiente organizativa, la Administración dispone de potestad para autoorganizarse, que puede definirse como el conjunto de facultades de las que dispone cada Administración para configurar su estructura y organización para el logro de los fines y el cumplimiento de las tareas que tiene asignadas[59].

Pues bien, desde el punto de vista procedimental, como ya hemos señalado, la LPAC impide exigir la cita previa para acceder a oficinas públicas y registros por ser

---

[55] BELÁDIEZ, 2000: 331.

[56] GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 446.

[57] El artículo 6. 1.c) de la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2018, establece que se puede modificar el borrador de la declaración de la renta "mediante personación, previa solicitud de cita, en cualquier Delegación Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria"..

[58] GÓMEZ, 2024.

[59] Clara Isabel VELASCO RICO, "El funcionamiento interno de las Administraciones Públicas" en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA (Dirs.), *Manual de Derecho Administrativo,* Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 347-370 (p. 353).

un trámite que no se ha introducido en la Ley y, por tanto, no se ha valorado que resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento (art. 1.2 LPAC). Y desde el punto de vista organizativo tampoco es admisible que la cita previa se imponga de forma indiscriminada, porque la potestad de autoorganización, como potestad discrecional que es, está sometida a límites legales y constitucionales[60]. Así, si bien durante la pandemia la potestad administrativa de autoorganización legitimaba a las administraciones a establecer un sistema de cita previa como medida de ordenación de la gestión de las oficinas de atención ciudadana, superada la situación de crisis sanitaria, no puede ser impuesta como un requisito para ser atendido o formalizar un trámite o escrito de forma presencial en esas oficinas, porque genera una limitación excesiva y no proporcional al ejercicio de derechos, lo que no queda suficientemente justificado por la mejora organizativa que pueda suponer para las Administraciones. La cita previa no se ajusta así al derecho de los ciudadanos que afirma que debe facilitarse el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones [art. 13.e) LPAC]. Además, la adecuada organización y distribución de los recursos humanos de las oficinas de atención ciudadana y del registro ofrecían atención presencial a la ciudadanía sin ninguna condición previa (resguardo de cita) hasta el estallido de la pandemia, que provocó el cierre hermético de la Administración en las relaciones presenciales o físicas con la ciudadanía. Por tanto, no se puede considerar que la cita previa obligatoria responda a una necesidad para ofrecer el servicio de atención presencial a la ciudadanía una vez desaparecidas las limitaciones asociadas a la pandemia[61].

Cuestión distinta es que la cita previa se habilite como voluntaria, es decir, como una opción para ordenar parte de la atención ciudadana. Al configurarse así, sin comprometer el derecho de los ciudadanos a acceder a procedimientos, oficinas de atención y registros, la cita previa no colisionaría frontalmente con el principio de legalidad, al no ser ya una imposición restrictiva de derechos, sino un instrumento que se pone al servicio tanto de la ciudadanía que desee evitar esperas innecesarias, como de las Administraciones Públicas, para que puedan organizar la prestación de servicios, de forma que ambas partes salgan beneficiadas, como propondremos en el apartado 5 de este trabajo.

4.2. Principios contrarios a la cita previa obligatoria

En primer lugar, entre los principios jurídicos que impiden que las Administraciones Públicas exijan la obtención de una cita previa para relacionarse con ellas si no existe previa habilitación legal, se encuentran el principio de seguridad jurídica, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio

[60] GÓMEZ, 2024.

[61] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, pp. 3 y 6.

de igualdad[62]. El principio de seguridad jurídica y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos suponen que la Administración no puede restringir los derechos de los ciudadanos cuando sea necesaria una previa regulación de la actuación. Por tanto, condicionar la atención de la Administración Pública o el acceso a los procedimientos a la obtención de una cita previa obligatoria sin una regulación previa que delimite y establezca las garantías de esta condición vulnera estos principios.

En cuanto al principio de igualdad, dice el preámbulo de la LPAC que el procedimiento administrativo se constituye por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen sus titulares, no siendo por tanto admisible que en unas sea necesario obtener citas previas y en otras no para recibir atención presencial[63]. Además, dado que se suelen imponer los medios electrónicos para solicitar la cita previa, la igualdad también se rompe en favor de quienes sí disponen de los recursos y competencias digitales para solicitarlas respecto de quienes no. De este modo, una buena administración digital debe garantizar el derecho a la igualdad en el acceso a los servicios públicos, a los sistemas y a los procedimientos, y debe ofrecer alternativas que garanticen los derechos de aquellas personas que no quieran o no puedan utilizar recursos digitales y no resulten obligadas a ello, en las mismas condiciones de igualdad[64]. Así, para efectuar una solicitud, registrar un escrito, pedir un documento o llevar a cabo cualquier trámite administrativo a través del registro electrónico de una Administración no es necesaria cita previa, la relación electrónica se produce cuando la persona interesada lo elige, a cualquier hora del día, en función de su disponibilidad. Pues bien, el acceso presencial a los servicios públicos en días hábiles no puede ser distinto al acceso electrónico y, por tanto, la Administración debe garantizar el cumplimiento del principio de igualdad en la prestación de servicios públicos independientemente del medio electrónico o presencial elegido por la ciudadanía para relacionarse con la administración[65].

Asimismo, el artículo 2 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RAFME) consagra entre sus principios generales el "principio de accesibilidad" y el "principio de facilidad de uso". El primero implica que se ha de garantizar que el diseño de los servicios electrónicos (lo que incluye a la solicitud

---

[62] *Vid.* BELÁDIEZ, 2000: 339.

[63] Por ejemplo, en algunas oficinas de asistencia en materia de registros no es necesario solicitar cita previa obligatoria, mientras que en otras sí lo es. https://ssweb.seap.minhap.es/icpplus/citar?org=OIACR (acceso: 29 de junio de 2024).

[64] Resolución del Síndic de Greuges, queja número 2300970, 2023, pp. 8 y 11. Disponible en: http://www.elsindic.com/Resoluciones/expedientes/2023/202300970/12041202.pdf

[65] Resolución 2024R-83-24 del Ararteko, de 10 de abril de 2024, pp. 11-12. https://www.ararteko.eus/sites/default/files/alfresco/documents/ES-2024R-83-24.pdf (acceso: 20 de julio de 2024).

de cita previa) respete la igualdad y no discriminación en el acceso de los usuarios, en particular, de las personas con discapacidad y de las personas mayores. Y el segundo supone que el diseño del servicio esté centrado en las personas usuarias, para minimizar el grado de conocimiento necesario para su uso. Estos principios deben ser seguidos por las Administraciones públicas en su actuación y en sus relaciones electrónicas, e impiden que las citas previas disponibles se oculten en determinadas horas del día, o que el trámite se encuentre "escondido" entre la amplitud de servicios que ofrecen las sedes electrónicas.

En segundo lugar, el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuando regula los principios generales que la Administraciones Públicas deben respetar en su actuación y relación con los ciudadanos, contempla expresamente en el apartado a) el "servicio efectivo a los ciudadanos" y el apartado b) la "proximidad a los ciudadanos", principios que no casan con la exigencia de cita previa obligatoria para relacionarse con las Administraciones Públicas, pues ambos suponen que los empleados públicos estén a disposición de los ciudadanos para atenderlos cuando se personan en una Administración o un registro en el horario de apertura y necesitan realizar un trámite.

En tercer lugar, las Administraciones deben aplicar el "principio de proporcionalidad" (art. 4 de la LRJSP) que supone adecuar el nivel de exigencias en los trámites y actuaciones de las personas interesadas con las Administraciones a la naturaleza de la actuación a realizar, de manera que no se exijan requisitos desproporcionados para realizar trámites sencillos[66], como sucede cuando las Administraciones establecen medidas que limitan el ejercicio de derechos individuales o colectivos, o exigen el cumplimiento de requisitos, como es el caso de la cita previa, como requisito para el acceso presencial a sus dependencias. El malestar de los ciudadanos ante las dificultades para acceder a la atención presencial, una de las puertas de entrada a la Administración para ejercer sus derechos, hace decaer cualquier argumento que pretenda defender su eficacia. La cita previa no se ajusta así a lo dispuesto en el artículo 13.e) de la LPAC que afirma que debe facilitarse a las personas, por parte de los empleados públicos, el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, generando una limitación excesiva y no proporcional al ejercicio de derechos, lo que no queda suficientemente justificado, como ya dijimos[67], por la mejora organizativa que pueda suponer para las Administraciones[68].

---

[66] Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, "Administración electrónica e inclusión digital en las entidades locales medianas y pequeñas. Brecha digital, servicios públicos y nuevos modelos de atención a la ciudadanía", Jorge FONDEVILA ANTONLÍN (Dir.), *Transformación digital en las medianas y pequeñas entidades locales: retos en clave de eficiencia y sostenibilidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 99-124 (pp. 114-115).

[67] *Vid, supra,* apartado anterior.

[68] Resolución del Síndic de Greuges, queja número 2300970, 2023, pp. 6-7. Disponible en: http://www.elsindic.com/Resoluciones/expedientes/2023/202300970/12041202.pdf (acceso: 18 de junio de 2024).

En cuarto lugar, la STS 412/2021, de 23 de marzo, rec. 3688/2019 (FJ 3º)[69] señala que "no hay un interés general superior, en el orden constitucional, al de que la ley se cumpla (arts. 9.1, 9.3 y 103.1 CE); del mismo modo que el interés general o público pertenece y beneficia a los ciudadanos, no a la Administración como organización servicial que lo gestiona —lo debe gestionar—. Por tanto, debemos preguntarnos si la cita previa beneficia a la ciudadanía (bajo el pretexto de minimizar los tiempos de espera) o a la propia Administración que restringe así el número de ciudadanos y ciudadanas que tendrá que atender cada día presencialmente. Ello entronca directamente con el "principio de buena administración", que como señala la STS 1667/2020, de 3 de diciembre (rec. 8332/2019)[70], "es algo más que un derecho fundamental de los ciudadanos, siendo ello lo más relevante; porque su efectividad comporta una indudable carga obligación para los órganos administrativos a los que se les impone la necesidad de someterse a las más exquisitas exigencias legales en sus decisiones" (FJ 2º). Por tanto, la buena administración supone que el acceso a la Administración por parte de la ciudadanía sea claro, sencillo y próximo. La definición y delimitación de la buena Administración permite identificar prácticas y actitudes de las Administraciones Públicas y sus agentes que se separan de los estándares recogidos, lo que se conoce como mala Administración[71], como puede ser la exigencia obligatoria de cita previa para poder realizar trámites con las Administraciones Públicas o acceder a los registros públicos.

El derecho a una buena administración, es decir, a la presencia y al despliegue del conjunto de principios, herramientas, estrategias e instrumentos que dirigen la actuación de la administración hacia la ciudadanía, ha sido objeto de una regulación que ha supuesto unos niveles de exigencia cada vez más altos y que, hoy en día, nos habla al mismo tiempo de la calidad de las organizaciones y de los servicios públicos. Actualmente el principio de buena administración está recogido en los siguientes textos legales[72]: el Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[73]; los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española; el artículo 3.1 e) de la LRJSP ("Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional[74]); y de forma

---

[69] ECLI:ES:TS:2021:1206

[70] ECLI:ES:TS:2020:4161

[71] Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, "Los fundamentos jurídicos de la Administración Electrónica", Universitat Oberta de Catalunya, 38 pp. (p. 25). Disponible en: https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/138886/17/R%C3%A9gimen%20jur%C3%ADdico%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20electr%C3%B3nica%20I_M%C3%B3dulo%203_Los%20fundamentos%20jur%C3%ADdicos%20de%20la%20Administraci%C3%B3n%20electr%C3%B3nica.pdf

[72] Aitor ORENA DOMÍNGUEZ, "El principio de buena administración como derecho y garantía de los obligados tributarios", en Saturnina MORENO GONZÁLEZ, CARRASCO PARRILA, Pedro José (Dirs.) y José Ángel GÓMEZ REQUENA, (Coord.), *Los principios del cumplimiento cooperativo en materia tributaria,* Atelier, Barcelona, 2023, pp. 47-71 (pp. 49-51).

[73] Este Derecho está llamado a reforzar la condición de ciudadano frente a las instituciones comunitarias y frente a los organismos internos cuando apliquen Derecho Comunitario, lo que lógicamente debe comportar una reforma en los modos de actuar de nuestra Administración.

[74] El principio de buena administración no está descrito como tal, pero el TS considera que tiene encaje o subyace en estos principios: SSTS de 17 de abril de 207 (rec. 782/2016) y de 18 de mayo de 2020 (rec. 6950/2018).

implícita en los derechos que reconoce artículo 13 de la LPAC en sus relaciones con las Administraciones Públicas. En realidad, salvo en el caso de la Carta de Derechos de Fundamentales de la UE, en las normas descritas no aparece como tal el principio de buena Administración[75], sino que tiene su base, su encaje, en otros principios de actuación y funcionamiento de la Administración que quedan aglutinados en el más amplio derecho de los ciudadanos a dicha buena administración, puesto que, por mandato constitucional, la actuación administrativa debe de estar dirigida a la satisfacción de este derecho y a todos los demás derechos y libertades[76]. Se trata de situar al ciudadano en el centro de las preocupaciones de la actividad administrativa, de entender la buena administración como un elemento que permite captar la diversidad de situaciones y la consiguiente diversidad necesaria de respuestas por parte de la Administración[77]. La buena administración, por tanto, es la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general[78].

Pese a lo señalado, el Consejo de defensa para el Contribuyente[79] considera que "el principio de buena administración no se opone a la cita previa". Lo justifica en que "el sistema de cita previa de la AEAT encuentra precisamente su fundamento en

---

[75] Ello sin perjuicio de su incorporación de la buena administración en diversas leyes autonómicas, como el artículo 22 de la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas en Cataluña, o el artículo 3 de la Ley balear 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears que afirma expresamente que "La ciudadanía y la satisfacción de sus necesidades reales son la razón de ser de la administración pública. Los servidores y las servidoras públicos tienen que actuar en el ejercicio de sus funciones con voluntad de servicio a la sociedad y tienen que perseguir siempre el interés general. Asimismo, mantendrán la imparcialidad y la equidad en el trato, el servicio y la administración de los intereses de la ciudadanía", entre otras. María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ, "La seguridad jurídica en la elaboración de las normas tributarias. La proyección de la buena administración" en Saturnina MORENO GONZÁLEZ y Pedro José CARRASCO PARRILA (Dirs.) y José Ángel GÓMEZ REQUENA, (Coord.), *Los principios del cumplimiento cooperativo en materia tributaria,* Atelier, Barcelona, 2023, pp. 1541-180 (p. 157). También se recoge en el artículo 15.2 de la Ley Valenciana 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social: " (…) se avanzará en la reducción o supresión de las cargas administrativas, la racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos, para dotarlos de mayor celeridad, eficacia y eficiencia en su gestión, de acuerdo con los principios de *buena administración* priorizando el uso de nuevas tecnologías de la información, procurando la actualización permanente y garantizando la accesibilidad universal y el diseño inclusivo".

[76] ORENA, 2023: 52.

[77] Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, "El derecho a una buena administración: un contexto, ¿y también un pretexto?, en María Jesús MONTORO y Karl-Peter SOMMERMANN, (Coords.), *Les Administracions en perspectiva europea,* Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2012, p. 4 versión electrónica, disponible en: https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_materials/26_les_administracions_en_perspectiva_europea/9_rodriguez/09-rodriguez_tradcast.pdf (acceso: 14 de julio de 2024).

[78] Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea", *Revista Galega de Administración Pública,* núm. 40, 2010, pp. 233-263 (p. 239).

[79] Consejo de Defensa para el Contribuyente, "Informe sobre el funcionamiento del sistema de cita previa en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y propuestas para su mejora", op. cit., p. 6.

ese interés general de prestar un adecuado servicio a los ciudadanos con un horario lo suficientemente amplio para evitar provocar un menoscabo en la prestación del servicio y conseguir una adecuada diligencia en su prestación, teniendo en cuenta su sostenibilidad, lo que implica hacer un juicio de equilibrio entre un servicio de asistencia efectivo y la disponibilidad de recursos materiales y humanos que lo pueda hacer posible para todos los ciudadanos".

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo, pues como ya hemos afirmado, la imposición de la cita previa obligatoria vulnera el derecho a la buena Administración [80], porque las Administraciones Públicas están obligadas constitucionalmente a prestar un servicio efectivo y próximo a los ciudadanos. En el mismo sentido afirma COTINO HUESO [81] que "el derecho a la buena Administración o a una administración de calidad queda vacío de contenido y pierde sentido si el sistema de cita previa impide el acceso efectivo a los servicios públicos y Administrativos. A la inversa, adquiere todo el sentido hablar de mala Administración en situaciones en las que la cita previa impide la prestación de servicios administrativos". Particularmente, en las oficinas de asistencia en materia de registros y de atención ciudadana básica no hay otra opción: debe atenderse al ciudadano, priorizando esa atención y el gasto necesario para ello sobre otros [82].

Por tanto, el objetivo legítimo de querer mejorar la eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos destinados a las oficinas de atención ciudadana no puede amparar una restricción de derechos reconocidos legalmente a la ciudadanía, con la sujeción de la atención personal y el acceso al registro a requisitos no amparados normativamente. Tampoco la reorganización de las oficinas o la digitalización de servicios y procedimientos pueden justificar que se imponga una restricción al ejercicio de un derecho no prevista normativamente [83]. Quizás la impronta predominantemente tecnológica de la LPAC y la LRJSP ha hecho que las Administraciones Públicas olviden esencial, su razón de ser, que es servir y atender a la ciudadanía. Los ciudadanos, salvo quienes están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, tienen un derecho a ser atendidos presencialmente; por tanto, físicamente, y no solo a través de la pantalla [84]. Pero la exigencia de cita previa para acudir presencialmente a las Administraciones y registros busca también forzar que los ciudadanos y ciudadanas, ante la imposibilidad de obtenerla o de conseguirla en un tiempo razonable por falta de disponibilidad de citas, opten por realizar sus trámites con la Administración por medios electrónicos (o recurran a los servicios de un gestor y asuman su coste).

---

[80] Resolución del Síndic de Greuges, queja número 2300970, 2023, p. 8.

[81] COTINO, 2017: 65.

[82] GÓMEZ, 2024.

[83] Resolución del Síndic de Greuges, queja número 2300970, 2023, p. 4.

[84] Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, "Administración digital y servicios a la ciudadanía: estado de la cuestión tras algunas (malas) lecciones de la pandemia", *Defensoría del Pueblo del País Vasco*, 2021, pp. 1-60 (p. 23). Disponible en: https://www.ararteko.eus/sites/default/files/alfresco/documents/0_5183_3_c.pdf (acceso: 10 de julio de 2024).

4.3. Derechos que vulnera la cita previa obligatoria

El Síndic de Greuges[85] ha afirmado con rotundidad que el mantenimiento de la cita previa pasadas las restricciones de la pandemia infringe derechos reconocidos a la ciudadanía, y es el resultado de una inercia que muestra la rigidez y la falta de evaluación de los procedimientos, que responde a mecanismos de autoprotección de las Administraciones contrarios a la eficacia en la provisión de bienes y servicios.

En efecto, la exigencia de cita previa obligatoria constituye una vulneración de las garantías de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas, porque infringe diversos derechos de los contenidos en la LPAC, tales como: la obligación de la Administración y de sus empleados públicos de facilitarles a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones [art. 13.e)], el derecho a poder presentar documentación en las oficinas de asistencia en materia de registros[86] (art. 16.4), lo que afecta al principio de gratuidad del procedimiento administrativo (al obligar a la ciudadanía a recurrir a Correos[87] o un gestor, costeando sus servicios) o cualesquiera otros reconocidos por la Constitución Española o las leyes [art. 13.i], así como los reconocidos a los interesados en las letras a (conocer el estado de tramitación de los procedimientos), e (formular alegaciones), y f (obtener información y orientación), del artículo 53[88]. Además, debe tenerse en cuenta que el registro es la puerta de entrada al procedimiento administrativo y su cierre, por los motivos que fueren, impide el acceso, pudiendo generar perjuicios irreparables a los ciudadanos o interesados[89]. En este sentido, afirma FONDEVILA ANTOLÍ[90] que

---

[85] Síndic de Greuges, informe anual a les Corts Valencianes, 2022, p. 15.

[86] Tal y como su denominación indica y como se recoge en el artículo 40 del RAFME y lo largo del articulado de la LPAC en general, las oficinas de asistencia en materia de registro son el medio directo para garantizar y posibilitar el ejercicio del derecho de los ciudadanos y ciudadanas a las relaciones electrónicas con las Administraciones Públicas, principalmente para el sector de la ciudadanía sin acceso a medios técnicos o con carencia de competencias digitales y de sistemas de identificación y firma. Es por ello que las oficinas deben remover obstáculos que impidan a la ciudadanía convertirse en víctimas de la brecha digital. No solo proporcionando la identificación y firma por un funcionario habilitado, sino asistiendo en el uso de los medios electrónicos que tenga a su alcance la ciudadanía que acuda a ellas, o incluso, facilitándole tanto los medios necesarios como la información suficiente. Chiara CAMARÓN PACHECO, "Artículos 37-40", en Concepción CAMPOS ACUÑA (Dir.), *Comentarios al Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 309-342 (p. 341).

[87] En efecto, existe una diferencia importante entre presentar un documento en las Oficinas de asistencia en materia de registros o en Correos, pues el interesado debe costear ese servicio postal, mientras que las Oficinas no cobran ninguna tasa por el registro de documentos en papel. *Cfr.* RUIZ, 2022: 264. Adicionalmente, debemos advertir de la función de Correos es más limitada que la que deben realizar las Oficinas de asistencia en materia de registros (que además de digitalizar documentación debe prestar asistencia y ayuda a los interesados) y se circunscribe a la mera digitalización de documentos para su envío a la Administración correspondiente.

[88] Resolución del Síndic de Greuges, queja número 2300970, 2023, p. 16.

[89] JIMÉNEZ b), 2021: 352-353.

[90] FONDEVILA, 2022: 204.

"el establecimiento de una cita previa para el acceso a los registros que supone una violación manifiesta del procedimiento administrativo y de los derechos de los ciudadanos/as, así como también la limitación para la realización de diferentes actuaciones administrativas que sean un derecho o responsabilidad de estos".

En consecuencia, los ciudadanos no pueden quedar a expensas de obtener cita previa para relacionarse con la Administración, ya sea para presentar una instancia genérica, una solicitud de participación en una convocatoria de una subvención o un trámite cualquiera de un procedimiento en curso, como puede ser un escrito de alegaciones o un recurso. La cita previa no puede configurarse como la vía de acceso para recibir atención presencial, porque cuando no hay día y hora cercanos, comporta la pérdida de los derechos o prestaciones que deban solicitarse dentro de un plazo concreto[91].

Debemos advertir que la cita previa obligatoria, por su propia naturaleza, no encaja con la regulación de los términos y plazos administrativos (artículos 29 y ss. de la LPAC). Partiendo de la base de que un término es una fecha fija en la que se ha de realizar una actuación por parte de los interesados y/o de la Administración, y un plazo es un periodo de tiempo a lo largo del cual se puede llevar a cabo válidamente una actuación, por parte de los interesados o de la propia Administración, la cita previa vendría a alterar estas reglas básicas. Y ello, por la sencilla razón de que, particularmente, en el caso de los plazos, estos están disponibles para el administrado en su periodo de tiempo completo, de forma tal que los ciudadanos y ciudadanas pueden, si así lo prefieren (o no tienen más remedio por las cuestiones que sean) apurarlos. En esta línea, apunta FONDELIVA ANTOLÍ[92] que la cita previa "supone una limitación de los derechos de los ciudadanos/as para el acceso a los expedientes y poder ejercer su derecho a formular alegaciones o, en especial, a la vista de un expediente en el cual se estén dilucidando cuestiones que afectan a sus intereses o derechos, ya que, la concesión de una cita previa, a falta de un día para formular alegaciones, cuando el plazo legal sea de 15 días o un mes, resulta un grave atentado a su derecho de defensa, y no digamos ya, si como está ocurriendo la cita se otorga pasado ese plazo".

Por tanto, en estos supuestos en los que se decide apurar el plazo, o se pretende realizar válidamente un trámite o actuación en un término, el interesado puede encontrarse con que no puede cumplir con esa obligación de tiempo porque tiene que solicitar y obtener una cita previa obligatoria. Dos problemas pueden surgir aquí, primero, que el ciudadano no sea capaz de localizar el trámite de solicitud de cita previa y, en muchos casos, tampoco disponga de los medios electrónicos y competencias digitales necesarias para solicitarla y, segundo, que siendo capaz de pedirla, la solicite estando próximo el vencimiento del plazo, con lo cual no podrá realizar el trámite a tiempo si la cita se concede, como suele ser habitual, para dos semanas vista o más, pues "la solicitud de cita previa antes de la expiración del plazo no sustituye ni libera de la obligación de cumplir el plazo establecido para el que se concierta la cita"[93].

---

[91] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, pp. 3 y 5.

[92] FONDEVILA, 2022: 204.

[93] RUIZ, 2022: 257.

Por lo expuesto, cabe plantearse si la obtención de cita previa en fecha posterior al límite de plazo para realizar un trámite debería implicar la interrupción o ampliación de dicho plazo, o bien, si puede tenerse en consideración como plazo de presentación el de la solicitud de la cita previa. Ciertamente, la LPAC y el RAFME nada dicen al respecto, por la sencilla razón de que tampoco contemplan ni regulan la cita previa, como ya hemos advertido. Pero sí resulta interesante a estos efectos la STSJ del Principado de Asturias núm. 413/2023, de 17 de febrero (rec. 95/2022)[94] que señala que el sistema cita previa para realizar actuaciones que precisan la presencia de los interesados, como la presentación de escritos, "tiene un efecto trascendente en relación con aquellas diligencias que estaban sometidas a un plazo preclusivo, de forma que debía ser valorado por la propia Administración a efectos de evitar situaciones de indefensión a los interesados. Por ende, la aplicación de principios como *el de la buena administración*, inferido de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, el de confianza legítima, y buena fe, debían haber llevado a evitar situaciones de confusión en los recurrentes creados por la propia administración, generando la confianza de haber solicitado la cita para la presentación de la reclamación dentro del plazo establecido. Por ende, a la Administración le competía adoptar las medidas que evitasen situaciones de indefensión, bien advirtiendo del fatal efecto de la cita previa, en el supuesto de señalarse una fecha posterior al límite temporal; *bien adoptando un acuerdo de interrupción del plazo entre la fecha que en la que se solicita la cita previa, y el de la cita fijada; o bien, interpretando como fecha a considerar la primera (la de la solicitud de la cita). Lo que no cabe acoger es que utilizándose una vía principal de acceso a un registro público, como es el del registro general, los interesados vean cercenados sus derechos, o se les obligue a utilizar otros medios alternativos, por la decisión unilateral de la Administración de fijar un sistema que limita el acceso presencial en las oficinas destinadas a la recepción de documentación*" (FJ 3º)[95].

A la luz de esta sentencia, podemos afirmar que la inconveniencia de la falta de disponibilidad de citas previas en un corto espacio de tiempo no debe implicar que la ciudadanía no pueda cumplir con sus obligaciones o hacer valer sus derechos en plazo, sobre todo si se tiene en cuenta que, primero, la cita previa obligatoria carece de la necesaria cobertura normativa y, segundo, que la escasez de citas normalmente se debe a la falta de personal para atender esos trámites (entre otras razones, a las que cabe sumar, por ejemplo, los problemas técnicos o los mercados negros de citas previas). Por ello, el Tribunal plantea dos posibles y lógicas opciones para los supuestos de vencimiento de plazos por falta de citas disponibles, y que deberán ser tenidas en cuenta si se regula la cita previa: adoptar un acuerdo de interrupción del plazo entre la fecha que en la que se solicita la cita previa, y el de la cita fijada; o bien, interpretar como fecha a considerar la primera (la de la solicitud de la cita).

---

[94] ECLI:ES:TSJAS:2023:413

[95] Con base en estos argumentos, la sentencia fija la fecha de presentación de la reclamación económica-administrativa dentro del plazo de un mes que prevé la Ley General Tributaria, pese a que se presentó más tarde cuando al interesado le dieron cita para ello, estimando el recurso en este punto.

5. LA CITA PREVIA VOLUNTARIA

Como ya hemos señalado, a finales de enero de 2024 el Ministro para la transformación digital y para la función pública anunció su intención prohibir expresamente que los organismos públicos puedan exigir a los ciudadanos una cita previa obligatoria para ser atendidos. Por su parte, el 26 de marzo el grupo parlamentario socialista presentó una Proposición No de ley relativa a "eliminar la cita previa obligatoria en las Administraciones Públicas", en la que insta al Gobierno a promover las modificaciones normativas necesarias para eliminar la cita previa obligatoria en todas las Administraciones Públicas con el objetivo de favorecer el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos por el canal que cada uno elija. Un mes después, el 26 de abril, el Grupo Parlamentario VOX presentó una "proposición de Ley para la mejora de la atención a los ciudadanos por parte de las Administraciones públicas", proponiendo la modificación del artículo 14.1 de la LPAC para incluir que "la cita previa no será obligatoria ni necesaria para que cualquier persona física pueda interactuar con la Administración pública".

Por su parte, el Defensor del Pueblo ha formulado recomendaciones dirigidas a varios organismos administrativos (Consejería de Transparencia, Participación y Cooperación de la Región de Murcia, a la Diputación de Cáceres y al Ayuntamiento de Madrid, entre otros) para que se considere que la cita previa es una alternativa más de atención ciudadana, pero no la única[96], y el Sindic de Greuges de Cataluña pide a todas las administraciones catalanas que atiendan a las personas que se dirijan a sus oficinas de atención y registro sin limitación ni sujeción a la de obtención de cita previa y, a dichos efectos, que den las órdenes oportunas al personal de acceso para que no se les cierre el paso[97]. También el Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana[98] recomienda, no solo la eliminación de la cita previa obligatoria como requisito en las relaciones presenciales de los ciudadanos con la Administración y el Sector Público Instrumental de la Generalitat Valenciana; sino que, además, que se proceda a impulsar, con la mayor diligencia y con la celeridad que permita el ordenamiento jurídico hasta su aprobación, en el plazo más breve posible, la tramitación del proyecto de Decreto del Consell, por el que se regula la atención a la ciudadanía y las oficinas de asistencia en materia de registro en la Administración y el Sector Público Instrumental de la Generalitat, en cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 129 de la LPAC, a fin de subsanar la inactividad reglamentaria generadora de desigualdad.

En particular, el proyecto de Decreto[99] regula en su artículo 26, apartados 5º y 6º la cita previa, y dispone que "la cita previa no será obligatoria para el acceso a los

---

[96] Informe anual 2023 del Defensor del Pueblo, Vol. I., p. 48.

[97] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, pp. 7-8.

[98] Síndic de Greuges, Informe anual a les Corts Valencianes, 2023, p. 141.

[99] https://participacio.gva.es/documents/162282364/355638785/2023.03.21+V1_7_borrador+decreto+AC_CONSOLIDADO_DEF_20230321_141605_3.pdf/6fcc1e02-696f-4427-

servicios de atención presencial, salvo en los servicios específicos en que, de forma excepcional, así se determine mediante resolución motivada por razón de la personalización de los servicios o especificidad de la materia". Aunque el proyecto establece que la regla general sea que la cita previa no se establezca como obligatoria, no es suficiente con que un reglamento (Decreto) habilite a la Administración a que pueda imponer como obligatoria la cita previa con una simple "resolución motivada". Como ya señalamos, (apartado 4.1 de este trabajo) establecer el requisito de la cita previa obligatoria requiere una cobertura normativa adecuada (con rango de Ley). Además, la norma tampoco precisa respecto de qué servicios o qué situaciones excepcionales podrían justificar la obligatoriedad de la cita. Ahora bien, el proyecto sí que prevé que "en el caso de que resulte necesario limitar el número de atenciones sin cita previa para adecuar los medios disponibles y el volumen de personas usuarias que acuda a las oficinas de atención, esta limitación deberá ser proporcional a las circunstancias concurrentes y *no podrá suponer la supresión de la atención sin cita previa*".

No cabe duda, pues, de que las quejas de la sociedad han provocado reacciones en los poderes públicos y las instituciones frente al abuso de la cita previa obligatoria por parte de las Administraciones Públicas, y que esas reacciones finalmente han tenido calado en las diferentes iniciativas, recomendaciones y propuestas normativas que hemos señalado. Ahora bien, los meses van corriendo, y pese a que algunas de ellas apuestan por la eliminación completa de la cita previa, ello no ha tenido aún ese efecto.

Llegados a este punto, debemos plantearnos ¿es factible el fin de la cita previa obligatoria con carácter general? Pues desde luego hay detractores. Afirma el Consejo para la Defensa del Contribuyente[100] que "la eliminación absoluta de la cita previa no constituye hoy en día una alternativa razonable ni es una consecuencia del marco normativo en vigor. La norma exige un servicio efectivo y proximidad a los ciudadanos, pero también agilidad y eficiencia en la asignación y utilización de recursos púbicos, lo que se consigue mediante un adecuado equilibrio con el sistema de cita previa hoy en día institucionalizado. Con una eliminación total de la cita previa la atención personal se encontraría abocada a un sistema de autogestión por parte de los propios ciudadanos, que decidirían libremente los días y horas a los que acudir a las oficinas, se encargarían de ordenar los turnos en la cola de cada servicio o tendrían que asumir volver otro día u hora, o incluso hacer una nueva cola, si por cualquier motivo el servicio que demandan no está disponible en la oficina, mostrador o momento elegidos".

El argumentario del Consejo para la Defensa del Contribuyente no deja de sorprender, particularmente en las Administraciones y Registros que tradicionalmente no han contado con este sistema de cita previa, y a los que las personas acudían para

---

3035-2e57eb4db585?t=1680767800992 (acceso: 14 de julio de 2024).

[100] Consejo de Defensa para el Contribuyente, "Informe sobre el funcionamiento del sistema de cita previa en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y propuestas para su mejora", p. 11. Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/SGT/GabSEHacienda/cdc/propuestas%20e%20informes/informe-cita-previa.pdf (acceso: 10 de julio de 2024).

ser atendidas por orden de llegada. Ningún problema se planteaba, más allá de la espera, y la ciudadanía podía realizar sus trámites. Carece además de sentido que, eliminadas ya hace largo tiempo las limitaciones de aforo, las Administraciones sigan vacías atendiendo únicamente a aquellos privilegiados que han tenido la suerte de poder solicitar y lograr una cita previa. Es ilustrativa la Resolución 2024R-83-24 del Ararteko [101]: "detalla la persona reclamante que insistió en ser atendida porque observó que no había nadie en la oficina salvo tres personas empleadas de la administración. Aun así, la única opción que le dieron fue darle una cita, desde esa misma oficina de hacienda, para el siguiente día y hora disponible". Por tanto, ninguna justificación, ni normativa ni de oportunidad ampara a la cita previa obligatoria para que sea exigida con carácter general por las Administraciones Públicas.

Pero dicho esto, la cita previa tiene sus teóricas ventajas, pues no hay que olvidar que permite ordenar y racionalizar los servicios Administrativos, facilita ajustar la demanda de servicios por la ciudadanía a la oferta y en su caso mejorar, reforzar y planificar los recursos administrativos disponibles. Asimismo, gracias a la cita previa, la ciudadanía puede evitar esperas innecesarias y que su presencia en la Administración se limite al número y tiempo mínimo imprescindible, gracias a una preparación previa de la cita. Igualmente, la cita previa puede servir para asignar tiempos personalizados según el servicio y complejidad de que se trate [102].

En consecuencia, un sistema de cita previa garantista y conforme a Derecho sería el "voluntario", por el que ha apostado también el Defensor del Pueblo, esto es, que puedan hacer uso de la cita previa aquellas personas que así lo deseen. Así lo señala la resolución de Ararteko 2024R-83-24 (p.7), que recomienda al Departamento de Hacienda, Finanzas y Prepuestos de la Diputación Foral de Álava que elimine la obligatoriedad de la cita previa para cualquier trámite y habilite dicho sistema como opción voluntaria, y añade que "cualquier sistema de cita previa habilitado por la Administración no debe imponerse de modo obligatorio para ningún trámite o gestión ni puede tener la consideración de preferente en detrimento de cualquier otro sistema". También el Defensor del Pueblo, en su informe anual de 2022 señala que "la cita previa puede ser una vía preferente de atención a las personas, pero no un requisito absoluto" (p. 86); el Informe anual 2022 de Valedora do Pobo, "en las oficinas con registro general y auxiliar debería descartarse la práctica obligada de la cita previa, sin perjuicio de que se mantenga de forma voluntaria para ordenar parte de la atención, lo que debería evaluarse también en otros servicios" (p. 164); y la resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas del Síndic catalán (p. 3): "la cita previa puede configurarse como una vía preferente de atención al ciudadano, pero no puede erigirse en requisito absoluto. La cita previa no puede configurarse como un requisito inexcusable que comprometa el derecho de los ciudadanos a acceder a las oficinas de atención ciudadana o al registro cuando lo necesiten —dentro del horario de atención ciudadana—, en lugar del día y hora que la Administración asigne".

---

[101] De 10 de abril de 2024, p. 1.
[102] COTINO, 2017: 65.

En el mismo sentido se pronuncia FONDEVILA ANTOLÍ[103], que afirma que "la incorporación masiva y sin soporte legal de la cita previa indiscriminada y sin correspondencia a las necesidades temporales de los ciudadanos/as supone un manifiesto atropello a sus derechos, cuestión diferente, es que este instrumento se facilite de forma alternativa quién quiera utilizarlo a los efectos de evitar esperas indeseadas". Así, dado que es un instrumento para el cual no existe previsión legal alguna que permita su imposición obligatoria en la atención de los ciudadanos/as, esto es, supone que su uso, solo puede utilizarse de forma voluntaria, y por decisión de los ciudadanos, en ningún caso por imposición administrativa. Pero para que la cita previa voluntaria garantice los derechos de la ciudadanía y sea respetuosa con los principios que analizamos en el apartado 4.2 de este trabajo, en mi opinión, serían necesarias las siguientes consideraciones:

a) La existencia de dos colas de atención. Una para los ciudadanos y ciudadanas que disponen de cita previa y otra para los que simplemente se han personado en la Administración para ser atendidos en el momento. El sistema es simple, los primeros serían atendidos por orden de cita, los segundos, por orden de llegada. Evidentemente, en caso de no existir personas con cita previa, los empleados públicos de esa cola se dedicarán a atender a los ciudadanos sin cita. De esta forma, como señala el Síndic de Greuges[104] se atendería a las personas que se dirijan a las oficinas de atención y registro sin limitación ni sujeción a un horario determinado, dentro del horario de atención al público en cumplimiento del principio de servicio a los intereses generales que debe regir la actuación de las Administraciones Públicas, según dispone el artículo 103 de la Constitución; así como los principios del servicio efectivo a los interesados, simplicidad, claridad y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, recogidos en la LPAC.

b) Que se aumenten los recursos humanos disponibles para los trámites que son más solicitados como, por ejemplo, las altas padronales. Por ello, la provisión de nuevos efectivos o la reorganización de los existentes puede ser una medida necesaria para dar un servicio adecuado y eficaz a la ciudadanía[105] que permita obtener la cita en un plazo razonable.

c) El cumplimiento de los principios de "accesibilidad" y "de facilidad de uso" que, como ya dijimos, determinan que el diseño de los servicios electrónicos esté centrado en las personas usuarias, de forma que se minimice el grado de conocimiento necesario para el uso del servicio. Así, se debe prestar especial atención a la ciudadanía afectada por la brecha digital y en situación de vulnerabilidad social, personas que, por su edad, diversidad funcional, situación de exclusión personal, cultural o económica, carezcan de las necesarias herramientas o conocimientos informáticos suficientes como para solicitar cita previa a través de medios electrónicos. Para ello, los empleados públicos deberán recibir la formación específica y obligatoria para dis-

---

[103] FONDEVILA, 2022: 202 y 205-206.

[104] Síndic de Greuges, Informe anual a les Corts Valencianes, 2023 p. 146. Disponible en: https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2024/03/Informe-anual-2023_CASTELLANO_AL.pdf (acceso: 21 de junio de 2024).

[105] Informe anual 2023 del Defensor del Pueblo, Vol. I., p. 51.

minuir los efectos de la brecha digital y poder ofrecer una atención más ajustada al perfil de este colectivo, que permita identificar sus necesidades y reconducirlas a los canales administrativos adecuados[106].

d) Que además de poder solicitarse la cita por medios electrónicos (la Administración debe prestar asistencia para facilitar el acceso de las personas interesadas a los servicios electrónicos por diferentes canales, art. 4 del RAFME) también pueda hacerse de forma presencial, en las propias dependencias de la Administración o en las oficinas de asistencia en materia de registros, a las que se debe poder acudir, en todo caso, sin cita previa. Particularmente, estas oficinas de asistencia en materia de registro deben reforzarse con empleados públicos con capacidad y formación suficiente a disposición de la ciudadanía, para facilitar el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus obligaciones y el acceso a los servicios públicos. En cuanto a la obtención de cita previa por medios telefónicos, para evitar la saturación de las líneas, una opción puede ser externalizar la atención del servicio telefónico, de forma que se contrate el servicio con una empresa que cuente con una plataforma técnica avanzada de atención telefónica que permita atender todas las interacciones de los usuarios, como solución que permita atender grandes flujos de llamadas entrantes y mantener la calidad del servicio para el llamante[107].

e) Que la obtención de cita previa sea un sistema transparente y accesible, disponible las 24 horas (no ocultándose ni limitándose las citas disponibles según la franja horaria a la que se acceda a la correspondiente sede electrónica). En esta línea se pronuncia, por ejemplo, el proyecto de Decreto valenciano por el que se regula la atención a la ciudadanía (art. 26.4): "la Administración deberá dar la máxima difusión sobre los medios para acceder a la solicitud de cita previa y garantizar que el trámite para concertarla sea lo más ágil, sencillo, accesible y comprensible posible". A estos efectos, las cartas de servicios de las oficinas de atención y las páginas web de las Administraciones deben exponer de forma clara y comprensible los mecanismos de acceso a la cita previa, pero también deben señalar que no es una condición sin la cual el ciudadano no pueda ser atendido[108].

f) Que se prevean discriminaciones positivas adecuadas, por ejemplo, la reserva de citas previas prioritarias para personas con discapacidad o de avanzada edad, a las que ya no tendría sentido eximir del requisito de cita previa, como hacen actualmente algunas Administraciones Públicas, al no ser ya un requisito. Un ejemplo de ello es la Orden PCM/466/2022, de 25 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2022, que aprueba el plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la Administración General del Estado y las entidades del sector público institucional estatal, que establece en su apartado 2.1 que el

---

[106] Resolución del Síndic de Greuges, queja número 2300970, 2023, p. 4.

[107] Así lo ha hecho, por ejemplo, el servicio de cita previa del Organismo Autónomo de Recaudación de la Diputación Provincial de Badajoz: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/PLACE_es/Site/area/docAccCmpnt?srv=cmpnt&cmpntname=GetDocumentsById&source=library&DocumentIdParam=46d6c07f-64cb-4b25-be0b-ed3195df6dc8 (acceso: 11 de octubre de 2024).

[108] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, p. 1.

Ministerio de Hacienda y Función Pública "reforzará la atención presencial" en las oficinas de la Administración General del Estado y del sector público institucional estatal, en las que será preferente la atención a mayores de 65 años "sin necesidad de cita previa", mediante la elaboración de planes de refuerzo de la atención presencial.

Finalmente, en el caso de que por motivos justificados de organización y de prestación eficiente del servicio, o por causas de seguridad, deba implantarse el sistema de cita previa obligatoria, en aplicación del principio de legalidad, tal modalidad deberá tener habilitación normativa adecuada[109], por Ley, y desarrollada, en su caso, en los correspondientes reglamentos. Y no será admisible imponerla, en ningún caso, cuando se trate de acceder a registros u oficinas para presentar solicitudes, alegaciones, comunicaciones o recursos[110]. Además, al imponerse como obligatoria, el sistema debe establecer franjas horarias de excepción para tramitar los asuntos cuyo plazo vence ese mismo día o el posterior. Ello exige de forma clara y determinante que las Administraciones Públicas que impongan un sistema de cita previa arbitren mecanismos que permitan que la ciudadanía no se vea en absoluto perjudicada en sus derechos o expectativas. En efecto, resulta completamente inadmisible que se niegue a los ciudadanos la atención presencial sin cita previa en los casos urgentes, cuando no hay disponibilidad de las mismas o su obtención electrónica o telefónica resulta imposible.

Con estas propuestas lo que se persigue es que la cita previa sea una alternativa más de atención ciudadana, pero no la única. Con ello, todas las partes salen beneficiadas, las Administraciones Públicas pueden seguir organizando su volumen de trabajo en base a las solicitudes de cita previa que reciban, y los ciudadanos pueden beneficiarse de ser atendidos en el día y hora de la cita, sin perjuicio de que, en caso de no poder obtenerla, bien por falta de disponibilidad de citas, bien por la incapacidad para obtenerlas o bien porque se trate de un trámite urgente que no puede esperar a la siguiente cita disponible, siempre puedan acudir presencialmente y, en el horario de atención al público, puedan realizar el trámite que precisen.

6. CONCLUSIONES

La cita previa obligatoria en las Administraciones Públicas ha perdido las circunstancias que motivaron su implantación, esto es, racionalizar el acceso a las oficinas y registros públicos durante la pandemia, y ha pasado a convertirse en una barrera de acceso en vez de evitar demoras y ajustar el tiempo de espera de los interesados. De facilitar a impedir, es el tránsito que está produciéndose y que ha provocado que la sociedad y algunas instituciones hayan reaccionado para eliminarla[111].

---

[109] "Administración digital y relaciones con la ciudadanía. Su aplicación a las administraciones vascas", resumen ejecutivo del estudio, Defensoría del Pueblo, 2021, p. 50. Disponible en: https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_5177_3.pdf (acceso: 10 de julio de 2024).

[110] FONDEVILA, 2022: 202.

[111] PALOMAR, 2023: 138.

Por tanto, es necesario revertir esta situación, absolutamente injustificada en la actualidad y asegurar que las vías de relación de la Administración con las personas están disponibles: presencial, electrónica y a través del resto de lugares previstos en la LPAC (como las oficinas de Correos o las oficinas de asistencia en materia de registros, art. 16.4). Además, las Administraciones deben informar a la ciudadanía de estas vías, en cada procedimiento y de forma clara, evitando que la cita previa se convierta en un requisito general.

La LPAC al regular el procedimiento administrativo común no menciona entre su articulado a la cita previa. Tampoco el régimen jurídico de la administración electrónica habilita la imposición de la cita previa [112]. No existe pues, ninguna habilitación legal que legitime a las Administraciones Públicas, vinculadas positivamente a la legalidad, a introducir un nuevo requisito en el procedimiento administrativo o en el acceso a las oficinas y registros públicos. Por ello, como ha reiterado el Defensor del Pueblo en diversas resoluciones, puede utilizarse el sistema de cita previa "voluntario", que puede resultar admisible como solución para planificar el servicio de atención a la ciudadanía en determinadas horas o para ciertos trámites que requieran una preparación previa por parte del servicio, pero debe resultar ventajoso tanto para la Administración como para los administrados, pues "la atención presencial debe estar permanentemente abierta, sin condicionamientos y restricciones, y al servicio de los ciudadanos durante todo el horario de apertura de las oficinas de atención ciudadana y de las oficinas de registro" [113].

Además, el sistema de cita previa voluntaria que proponemos debe articularse con las debidas garantías: que el volumen de citas disponibles se adecúe a la demanda y puedan obtenerse en tiempos razonables, que solicitar las citas sea "sencillo" y no un periplo en el que los ciudadanos se vean abocados a tener que solicitarlas en indigestas sedes electrónicas que "esconden" el trámite o limitan las citas disponibles para su solicitud según el día y la hora. Además, las citas deben poder solicitarse también por teléfono, pero con personal que atienda las llamadas, reforzándose aquí plantilla para evitar la saturación de las líneas o bien externalizando el servicio para garantizar su funcionamiento, en vez de implementar el uso de robots que, tras varios minutos de preguntas finalizan la llamada señalando que no hay citas disponibles; y presencialmente en los mostradores de atención al público. Y deberán reservarse cupos de citas para las personas más vulnerables o que puedan tener más dificultad para solicitarla, como personas mayores o con discapacidad.

Todo ello requerirá de la adecuada cobertura normativa, pues las decisiones que se tomaron en su momento por la coyuntura sanitaria y que se enmarcaron en la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas no es suficiente para garantizar los derechos ciudadanos. De este modo, deberá configurarse legalmente su funcionamiento cuando, de forma excepcional, motivada y justificada, pretenda

---

[112] FONDEVILA, 2022: 202.

[113] Síndic, el defensor de les persones, resolución del expediente AO-00164/2022 relativa a la cita previa como requisito para ser atendido en las administraciones catalanas, p. 7.

introducirse la cita previa como obligatoria, para evitar su exigencia indiscriminada, garantizar su disponibilidad, funcionamiento y prever las incidencias que pudieran surgir (como citas que se conceden para más tarde del vencimiento del plazo de un determinado trámite). La experiencia de la pandemia nos ha venido a demostrar que en muchos casos existía un abismo entre las previsiones normativas y la práctica administrativa diaria[114], que no pueden mantenerse en la actualidad, particularmente cuando afectan negativamente a los derechos reconocidos legalmente.

7. BIBLIOGRAFÍA

Margarita BELÁDIEZ ROJO, "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública,* núm. 153, 2000, pp. 315-349.

José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS, *La brecha digital en las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Chiara CAMARÓN PACHECO, "Artículos 37-40", en Concepción CAMPOS ACUÑA (Dir.), *Comentarios al Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 309-342.

Concepción CAMPOS ACUÑA, "Competencias digitales de los empleados públicos: la base de la transformación digital a través de las personas" en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Dir.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 371-402.

Susana E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, "Teletrabajo en la Administración Pública", en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Dir.), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 343-369.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, "Los fundamentos jurídicos de la Administración Electrónica", Universitat Oberta de Catalunya, 38 pp.

Lorenzo COTINO HUESO, "El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14. LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12)", en Eduardo GAMERO CASADO (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 475-531.

— *La digitalización en las Administraciones públicas en España*, Fundación Alternativas, 2023, pp.1-90.

Jorge FONDEVILA ANTOLÍN, "Unas entidades locales al servicio de los ciudadanos o un despotismo ilustrado electrónico" en Jorge FONDEVILA ANTOLÍN (Dir.), *Transformación Digital en las medianas y pequeñas entidades locales. Retos en clave de eficiencia y sostenibilidad.* El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer Legal, 2022, pp. 155-209.

Eduardo, GAMERO CASADO, "Cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre administración digital (Comentario de varias sentencias de 2021 que flexibilizan el cumplimiento de requisitos por los ciudadanos o aumentan las exigencias a la Administración en las relaciones electrónicas)", *Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 110, 2021, pp. 163-182.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I,* 13ª Edición, Thomson Civitas, 2006.

María Luisa GÓMEZ CRESPO y Irene DE LA TORRE CUELLAR, *Brecha digital social y defensa de los derechos humanos,* Plataforma de ONG de Acción Social, Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social, 2021, pp. 1-72.

Diego GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Hace falta cambiar la Ley de procedimiento administrativo para acabar con la obligatoriedad de la cita previa?", *el consultor de los ayuntamientos*, Diario LA LEY, Núm. 10442, 2024.

Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, "Administración digital y servicios a la ciudadanía: estado de la cuestión tras algunas (malas) lecciones de la pandemia", *Defensoría del Pueblo del País Vasco*, 2021, pp. 1-60.

[114] VALERO, 2021: 330.

— "Teletrabajo: dimensiones institucionales y organizativas en su aplicación a las administraciones locales" en Tomàs FONT I LLOVET y Marc VILALTA REIXACH (Dirs.), *El impacto de la crisis del COVID-19 en los Gobiernos locales,* Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona, 2021, pp. 333-364.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, "Administración electrónica e inclusión digital en las entidades locales medianas y pequeñas. Brecha digital, servicios públicos y nuevos modelos de atención a la ciudadanía", en Jorge FONDEVILA ANTONLÍN (Dir.), *Transformación digital en las medianas y pequeñas entidades locales: retos en clave de eficiencia y sostenibilidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 99-124.

Lorenzo MELLADO RUIZ, "La nueva regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas: entre la urgencia y la flexibilidad de mínimos en tiempo de pandemia", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 57, 2021, pp. 1-68.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ, "Una Administración para el 99%. Reforma administrativa para la igualdad real", *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 67, 2023, pp. 18-35.

Aitor ORENA DOMÍNGUEZ, "El principio de buena administración como derecho y garantía de los obligados tributarios", en Saturnina MORENO GONZÁLEZ, CARRASCO PARRILA, Pedro José (Dirs.) y José Ángel GÓMEZ REQUENA, (Coord.), *Los principios del cumplimiento cooperativo en materia tributaria,* Atelier, Barcelona, 2023, pp. 47-71.

Alberto PALOMAR OLMEDA, *La Administración Pública en el siglo XXI: Una situación de crisis evidente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Juan José RASTROLLO SUÁREZ, "La integración del teletrabajo en la organización administrativa", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 59, 2022, pp. 1-44.

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea", *Revista Galega de Administración Pública,* núm. 40, 2010, pp. 233-263.

Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, "El derecho a una buena administración: un contexto, ¿y también un pretexto?, en María Jesús MONTORO y Karl-Peter SOMMERMANN, (Coords.), *Les Administracions en perspectiva europea,* Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2012.

Mauricio RUIZ CENICEROS, "La cita previa y el derecho al plazo", *Revista de Administración Pública,* núm. 219, 2022, pp. 251-272.

María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ, "La seguridad jurídica en la elaboración de las normas tributarias. La proyección de la buena administración" en Saturnina MORENO GONZÁLEZ y Pedro José CARRASCO PARRILA (Dirs.) y José Ángel GÓMEZ REQUENA, (Coord.), *Los principios del cumplimiento cooperativo en materia tributaria,* Atelier, Barcelona, 2023, pp. 1541-180.

Julián VALERO TORRIJOS, "El uso de medios electrónicos ante la crisis del COVID-19 desde la perspectiva de la organización municipal" en Tomàs FONT I LLOVET y Marc VILALTA REIXACH (Dirs.), *El impacto de la crisis del COVID-19 en los Gobiernos locales,* Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona, 2021, pp. 313-332.

Clara Isabel VELASCO RICO, "El funcionamiento interno de las Administraciones Públicas" en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA (Dirs.), *Manual de Derecho Administrativo,* Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 347-370.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 75-116
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2437
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Ester Marco Peñas
ISSN: 2695-7191
Recibido: 10/07/2024 | Aceptado: 13/01/2025

LA INFLUENCIA DE LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EUROPEA EN LA CONFIGURACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS*

THE INFLUENCE OF EUROPEAN BUDGETARY DISCIPLINE ON THE CONFIGURATION AND IMPLEMENTATION OF PUBLIC LAW IN MEMBER STATES

Ester Marco Peñas
Profesora contratado doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid
ester.marco@uam.es

* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco de las actividades los proyectos I+D+i "El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado" (Ref: PID 2020-115834RB-C31) y "La actividad financiera del Estado estratégico" (Ref: PID2023-149184OB-C42).

Abreviaturas utilizadas: art.: artículo; arts.: artículos; BCE: Banco Central Europeo; BOE: Boletín Oficial del Estado; CE: Constitución Española; EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) MoU: Memorando de entendimiento; CPP: colaboraciones público-privadas; LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; LOEPSF: Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; MEDE: Mecanismo Europeo de Estabilidad; MEEF: Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera; MRR: Mecanismo de Recuperación y Resiliencia; NGEU: *Next Generation EU*; OMP: objetivo presupuestario a medio plazo; PDM: Procedimiento de desequilibrios macroeconómicos; PDE: Procedimiento de déficit excesivo; PEC: Pacto de Estabilidad y Crecimiento; PIB: Producto Interior Bruto; PRR: Planes de Recuperación y Resiliencia; PNB: Producto Nacional Bruto; RNB: Renta Nacional Bruta; SEC: Sistema europeo de cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; SCN: Sistemas de Cuentas de Naciones de Naciones Unidas; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; SURE: Instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia; TECG: Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; UE: Unión Europea; UEM: Unión Económica y Monetaria.

RESUMEN: Este trabajo analiza la influencia de la disciplina presupuestaria europea en el ordenamiento jurídico interno desde una perspectiva teórica y metodológica. Para ello, se estudia la naturaleza de las obligaciones derivadas de la gobernanza económica, la disciplina presupuestaria en sentido estricto (art. 126 TFUE) y la estadística europea (SEC-2010). El estudio concluye que, a pesar de la fuerza reformadora de esta regulación, muchos de los cambios en los conceptos o las estructuras jurídicas nacionales no se derivan de mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea, sino de asentimientos voluntarios de los Estados miembros. A su vez, en el plano metodológico, se refleja la complejidad de aplicar los conceptos funcionales-económicos del SEC-2010 por operadores de una cultura jurídica basada en criterios formales-orgánicos.

PALABRAS CLAVE: disciplina presupuestaria europea, déficit y deuda públicos, Derecho presupuestario, estadística europea, Sistema Europeo de Cuentas (SEC-2010).

ABSTRACT: This paper analyses the influence of European budgetary discipline on national legal systems from both theoretical and methodological perspectives. It examines the nature of obligations arising from economic governance, strict budgetary discipline (Art. 126 TFEU), and European statistics (ESA-2010). The study concludes that, despite the reformative strength of this regulation, many changes in national concepts or regulations stem not directly from European Union law but from the member states' own decisions to regulate in this way. Methodologically, the article highlights the complexity of implementing ESA-2010's functional-economic concepts within a legal culture grounded in formal-organic criteria.

KEYWORDS: European budgetary discipline, public deficit and debt, budgetary law, European statistics, European System of National and Regional Accounts (ESA 2010).

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—1. GOBERNANZA ECONÓMICA, DISCIPLINA PRESUPUESTARIA Y ESTADÍSTICA DE LA UNIÓN EUROPEA: OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS: 1.1. Gobernanza económica europea: coordinación y supervisión de las políticas económicas;1.2. Disciplina presupuestaria europea: prohibición de déficit y deuda públicos excesivos;1.3. Estadística europea: estandarización contable a través del Sistema Europeo de Cuentas.— 2. INTRODUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS CONTABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 2.1. La naturaleza de los conceptos del Sistema Europeo de Cuentas;2.2. La coexistencia de los conceptos del SEC-2010 con otros conceptos de origen europeo y los conceptos jurídicos tradicionales.— 3. EL SEC-2010: UN EJE ECONÓMICO-FUNCIONAL PARA DIFERENCIAR EL ESTADO DEL MERCADO: 3.1. Las presunciones del SEC-2010 y la lógica binaria de los conceptos orgánicos; 3.2. ¿Opción de no consolidar o contabilidad nacional creativa?.— 4. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

PLANTEAMIENTO

Desde la crisis de deuda soberana de 2010, muchos cambios introducidos en el ordenamiento jurídico nacional se han justificado, directa o indirectamente, en la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos de la disciplina presupuestaria europea. La regulación de esta última se ha convertido casi en un arcano, lejano para muchos operadores jurídicos, que ha sustentado modificaciones legales de gran calado como

la reforma del art. 135 de la CE, o la reestructuración de la Administración local a través de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En efecto, los mandatos de reducción de los niveles de déficit y deuda públicos llevaron aparejadas importantes limitaciones presupuestarias que incidieron en múltiples ámbitos de nuestro Estado social[1], condicionando el principio de justicia en el gasto público[2]. En este contexto, el objetivo de este estudio es determinar en qué medida el cumplimiento de la disciplina presupuestaria europea no solo obliga a alcanzar una precisa situación presupuestaria de equilibrio o superávit, sino que también incide en los conceptos jurídicos y las estructuras jurídicas nacionales, produciendo una transformación del Derecho público con impacto teórico y metodológico.

Para ello, en primer lugar, diferenciaremos tres esferas, estrechamente conectadas, que se incluyen en el concepto amplio de "disciplina presupuestaria europea": la gobernanza económica, la disciplina presupuestaria en sentido estricto y la estadística europea. Cada una de ellas tiene su anclaje jurídico en distintos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En concreto, la gobernanza económica encuentra su fundamento en el art. 2.3 y los arts. 119 a 125 TFUE (incluidos estos últimos en el Título VIII, Capítulo II del TFUE relativo a la política económica); también en los arts. 174 y 175 TFUE (Título XVIII sobre la cohesión económica, social y territorial) y en el art. 136 TFUE para los Estados miembros cuya moneda es el euro. La disciplina presupuestaria se fundamenta en el art. 126 TFUE, último precepto del Capítulo II del Título VIII. Y, finalmente, la estadística de la Unión Europea se basa en el art. 338 TFUE, que se incluye en las Disposiciones generales y finales del Tratado. Tradicionalmente, estas tres esferas se han analizado de forma unitaria, dadas las múltiples conexiones existentes entre ellas. Sin embargo, el anclaje jurídico heterogéneo refleja su contenido diferencial tanto en el alcance de las competencias ejercidas por la UE en cada una de ellas, como en la naturaleza de las obligaciones fijadas a los Estados miembros. El estudio de los elementos esenciales de las dos primeras —gobernanza económica y la disciplina presupuestaria— nos permitirá, por un lado, evaluar la aplicación de una regulación que, a pesar de la centralidad que ha ocupado, no ha logrado que los Estados realizaran aquellas reformas a

[1] El Tribunal Constitucional respaldó medidas restrictivas de derechos en ámbitos como la actualización o revalorización de pensiones (STC 49/2015, de 5 de marzo) o el Sistema Nacional de Salud (STC 139/2016, de 21 de julio).

[2] Sobre la relación entre crisis y el Derecho del gasto público, entre otros, *vid.* NAVARRO FAURE, A., "El Gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una Hacienda plural", *Crónica presupuestaria,* 1/2013, pp. 121-146; RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Una perspectiva constitucional del control del gasto público", *Revista española de control externo*, Vol. XX, núm. 58, 2018, pp. 229-244; MACHO PÉREZ, A.B., "El principio de justicia en el gasto público y la protección de los Derechos constitucionales", en *Retos del Derecho financiero y tributario ante los desafíos de la economía digital y la inteligencia* artificial, (coord.) GIL GARCÍA Y NAVARRO FAURE, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 543-589; García Calvente, Y., "Justicia en el gasto público y crisis económica. Análisis en perspectiva comparada", *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 198, 2023, pp. 15-36.

las que no estaban dispuestos[3]. Y, por otro lado, nos dará herramientas para determinar su trascendencia metodológica, centrada en el reforzamiento de ciertos principios o instrumentos presupuestarios, pero con un limitado impacto a nivel conceptual.

En segundo lugar, analizaremos lo que a nuestro parecer constituye el verdadero caballo de troya de la disciplina presupuestaria europea en los ordenamientos jurídicos nacionales, la estadística europea. La introducción del Sistema Europeo de Cuentas (el actual SEC-2010) ha generado cambios quizás más sutiles, pero de carácter estructural y, en consecuencia, más complejos de revertir. Para ello, detallaremos la naturaleza de los conceptos del SEC-2010 y cómo estos se introducen en los ordenamientos jurídicos nacionales e interactúan tanto con otros conceptos de origen marcadamente europeo, como con los conceptos jurídicos tradicionales. Finalmente, nos centraremos en el examen de la aplicación de la metodología SEC-2010 por los operadores jurídicos nacionales. A pesar de ser una metodología contable, de la que intuitivamente podría esperarse una aplicación reglada y sistemática, la realidad ha puesto de manifiesto todo lo contrario. Además, la introducción de principios inherentes al SEC-2010, como es el principio de sustancia sobre forma, ha alterado los parámetros de análisis de una tradición jurídica basada en criterios formales-orgánicos como es la nuestra[4].

1. GOBERNANZA ECONÓMICA, DISCIPLINA PRESUPUESTARIA Y ESTADÍSTICA DE LA UNIÓN EUROPEA: OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS MIEMBROS

1.1. Gobernanza económica europea: coordinación y supervisión de las políticas económicas

La Unión Económica y Monetaria (UEM)[5], tal y como se definió en el Informe del Comité Delors[6] (*Report on economic and monetary union in the European*

---

[3] *Vid.* LEINO-SANDBERG, P. Y RUFFERT, M., "Next Generation and its Constitutional Ramifications: a Critical Assessment", *Common Market Law Review*, núm. 59, 2022, pp. 435 y ss. Sobre los resultados del semestre europeo, *vid. infra* nota al pie núm. 62.

[4] Como señala Velasco Caballero, estamos frente a "un sistema jurídico-administrativo vertebrado conceptualmente en torno a las *formas*, los *tipos* de actividad y las *modalidades organizativas*", que ha sido "determinante para la formación de múltiples conceptos teóricos que nutren el sistema jurídico-administrativo", *vid.* VELASCO CABALLERO, F., "La Administración pública en la colaboración público-privada", *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 67, p. 39.

[5] Cabe recordar que el Tratado de Roma (1957) no disponía la creación de una UEM, solo señalaba la necesidad de una política económica "de coyuntura" (art. 103 Tratado de Roma), que garantizara el equilibrio de las balanzas de pagos y la confianza en las monedas nacionales, para velar, en última instancia, por un alto grado de empleo y la estabilidad de precios (art. 104 Tratado de Roma). Fue el fracaso del sistema de Bretton Woods, en 1971, el factor que condujo a la creación del Sistema Monetario Europeo y el ECU, durante la década de los setenta, y las propias carencias de este sistema las que propiciaron, a su vez, la introducción de la UEM en el Tratado de Maastricht.

[6] El Comité Delors fue creado por el Consejo Europeo para estudiar y proponer fases concretas para la consecución de la UEM. El Informe Delors tiene como antecedente el Informe Werner, elabo-

Community)[7], es una realidad unitaria cuyas vertientes monetaria y económica deben estar equilibradas entre sí. A pesar de este equilibrio interno que debía predicarse de ambas vertientes, el Tratado de Maastricht configuró una política monetaria fuerte (con instituciones monetarias y moneda común) y una política económica común "inexistente"[8]. La competencia exclusiva de la Unión en el ámbito de la política monetaria (art. 3.1, c) TFUE) contrasta con la competencia de los Estados en el ámbito de la política económica (arts. 2.3 y 120 TFUE), condicionada solo por la competencia de la Unión para la definición de la coordinación (art. 2.3 *in fine* TFUE) y por la existencia de una competencia compartida de la Unión en el ámbito de la cohesión económica, social y territorial (art. 4.2 c) TFUE). De hecho, una interpretación extensiva del concepto de cohesión económica[9] ha servido de anclaje jurídico para la introducción del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)[10] en el marco del programa Next Generation EU para propiciar la recuperación económica tras la pandemia de COVID-19.

Este desajuste entre ambas vertientes, que puede considerarse el pecado original de la UEM, genera cíclicamente disfunciones en su funcionamiento[11]. Disfunciones no solo económicas sino también jurídicas. Estas últimas se han solventado gracias a una interpretación flexible, calificada de ingeniería jurídica, de varios preceptos del Tratado[12]

---

rado en 1970, que presentó el primer plan para la consecución de una unión económica y monetaria. Sobre este último, *vid.* GROS, D. y THYGESEN, N., *European Monetary Integration: From the European System to European Monetary Unión*, Longman, Londres, 1992, p. 14.

[7] COMMITTEE FOR THE STUDY OF ECONOMIC AND MONETARY UNION, "Report on economic and monetary union in the European Community", Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 12 de abril de 1989.

[8] Numerosas son las voces críticas. López Escudero ha calificado la UEM como un "díptico asimétrico". *Vid.* LÓPEZ ESCUDERO, M., "La Unión Europea ante la crisis económica y financiera", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 15, núm. 39, mayo-agosto, 2011, p. 354. Carrera Hernández afirma que la inexistencia de una política económica la "arrastramos realmente desde su diseño en los albores de los años noventa". *Vid.* CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "Hacia una nueva arquitectura de la política económica en la Unión Europea", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2013, p. 94; MARTUCCI, F., "La politique économique et monétaire", en *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Pingel. I. (Dir.), 2ª Ed., Helbing Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, Bâle, 2010, p. 884; CAFARO, S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 135.

[9] Sobre el concepto de cohesión económica, *vid. infra* notas al pie núms. 49 y 50.

[10] Considerandos segundo y tercero del Reglamento (UE) núm. 2021/241, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

[11] Carrera Hernández señala las distorsiones que produce la existencia de caracteres específicos en cada uno de estos componentes a nivel competencial, complejidad que, como señala el autor, requirió la intervención del TJUE para determinar si la creación de un mecanismo de asistencia financiera por los Estados miembros incidía en a la competencia exclusiva en materia de política monetaria de la Unión. STJUE, de 27 de noviembre de 2012, *Thomas Pringle* c. Gobierno de Irlanda y otros, C-370/12. *Vid.* CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "El Six-Pack y el Two Pack ¿Más allá de las competencias atribuidas en los Tratados?", en *Las implicaciones constitucionales de la Gobernanza económica europea*, (coord.) Aranda Álvarez, E., Tirant lo Blanch, pp. 51 a 53.

[12] Con la crisis del Covid-19 se produce una persistente tensión constitucional de las acciones de las instituciones europeas dentro de los límites de los mandatos de los Tratados. *Vid.* LEINO-SAND-

y con la reforma de uno de ellos (el art. 136 TFUE)[13]. El objetivo de esta última fue la introducción de un apartado que permitiera la creación de un mecanismo intergubernamental de apoyo financiero a los Estados miembros cuya moneda es el euro (el Mecanismo Europeo de Estabilidad, MEDE)[14].

El Tratado de Maastricht diseñó la coordinación de la política económica de forma muy distinta a como se había concebido por el Informe Delors[15]. Por un lado, estableció un procedimiento de supervisión de la evolución económica de los Estados miembros (art. 121 TFUE), en el que, como sucederá también en el caso del procedimiento de déficit excesivo, el Consejo tiene el papel preponderante. Y, por otro lado, fijó tres prohibiciones: la prohibición de monetización de la deuda pública (art. 123 TFUE), la prohibición de rescate —cláusula de no *bail—out-* (arts. 125 TFUE) y la prohibición de incurrir en déficit excesivos (art. 126 TFUE). De este modo, la coordinación económica, en lugar de basarse en el establecimiento por el Consejo de un *policy mix* adaptado a las circunstancias económicas cambiantes de los Estados miembros, es un control *ex post* del cumplimiento de unos criterios preestablecidos[16].

La consecución de este objetivo de coordinación y supervisión de las políticas económicas se lleva a cabo a través del procedimiento previsto en el art. 121 apartados 3 y 4 TFUE. Este precepto se desarrolla en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC)[17], en concreto, en su componente preventivo, cuya pieza central ha sido el Reglamento (CE) núm. 1466/97, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y coordinación de las políticas económicas (Reglamento de Supervisión originario). Este se ha reformado a través del Reglamento (UE) núm. 1263/2024, de 29 de abril de 2024, relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo (en adelante, Reglamento de Supervisión 2024).

En 2011 y 2013[18], se reforzó la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria a través de dos paquetes normativos conocidos como *Six Pack* y *Two*

BERG, P. y RUFFERT, M., "Next Generation…", cit, pp. 435 y ss.

[13] Decisión del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

[14] La necesidad de reformar el Tratado para alcanzar este objetivo fue posteriormente descartada por el TJUE en la STJUE *Thomas Pringle* c. Gobierno de Irlanda y otros.

[15] Que la entendía como una progresiva transferencia de competencias en materia económica y monetaria de los Estados miembros a la Comunidad. *Vid.* TORRENT MACAU R., "¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005, p. 73.

[16] TORRENT MACAU, R., "¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria", cit., p. 77. Tesis suscrita por RUIZ ALMENDRAL, V., *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, Madrid, 2008, p. 62.

[17] Aprobado por Resolución del Consejo, Ámsterdam, 17 de junio de 1997.

[18] El PEC se reformó previamente en 2005 pero en sentido contrario para introducir cierta flexibilización al PEC originario, tras los sonados incumplimientos del criterio del déficit del art. 126.2 a) TFUE por Francia y Alemania en 2003, y el posterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia (Asunto

Pack[19]. Entre los principales cambios introducidos en la vertiente preventiva del Pacto se encontraba la reforma del originario Reglamento de Supervisión para implantar jurídicamente la figura del semestre europeo (art. 2.1 bis Reglamento de Supervisión 2011). La idea es que durante el semestre europeo se desarrollen de forma acompasada en el tiempo los diferentes procedimientos de supervisión, dotando al sistema de una suerte de unidad formal[20]. El semestre europeo comienza en noviembre del año previo con la presentación por parte de la Comisión del Estudio prospectivo Anual sobre el Crecimiento. En abril los Estados miembros deben presentar los planes fiscales-estructurales a medio plazo, que sustituyen a los anteriores programas de estabilidad. Estos cubren un período de cuatro años, ampliable hasta tres años si el Estado se compromete a llevar a cabo un conjunto pertinente de reformas e inversiones. Los planes fiscales-estructurales incluyen, entre otra información, una senda de gasto neto anual (arts. 11 a 14 Reglamento de Supervisión 2024). El seguimiento se lleva a cabo a través de los informes anuales de situación. Los planes fiscales-estructurales son evaluados por la Comisión en el plazo de seis semanas después de su presentación (art. 16 Reglamento Supervisión 2024). El semestre europeo concluye en julio con la formulación por parte del Consejo de una recomendación al Estado que establece la senda de gasto neto y refrenda el conjunto de compromisos de reformas e inversiones (art. 17 Reglamento de Supervisión 2024).

Paralelamente, también en el marco del semestre europeo, en la reforma del Pacto en 2011, se creó un procedimiento destinado a prevenir y corregir los desequilibrios macroeconómicos (Reglamento (UE) núm. 1176/2011, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (Reglamento PDM). El procedimiento de desequilibrio macroeconómico —en su componente preventivo— incluye un mecanismo de alerta temprana, basado en un cuadro de indicadores económicos, financieros y estructurales —más allá del déficit y la deuda públicos— sobre los que los Estados deben facilitar información. Estos

---

27/04, Comisión contra Consejo, de 13 de julio de 2004). Estos incumplimientos y la actuación del Consejo frente a ellos fueron un punto de inflexión en la credibilidad del PEC. *Vid.* TALANI, L.S., "A dead Stability and Growth Pact and strong Euro: there must be a mistake!" en *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union´s stability and Growth Pact*", (eds.) TALANI, L.S., y CASEY, B., Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 85

[19] Existe numerosa doctrina sobre la reforma de la disciplina presupuestaria llevada a cabo en el marco de la crisis de deuda soberana, junto a la citada en la nota al pie núm. 8, *vid.*, entre otros, ALLEMAND, F y MARTUCCI, L., "La nouvelle gouvernance économique européenne", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1, pp. 17-99; ARMSTRONG, K. A., "The new Governance of EU Fiscal discipline", *European Law Review*, Vol. 38, núm. 5, 2013, pp. 601-617; López Escudero, M., "La Unión Europea ante la crisis económica y financiera", cit., pp. 353-366; LOUIS, J.V., "Les réponses à la crise", *Cahiers de Droit européen*, 2011, vol. 47, núm. 2, pp. 353 y ss. y "L'union économique et monétaire de Maastricht à la crise", *Revue des Affaires Européennes,* núm. 1, 2012, pp. 57-83; MARCO PEÑAS, E., "Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el «Six Pack», *Revista española de control externo*, Vol. 14, núm. 41, 2012, pp. 31-80; OLESTI RAYO, A., "La Unión monetaria y la crisis financiera del Euro", en *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al prof. Manuel Pérez González*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1731-1749.

[20] *Vid.* CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "El Six-Pack y el Two Pack…", cit., p. 49 (nota al pie 25).

serán objeto de examen por la Comisión (arts. 3 y 4 Reglamento PDM), pudiendo el Consejo emitir recomendaciones cuando un Estado experimente desequilibrios. Finalmente, en 2013, dada la necesidad de fortalecer aún más la supervisión respecto a los Estados de la zona euro, se establecieron obligaciones adicionales de información en el marco del semestre nacional[21]. En particular, el art. 6.1 Reglamento (UE) núm. 473/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento de la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios, estableció la obligación a los Estados miembros de presentar, a más tardar el 15 de octubre, un proyecto de plan presupuestario para el año siguiente[22].

De la exposición realizada se concluye que las obligaciones para los Estados miembros en el marco de la gobernanza económica europea son, en esencia, obligaciones relativas a la presentación de información. Esta información es cada vez más exhaustiva y se evalúa por las instituciones europeas de forma más incisiva (especialmente, por la Comisión), para emitir las correspondientes recomendaciones. En el peor de los escenarios, si la Comisión constata la existencia de incumplimientos especialmente graves respecto a las directrices fijadas en el PEC en el proyecto de plan presupuestario presentado por el Estado miembro, puede solicitar un proyecto de plan presupuestario revisado. Ahora bien, dada la incidencia de una medida de esta naturaleza en la solvencia del Estado, la redacción originaria de esta disposición fue modificada y se adicionó la obligación de la Comisión de "consultar al Estado miembro" antes de emitir el Dictamen en el que se requiere la presentación del proyecto de plan presupuestario revisado (art. 7.2 Reglamento (UE) núm. 473/2013) [23]. Este detalle, que podría considerarse anecdótico, es a nuestro parecer la muestra de dos tendencias más amplias. La primera, la dificultad de ampliar el alcance y la intensidad de las funciones ejercidas por las instituciones europeas en materia de supervisión y coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros (al menos, a través de los mandatos del PEC). La segunda, que el principal mecanismo de presión para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto, no son las sanciones previstas en él en caso de incumplimiento[24], sino la afectación en la

---

[21] Una vez concluido el semestre europeo, en julio, se inicia el semestre nacional. Durante este período, los Estados miembros elaboran sus presupuestaros nacionales para el año siguiente tomando en consideración las recomendaciones formuladas por las instituciones europeas durante el semestre europeo.

[22] El proyecto de plan presupuestario no es equivalente al anteproyecto de Ley de presupuestos generales del Estado, al incluir información adicional. En concreto, deben constar las previsiones macroeconómicas independientes en las que el anteproyecto de Ley de presupuestos se basa, así como una descripción detallada de las medidas que se pretenden introducir para alcanzar el objetivo de estabilidad a medio plazo. El contenido final de los proyectos de planes presupuestarios se regula en: COMISIÓN, *Comunicación de la Comisión. Marco armonizado para los proyectos de planes presupuestarios y los informes de emisión de deuda en la zona del Euro*, COM(2013) 490 final, 27 de junio de 2013, Bruselas.

[23] La Comisión ha solicitado a Italia la revisión de sus proyectos de planes presupuestarios presentados en 2018 y 2023, debido a la negativa de Italia de seguir sus directrices. COMISIÓN, *Commission opinion on the Draft Budgetary Plan of Italy and requesting Italy to submit a revised Draft Budgetary Plan*, C(2018) 7510 final, 23 octubre de 2018 y C(2023) 9512 final, 21 noviembre de 2023.

[24] El art. 4 Reglamento núm. 1173/2011 sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria de la zona del euro introdujo sanciones (depósitos con intereses) para los Estados de la zona euro

solvencia financiera del Estado que posibles valoraciones negativas de la información presentada pueden generar.

Lógicamente, junto a las obligaciones de información se encuentra el deber de dar cumplimiento a los mandatos materiales del componente preventivo del PEC; esencialmente, alcanzar los objetivos presupuestarios a medio plazo —OMP— o estar en una trayectoria adecuada hacia su consecución[25]. Sin ánimo de ser exhaustivos, puesto que esta cuestión escapa del objeto estricto del trabajo, debemos señalar que los resultados alcanzados en el componente preventivo son, con carácter general, cuestionables. En este sentido, a pesar del reforzamiento del PEC, en 2018, el Tribunal de Cuentas de la UE (TCUE) constató el incumplimiento generalizado del objetivo principal del componente de supervisión del Pacto[26]; es decir, la convergencia de los Estados con sus respectivos OMP en un plazo razonable. Para el TCUE, la eficacia del componente preventivo del Pacto depende en gran medida de "la forma en que lo aplique la Comisión". Esta última se ha caracterizado por la autorización de numerosas cláusulas de flexibilidad (introducidas en 2005 y aplicadas, especialmente, desde 2015[27]). La Comisión, por su parte, justificó la concesión de esta mayor flexibilidad en la necesidad de evitar que la aplicación de una estricta disciplina presupuestaria frenara la inversión y el crecimiento[28]. Este argumento de la Comisión ejemplifica la contradicción existente entre los dos objetivos del Pacto: la estabilidad y el crecimiento[29].

---

también durante el componente preventivo del PEC, si bien estas no se han aplicado.

[25] Los OMPs son objetivos específicos de déficit público para cada Estado miembro que se determinan en términos ajustados cíclicamente. Estos pueden diferir del requisito de alcanzar una situación de equilibrio o superávit, en la medida que su objetivo es dotar a los Estados de un margen de seguridad respecto al límite del déficit público del 3 % del PIB (Art. 2 bis Reglamento Supervisión).

[26] TCUE, *¿Se cumple el objetivo principal del componente preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento?*, Informe Especial, núm. 18/2018, pp. 12 y 13.

[27] En 2015, para introducir flexibilidad en el PEC no se reformaron los Reglamentos, puesto que una nueva reforma podía dañar su credibilidad. Por el contrario, siguiendo las orientaciones del Consejo, la Comisión Europea publicó la Comunicación "Aprovechar al máximo la flexibilidad que ofrecen las actuales disposiciones del PEC", COM (2015) 12 final, de 13 de enero de 2015, Bruselas, donde se daba cuentas de las posibles cláusulas de flexibilidad. No existía la necesidad de reformar los Reglamentos del PEC, debido a la flexibilidad de muchas de sus disposiciones. *Vid.* MICOSSI, S. y PEIRCE, F., "Flexibility clauses in the Stability and Growth Pact: No need for revision", *CEPS Policy Brief*, núm. 319, Julio 2014, p. 10.

[28] COMISIÓN, *Respuestas de la Comisión al Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo. ¿Se cumple el objetivo principal del componente preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento?* Incluidas en el Informe Especial, núm. 18/2018, pp. 2 y 3.

A pesar de los esfuerzos de derivados de las políticas de austeridad, la situación económica no solo no mejoraba en la mayoría de los Estados de la Eurozona, sino que incluso se deterioraba. Pueden verse los datos en el estudio de GONZÁLEZ-COLOMA, B. y CUERPO CABALLERO, C., "La crisis de deuda soberana: una perspectiva europea", *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 105, 2012, pp. 8-9.

[29] *Vid.* RAMALLO MASSANET, J., "El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada", *Revista española de control externo*, Vol. 9, núm. 26, 2007, pp. 17 y 18. La disminución de la inversión pública fruto de la disciplina presupuestaria es un problema recurrente desde el origen del PEC (*vid*, entre otros, BALASSONE, F. y FRANCO, D., "Public investment, the Stability Pact and the «golden rule»", *Fiscal Studies*, vol. 21, núm. 2, 2000, pp. 209 y ss. PELAGIDIS, T. y DESLI, E., "Deficits, Growth and the Current Showdown: What the Role for Fiscal Policy?", *Journal of post Keyne-*

Ante esta situación, el nuevo Reglamento de Supervisión de 2024, establece parámetros más objetivos de ajuste de la deuda y el déficit públicos (art. 7 y 8 Reglamento de Supervisión 2024 relativos a las salvaguardias de la sostenibilidad de la deuda y el déficit, respectivamente) y una trayectoria de gasto neto para cada Estado (arts. 2. (3) y 5 Reglamento de Supervisión 2024). El nuevo sistema de control y redirección de las desviaciones presupuestarias es más sencillo de supervisar que los OMPs, si bien, el nuevo Reglamento sigue manteniendo elementos estructurales en la configuración de las salvaguardias del déficit y la deuda. Y, a su vez, sigue dejando un amplio margen de maniobra a la Comisión para la evaluación del cumplimiento de los criterios y para la introducción de plazos adicionales para su consecución (art. 14 Reglamento de Supervisión 2024). Esta evaluación que, además, deberá tomar en consideración la situación específica de cada Estado miembro.

En síntesis, nos encontramos frente a una gobernanza económica que, a pesar de los sucesivos reforzamientos, sigue siendo débil. Las desviaciones de los objetivos del componente preventivo, salvo cuando estos son especialmente graves e implican la apertura del procedimiento de déficit excesivo (art. 126 TFUE), no han tenido consecuencias significativas para los Estados incumplidores y es probable que no las tengan tras la reforma actual.

1.2. Disciplina presupuestaria europea: prohibición de déficit y deuda públicos excesivos

El art. 3 A, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 (actual art. 119.3 TFUE) estableció como principios rectores de la Comunidad y los Estados: "precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable". El principio rector relativo a las finanzas públicas hacía referencia, por tanto, a su solidez, concepto más amplio que no se circunscribe indefectiblemente a la estricta estabilidad presupuestaria[30]. Sin embargo, la configuración del criterio de convergencia relativo a las finanzas públicas estableció una férrea correlación entre finanzas públicas sostenibles y la inexistencia

sian economics, Vol. 26, núm. 3, 2004, p. 468). En la actualidad, se intenta mitigar esta tensión entre las dos vertientes del Pacto fomentando la inversión (a modo de ejemplo, arts. 13.c) y 14 Reglamento de Supervisión 2024). Sin embargo, la inversión, con carácter general, no se extrae del gasto computable en la trayectoria de gasto neto. El art. 2.2 Reglamento de Supervisión 2024 en el cálculo del gasto neto excluye solo los gastos de intereses, los gastos de programas de la Unión que se compensen totalmente con los ingresos de los fondos de la Unión, el gasto nacional en cofinanciación de programas financiados por la Unión y los cambios no discrecionales en los gastos destinados a prestaciones de desempleo, supuestos, salvo la cofinanciación de programas de la Unión, que ya preveía el art. 5 Reglamento de Supervisión tras la reforma de 2011. Por tanto, el mayor margen de maniobra presupuestario de los Estados para la inversión estará supervisado, directa o indirectamente, por la Comisión.

[30] Esta idea conecta con la sostenibilidad financiera entendida no como un fin en sí mismo, sino como un medio "para asegurar la viabilidad de los servicios públicos, garantizando su calidad, continuidad y regularidad". *Vid.* VILLAR ROJAS, F., "La sostenibilidad (financiera) de los servicios públicos", *Revista de Derecho público: Teoría y Método*, Vol. 7, 2023, p. 37.

de déficit excesivo (art. 109 J Tratado de Maastricht). La necesidad de garantizar la estabilidad de precios, como "objetivo primordial" (art. 3 A, apartado 2, Tratado de Maastricht), junto a la necesidad de evitar procesos inflacionistas, propiciaron el establecimiento de una rígida disciplina presupuestaria[31]. Este paradigma tuvo su máxima expresión durante la crisis de deuda soberana (como señala la STJUE *Thomas Pringle* c. Gobierno de Irlanda, apartado 135), y ha cambiado, con matices, con la eclosión de la crisis de la COVID-19[32].

La estabilidad presupuestaria europea se basa en dos criterios relativos al déficit y la deuda públicos (art. 126.2 TFUE) y su cumplimiento se fiscaliza a través del procedimiento de déficit excesivo (PDE), descrito en el art. 126 apartados 3 a 14 TFUE. Este precepto se desarrolla en el Protocolo (núm. 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. En él se fijan, por un lado, los valores numéricos de ambos criterios (el 3 % del PIB para el déficit público y el 60 % del PIB respecto a la deuda pública). Y, por otro lado, se delimitan los conceptos esenciales del Pacto (déficit, deuda, público o inversión) a través de remisiones a las definiciones del Sistema Europeo de Cuentas, actualmente, aprobado por el Reglamento (UE) núm. 549/2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (Reglamento SEC-2010, o simplemente SEC-2010). Finalmente, a nivel de Derecho derivado, el PDE se concretiza en el componente corrector del PEC, esencialmente, mediante el Reglamento (CE) núm. 1467/1997, de 7 de julio, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (Reglamento del PDE), también recientemente reformado.

De forma similar a la situación descrita en el componente preventivo del PEC, las obligaciones de los Estados miembros en el marco del PDE son obligaciones de información (entre otras pueden verse, las indicadas en los art. 3.5, 5.1*bis* Reglamento del PDE). Su cumplimiento permitirá a las instituciones europeas conocer las medidas adoptadas por el Estado en cuestión y constatar, eventualmente, la corrección de la situación de déficit excesivo que propició la apertura del PDE, o el PDM (arts. 7 y 8 Reglamento PDM). Si un Estado miembro persistiese en no seguir las recomendaciones del Consejo en el marco del PDE, el Consejo podría exigir información adicional a través de requerimientos específicos; la obligación de efectuar un depósito sin devengo de intereses; y, en los escenarios más severos, teóricamente, la imposición de multas (arts. 129 apartados 9 y 11 TFUE).

Paralelamente se establecen obligaciones sustantivas de reducción de los niveles de déficit y deuda públicos. De nuevo, y sin ánimo de exhaustividad, el componente

---

[31] La Comisión se posicionó a favor de la introducción de una estricta disciplina presupuestaria en sus propuestas para las Conferencias Intergubernamentales, *Boletín CE*, Suplemento 2/91, p. 22. La obligación de mantener una rígida disciplina presupuestaria ha sido considerada "el instrumento más significativo previsto en los Tratados fundacionales para garantizar la estabilidad de precios". *Vid.* OLESTI RAYO, A., "La Unión…", cit., p. 1735.

[32] Numerosas voces han señalado este cambio de paradigma, entre ellas, MARTUCCI, F., "Next Generation EU et la politique de cohésion économique, sociale et territoriale: vers une solidarité dans l'Union", *Revue du droit de l´Union européenne*, 1/2023, p. 186 y pp. 192 y 193.

corrector del Pacto, a pesar de haber cumplido con su función de mecanismo de redirección de los déficits excesivos, tiene importantes debilidades. Entre ellas destacan las siguientes.

En primer lugar, su incapacidad de restringir las notables demoras de los Estados miembros en corregir sus situaciones de déficit excesivo [33]. En este punto, la propia Comisión ha recomendado prórrogas plurianuales reiteradas del plazo para salir del PDE, mucho más largas de lo que contemplan los Tratados [34].

En segundo lugar, el claro desajuste en las exigencias de ambos componentes del PEC, más severas en la fase de supervisión que la correctiva. Este desajuste ha propiciado que los Estados permanezcan en el componente corrector del Pacto, al no tener que cumplir con los mandatos más severos del componente preventivo.

En tercer lugar, la inobservancia sistemática del valor numérico del 60 % del PIB del criterio de la deuda pública. Es más, con frecuencia, algunos Estados han incumplido también la senda de disminución de deuda pública —a un ritmo medio de una veinteava parte en los tres años anteriores—, introducida en el art. 2 Reglamento del PDE, tras su reforma en 2011 [35].

Por último, la escasa credibilidad de las sanciones diseñadas en el componente correctivo del Pacto, tanto en los arts. 11 y 12 Reglamento del PDE como, posteriormente, en los arts. 5 y 6 Reglamento (UE) núm. 1173/2011. La naturaleza de las sanciones no es acorde con los fines perseguidos. La compleja situación macroeconómica del Estado inmerso en un PDE difícilmente se reconducirá a través de la imposición de depósitos sin intereses o multas. Por tanto, estas sanciones tienen en esencia una función esencialmente disuasoria, que también se ha perdido por su sistemática inaplicación.

Estas carencias intentan remediarse a través de la reforma del Reglamento del PDE de 2024. En línea con el Reglamento de Supervisión 2024, el Reglamento del PDE tras la reforma operada por el Reglamento (UE) núm. 1264/2024, de 29 de abril de 2024 dota de mayor fuerza jurídica al criterio de la deuda pública y, al mismo tiempo, instaura una "trayectoria de gasto neto" como único indicador operativo para la consecución de la sostenibilidad de la deuda. Así, si un Estado supera el valor de referencia de la deuda pública, pero cumple con la trayectoria de gasto neto, la Comisión no considerará que exista un nivel de deuda pública excesivo; al entender que la deuda pública disminuye suficientemente y se aproxima al valor de referencia a un ritmo satisfactorio conformidad con el apartado 2, letra "b" del art. 126 TFUE (art. 2.2 Reglamento PDE 2024). Se conectan así dos elementos claves, la reducción

---

[33] A modo de ejemplo, el último PDE abierto a España, se inició con Decisión 2009/417/CE del Consejo, de 27 de abril de 2009, que afirmaba la existencia de déficit excesivo en España, y finalizó el 14 de junio de 2019, con la Decisión del Consejo 2019/1001 que derogaba la citada decisión de 2009. El PDE, por tanto, estuvo abierto más de diez años.

[34] Así lo señala el TCUE, *vid.* TCUE, *¿Se cumple el objetivo principal …?"*, cit. pp. 53 y 54.

[35] Este es el caso de Francia, Italia y Finlandia, *vid*. Comisión, *Informe de la Comisión elaborado de conformidad con el art. 126, apartado 3, del TFUE*, 24 de mayo de 2023, COM (2023) 631 final, p. 2.

de la deuda pública con la limitación del gasto público. Las sanciones financieras, por su parte, se mantienen. No podemos obviar que estas se establecen en el propio art. 126.11 TFUE. Ahora bien, en consonancia con las tendencias señaladas, las sanciones tienen las mismas características con independencia de si su aplicación se deriva del incumplimiento del criterio del déficit público o del criterio de la deuda pública. Finalmente, se articulan solo como multas y no como depósitos (art. 12 Propuesta Reglamento del PDE 2024).

En este contexto, marcado por la búsqueda de mayor eficacia del Pacto, tanto en su componente preventivo como corrector, el Reglamento (UE) núm. 241/2021, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Reglamento MRR) condiciona la obtención de los fondos del MRR al cumplimiento de la gobernanza económica (art. 10 Reglamento MRR). Así, la Comisión puede proponer al Consejo la suspensión de la totalidad, o parte, de los compromisos, o pagos, cuando el Consejo haya determinado que un Estado miembro no ha tomado las medidas efectivas para corregir su déficit excesivo (art. 126, apartados 8 a 11 TFUE y arts. 3.5 y 5.2 Reglamento (CE) núm. 1467/97), o las recomendaciones del Consejo en el marco del PDM (art. 8.3 Reglamento PDM). La sujeción de la obtención de fondos del MRR a la buena gobernanza económica refuerza indirectamente el PEC, mediante el establecimiento de una tipología diferente de sanciones, como es la suspensión de la obtención de los fondos del MRR, distinta a las clásicas sanciones financieras del PEC[36]. Además, la vertiente preventiva del PEC también se refuerza debido a la vinculación del diseño y la supervisión de los PRR al semestre europeo. El cumplimiento de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria se integra en la condicionalidad para la obtención de los fondos del MRR[37].

La vinculación de la obtención de apoyo financiero al cumplimiento de la gobernanza económica ya se empleó durante la crisis de deuda soberana, a través de los memorándums de entendimiento (MoU) firmados por los Estados con dificultades financieras. Los instrumentos a través de los que se instrumentaliza esta correspondencia son, sin embargo, muy distintos. Los MoUs basculaban entre el método intergubernamental y el europeo[38]. Su objetivo prioritario era el ajuste macroeconómico en sentido estricto. Por el contrario, el MRR es un fondo basado exclusivamente en el Derecho

---

[36] También se condicionó el desembolso de los Fondos de cohesión al cumplimiento por parte del Estado beneficiario de las recomendaciones del semestre europeo (art. 23 Reglamento (UE) núm. 1303/2013, de 17 de diciembre). Sin embargo, a modo de ejemplo, no se aplicó esta medida restrictiva cuando, en 2015, España y Portugal incumplieron las recomendaciones en el marco del PDE. *Vid.* COMAN, R., "How have EU "fire-fighters" sought to douse the flames of Eurozone´s fast and slow-burning crises? The 2013 Structural Funds reform", *20 British Journal of Policies and International Relations*, núm. 540, 2018, pp. 551-552.

[37] Existen posiciones contrapuestas respecto a la presencia o no de condicionalidad en la operativa del MRR. Para Leino-Sandberg y Ruffert no hay condicionalidad en el "sentido tradicional", *vid.* LEINO-SANDBERG, P. y RUFFERT, M., "Next Generation…", cit., p. 437. Sin embargo, autores como De Witte afirman la concurrencia de condicionalidad (*vid infra* nota a pie núm. 46).

[38] Sobre la naturaleza jurídica de los MoUs, *vid.*, ARMSTRONG, K. A, "The new (…)", cit., p. 606.

europeo; si bien tiene importantes singularidades respecto a los Fondos Estructurales y de Inversión tradicionales. Entre sus especialidades destacan su financiación singular, a través de la emisión de deuda pública por la Comisión en los mercados de capitales[39]; o su sistema de gestión y control basado en la consecución de hitos y objetivos (inspirado en el modelo de seguimiento del Banco Mundial)[40], que deja atrás la fórmula tradicional de gestión y control del gasto basada en la determinación de un ámbito de elegibilidad y el desembolso de los fondos en atención a su ejecución[41].

Para la obtención de los Fondos del MRR los Estados presentaron sus correspondientes Planes de Recuperación y Resiliencia (PRR)[42]. Después de su evaluación por la Comisión, cada uno de los PRR se aprobó a través de las respectivas Decisiones de ejecución del Consejo (CID)[43]. En los anexos de cada CID se detallan con minuciosidad los hitos (reformas normativas), los objetivos (inversiones) que deben efectuarse para que los desembolsos tengan lugar. Su cumplimiento se monitorea con indicadores específicos. Y, además, una potencial desviación de los principales objetivos del PRR podría incluso ser denunciada por uno o más Estados miembros

---

[39] El art. 5.1 de la Decisión 2020/32053/UE, Euratom, de 14 de diciembre, sobre el sistema de recursos propios de la UE, faculta a la Comisión para contraer empréstitos en nombre de la Unión por un máximo de 750.000 millones de euros. La evolución del recurso al crédito de la Comisión puede verse en POTTEAU, A., "Le Budget de l'UE à la croisée des chemins. Une crise sanitaire puis économique révélatrice et inspiratrice", *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2020, pp. 567-592 ; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo mecanismo de reconstrucción y resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre 2020, pp. 9-54; y MARCO PEÑAS, E., "Derecho 'en' y 'tras' la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la COVID-19: el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros de la UE", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 1, 2021, pp. 353-371.

[40] Los intentos anteriores de la UE de aplicar esta metodología basada en el cumplimiento de objetivos, como fueron las *joint action plans*, fracasaron debido al riesgo de auditoría que entraña para los Estados miembros. *Vid.* PAZOS VIDAL, S., "El Plan de Recuperación de la UE. Oportunidades para las Administraciones locales", *Anuario de Derecho Municipal*, Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 14, 2020, p. 59.

[41] *Vid.* CASTEJÓN GONZÁLEZ, J. y FONT MIRET, J., "El sistema de gestión y control del MRR", *Revista Española de Control Externo*, núm. 69, 2021, p. 14.

[42] Siguiendo la clasificación de Rodríguez de Santiago, estamos ante un plan aprobado en ejercicio de la función del "Gobierno" de dirigir la política y la actividad administrativa. En ellos, la ponderación entre mandatos de optimización se realiza de forma implícita, y está muy determinada por prioridades de carácter político. *Vid*. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, "Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes. El ejemplo de los planes contra la despoblación", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 6, 2022, p. 13. Una crítica a este "inmenso" poder atribuido al gobierno en BAÑO LEÓN, J. M.ª., La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 7, 2021, p. 22.

[43] En el caso del PRR de España, el 13 de julio de 2021, el Consejo Europeo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea (UE), ratificó la propuesta Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de Recuperación y Resiliencia de España, COM (2021)322 final, de 16 de junio de 2021 (CID).

al Consejo Europeo (Reglamento MRR considerando 52). El análisis de la CID española nos permite concluir la existencia de una intensa condicionalidad, como, por otro lado, ya sucede en general respecto a los Fondos Estructurales y de Inversión tradicionales[44].

Paralelamente, y este creemos es otro fin perseguido por el Derecho europeo, los PRR permiten a las instituciones europeas reforzar su función de coordinación y supervisión de las políticas económicas de los Estados miembros (arts. 5.1 y 121.2 TFUE)[45]. Hasta el momento, esta tarea la ejercía el Consejo con medidas menos efectivas, como los estudios prospectivos anuales, en el marco del semestre europeo[46]. De hecho, el MRR tiene como anclaje jurídico el art. 175 TFUE relativo a la cohesión económica, gracias al carácter pluridimensional de esta última[47] y a la dificultad de fijar límites a su ámbito de aplicación[48]. Este precepto se adiciona al art. 122 TFUE, respaldo jurídico del programa *Next Generation* en su conjunto[49], y que ha sido el fundamento jurídico de mecanismos previos como el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF)[50] o el SURE[51]. Estamos, por tanto, frente un instrumento de cohesión (y coordinación) económica a medio y largo plazo[52], y no solo de apoyo financiero temporal de emergencia en el marco de una crisis.

Este nuevo e intenso *spending power* de la UE condiciona la política económica e, indirectamente, los presupuestos del conjunto de Estados a corto, medio y largo plazo. En un primer momento, como perceptores de los fondos del MRR están obligados a dar cumplimiento a los objetivos de su PRR. Los PRR, además, incluyen me-

---

[44] *Vid.* VITA, V. "Revisiting the dominant discourse on conditionality in EU: The case of EU spending conditionality", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19, 2017, p. 116. Igualmente, DE WITTE, "The European…", cit. pp. 649 y 650

[45] Se incide en ámbitos, como el mercado de trabajo, cuya aproximación entre los distintos Estados miembros se ha considerado tradicionalmente esencial para la consecución de la UEM. *Vid.* HEYLEN, F. y VAN POECK, A., "National labor market institutions and the European Economic Monetary integration process", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 33, núm. 4, 1995, pp. 573-595.

[46] Este también es una herramienta más persuasiva que las existentes para alcanzar los valores comunes de la Unión. *Vid.* FISICARO, M., "Beyond the rule of Law conditionality: Exploiting the EU spending power to foster the Union´s Values", *European Papers*, Vol. 7, núm. 2, pp. 697-719.

[47] Así se señaló en las Conclusiones del Abogado General Yves Bot, 2 de abril de 2009, C-166/07, apartado 82.

[48] Esta interpretación flexible no ha estado exenta de críticas. Se ha afirmado que anula la distinción entre cohesión económica y política económica, ambas con naturaleza distinta en términos de competencias de la UE. *Vid.* LEINO-SANDBERG, PS Mª. y Saarenheimo, T., "Fiscal stabilization for EMU: Managing incompleteness", *European Law Journal*, núm. 43, p. 638.

[49] Puede verse un análisis de las consecuencias de la combinación de ambos preceptos en LEINO-SANDBERG, P. y RUFFERT, M., "Next Generation…", cit., pp. 443 y 444.

[50] El MEEF fue el primer mecanismo introducido durante la crisis de deuda soberana de 2010. Se estableció a través del Reglamento (UE) núm. 407/2010, de 11 de mayo 2010.

[51] Aprobado por el Reglamento (UE) 2020/672, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE).

[52] Función de instrumento de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros que justamente el TJUE negó al MEDE (STJUE, *Pringle*, FJ 111).

didas que con frecuencia llevan aparejado gasto corriente adicional que permanecerá en el presupuesto nacional. Y, en un segundo momento, debido al posible aumento de las contribuciones de los Estados miembros basadas en la Renta Nacional Bruta [53], que reducirá sus recursos disponibles. Este incremento se producirá irremediablemente para hacer frente a la devolución de los préstamos suscritos por la Comisión para financiar el MRR, salvo si se aprueban nuevas fuentes de ingresos con suficiente potencia recaudatoria [54].

El proceso descrito nos lleva a las siguientes conclusiones. El PEC, tanto en su componente preventivo como corrector, establece, por un lado, obligaciones de información y transparencia y, por otro lado, obligaciones materiales de carácter presupuestario y macroeconómico. Para la consecución de las segundas se han reforzado determinados principios presupuestarios, a los que los ordenamientos jurídicos nacionales no eran ajenos, como el de principio de estabilidad presupuestaria, unidad, plurianulidad o transparencia. La máxima expresión de este proceso fue la constitucionalización del principio de estabilidad [55/56]. La gobernanza eco-

---

[53] La facultad de la Comisión de contraer empréstitos y sus consecuencias fueron cuestionadas en la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfG (Segundo Senado), de 6 de diciembre de 2022. Los recurrentes consideran que los arts. 5 y 9 de la Decisión 2020/32053/UE, sobre el sistema de recursos propios de la UE, suponen un avance inadmisible hacia la unión fiscal y la asunción por Alemania de posibles responsabilidades imputables a otros Estados durante un largo período de tiempo (hasta finalizar el reembolso de los empréstitos contraídos por la Comisión, el 31 de diciembre de 2058). *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, "El custodio de la democracia en los asuntos relativos a la integración europea. El recurso de amparo ante el BVerfG para la defensa del dinero alemán a los ojos de un extranjero", en prensa, pp. 5-9. Algunos autores abogan por la reforma de los Tratados para introducir los cambios derivados del NGEU, *vid.* LEINO-SANDBERG, P. y RUFFERT, M., "Next Generation…", cit., p. 440. Otros, en cambio, entienden correcto el uso de las herramientas legales disponibles, dado el consenso de los gobiernos nacionales, *vid.* DE WITTE, B., "The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The legal engineering of an economic policy shift", *Common Market Law Review*, núm. 58, 2021, p. 681.

[54] El recurso propio basado en la RNB representa en la actualidad el 70 % de los ingresos del presupuesto de la UE. A pesar de los esfuerzos de la Comisión por introducir nuevos recursos a través de la conocida "hoja de ruta" es complejo que a través de ellos pueda financiarse en el endeudamiento derivado del MRR. Sobre la viabilidad y el alcance de los nuevos recursos, *vid.* MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M., "Los 'nuevos' recursos propios de la unión europea: Un paso adelante con muchas incógnitas", IEF, núm. 8, 2022, pp. 380-420; MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los recursos propios y los tributos en el presupuesto de la UE en la recuperación post-COVID: ¿todavía lejos de una auténtica Unión Europea?", *Nueva fiscalidad*, núm. 2, abril-junio 2022, pp. 21-62; BIZIOLI, G., "Building the EU Tax Sovereignty: Lessons from Federalism", *World tax journal*, Vol. 14, núm. 3, 2022, p. 407-433.

[55] Debemos precisar que el mandato de constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria se estableció en el art. 3.2 del Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza (TECG) y no en el PEC. Un Tratado cuya funcionalidad e incluso su fuerza vinculante han sido cuestionadas desde su aprobación. *Vid.,* AZOULAI, L., POIARES MADURO, M., DE WITTE, B., CREMONA, M., HYVÄRINEN, A., KOCHAROV, A., ABDALLAT, A., *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty, EUI Working Paper LAW, 2012/09, 2012*, pp. 1-41 (en opinión de Kocharov y Poiares Maduro es "un documento político que reitera mucho de lo que ya está en vigor en el marco del *Six Pack*", p. 1 y pp. 3-4, respectivamente).

[56] No evaluamos, puesto que escapa de los contornos del objeto de estudio de este trabajo, aspectos como la necesidad o idoneidad de la constitucionalización de este principio. Entre los múltiples estudios

nómica y la disciplina presupuestaria europeas han ejercido una fuerte influencia sobre los principios y las reglas del Derecho presupuestario interno[57]. Desde la aprobación del PEC, y especialmente tras su reforma durante la crisis de deuda soberana, la disciplina presupuestaria se ha erigido en un elemento central del Derecho del gasto de los Estados[58]. Además, como demuestra el levantamiento de la cláusula de salvaguardia, la disciplina sigue plenamente vigente[59], aunque se haya superado la concepción de la austeridad como única opción posible para el reajuste de los desequilibrios presupuestarios.

Paradójicamente, a pesar de este papel central de la disciplina presupuestaria, su regulación (esencialmente, el PEC) no ha logrado alcanzar, en muchas ocasiones, sus objetivos[60]; ni tan siquiera se han sancionado sus incumplimientos más graves[61]. En este contexto, la disciplina se refuerza con el ejercicio de un nuevo e intenso *spending power* de la Unión a través del MRR. Este último, sin embargo, no solo intenta fortalecer el cumplimiento de los mandatos del PEC, sino también aproximar lentamente las políticas de gasto e, indirectamente, los presupuestos de los Estados miembros. Con todo, no podemos obviar que el presupuesto es la expresión más importante de la voluntad política[62]y una institución básica del Estado[63]. Por ello, el Derecho presupuestario (sus conceptos, estructura y procedimiento) es un Derecho inminen-

---

sobre esta cuestión destacamos, por la fortaleza de sus argumentos, MARTÍN QUERALT, J.*, "La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?", Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera,* núm. 252, 2011, p. 7.

[57] En el marco de un proceso más amplio de armonización de los estándares administrativos en Europa. *Vid*. SCHWARZE, J., "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", *Revue Trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1993, p. 239.

[58] AGULLÓ AGÜERO, A., "¿"Quo vadis? ¿Hacia dónde va el derecho del gasto público?", en *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*, (coord.) MARCO PEÑAS, E.; (dir.) AGULLÓ AGÜERO, A, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 18 y ss. (versión online).

[59] *Vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.ª A., "El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconómica: consecuencias y dificultades de su juridificación", *Revista de Derecho público: Teoría y Método*, Vol. 2, 2020, pp. 166-167.

[60] Sobre los modestos resultados del Semestre Europeo, *vid*. LEINO-SANDBERG, P. y LOSADA FRAGA, F., "How to make the European Semester more effective and legitimate?", Economic Governance Support Unit (EGOV), Directorate-General for Internal Policies, July 2020, pp. 16 y ss. Resultados que otros autores califican de "auténtico fracaso", *vid.*, BOFINGER, P., "The way forward: Coping with the insolvency risk of member states and giving teeth to the European Semester", en *How to fix Europe´s Monetary Union*, (eds). BALDWIN. R. y GIAVAZZI, F, CEPR, Press, Londres, 2016, p. 235.

[61] El Consejo se encuentra en una posición débil a la hora de adoptar sanciones. Un claro ejemplo fue el caso de Grecia. Tras los iniciales incumplimientos del Estado griego, el Consejo no adoptó ni tan siquiera medidas coercitivas similares a las aplicadas por el FMI. *Vid.* GROS, D., "Towards a credible excessive deficit procedure", en *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, (eds.) MANDENAS, L. GORMLEY, C. HADJI EMMANUEL y I. HARDEN, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 241.

[62] *Vid.* KAHN, J., *Budgeting Democracy: State Building and Citizenship in America 1890-1928*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1997.

[63] *Vid.* RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Jurisprudencia constitucional y Derecho presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 44, año 15, mayo-agosto 1995, p. 10.

temente nacional[64]. Aunque desde hace tiempo se aprecia un fenómeno tendente a sustituir el poder político por el de los expertos, y avanzar hacia la generalización de sistemas que funcionen sobre la base de la presupuestación automática, una verdadera armonización de los Derechos presupuestarios nacionales es compleja. La armonización del Derecho presupuestario requiere una armonización paralela del entorno que disciplina[65]. Este último proceso, más lento y costoso[66], es justamente el que se está llevando a cabo a través de este incremento exponencial del gasto público europeo y su capacidad de dirección de las políticas públicas[67]. Por esa razón, es probable que un fondo o varios fondos con similares características (financiados con deuda emitida por la Comisión y de gestión y control basado en la consecución de hitos y objetivos) se aprueben en el Derecho de la UE[68].

Para poder supervisar el cumplimiento de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria, los Estados miembros deben, como hemos descrito, suministrar abundante información. Esta se examina por las instituciones europeas tomando en consideración parámetros no solo cuantitativos sino, cada vez más, también cualitativos. El cumplimiento de estas férreas obligaciones de información es esencial para el correcto funcionamiento del Pacto, e incluso de la Unión en su conjunto. Una cuestión es incumplir la gobernanza económica, debido, por ejemplo, a complejas situaciones macroeconómicas, y otra muy distinta incumplir las obligaciones de información por tergiversar los datos sobre déficit y deuda presentados. El cumplimiento de estas últimas obligaciones se enmarca en el principio de cooperación leal del art. 4.3 TUE[69]. Este principio fundamental de la Unión tiene su concreción en

---

[64] *Vid.* BOUVIER, M., "L'influence du droit européen sur les catégories du droit des finances publiques. Introduction", en *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, (dir.) AUBY, J.B, Dalloz, 2010, p. 833.

[65] *Vid.* BOUVIER, M., "Introduction", en *L'influence du droit…*, cit., pp. 815-818.

[66] Al requerir un amplio consenso político. Como señala Olesti, que "la integración monetaria diseñada en el TUE no se sustentó sobre la unificación de las políticas económicas" porque "hubiera supuesto una verdadera unión económica que requiere un mayor grado de unidad política". *Vid.* OLESTI RAYO, A., "La Unión…", cit., p. 1748.

[67] Este tipo de influencia del Derecho europeo se produce en ámbitos que son competencia exclusiva de los Estados miembros. Por tanto, no estamos frente a la influencia justificada por la primacía del Derecho europeo, que sería oponible incluso a nivel jurisdiccional. Al contrario, nos encontramos frente a una influencia progresiva derivada de la persuasión y el reconocimiento voluntario. *Vid.* SCHWARZE, J., "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", cit., p. 241.

[68] El 19 de octubre de 2020, en la entrevista con Marie Charrel y Eric Albert, Christine Lagarde, presidenta del BCE, afirmó que debería debatirse la posibilidad de que un mecanismo como el *Next Generation* pudiera permanecer en la caja de herramientas europea. Con posterioridad, el Tribunal de Cuentas Europeo en sus recomendaciones a la Comisión sobre el MRR señala la necesidad de "abordar las deficiencias en cuanto al seguimiento del rendimiento en futuros instrumentos basados en una financiación no vinculada a costes". *Vid.* TCUE, *Marco de seguimiento del rendimiento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Se miden los avances en la ejecución, pero no se refleja suficientemente en rendimiento*, Informe especial 26/2023, p. 65.

[69] La cooperación entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión para alcanzar los objetivos de los Tratados se considera un principio constitucional de la Unión Europea y una piedra angular de la integración. El Tribunal de Justicia ha dictaminado que este principio impone una amplia variedad

materia presupuestaria en el art. 3.2 del Protocolo núm. 12 sobre el PDE que obliga a los Estados miembros a garantizar que los procedimientos presupuestarios nacionales les permiten atender sus obligaciones derivadas de los Tratados. Este mandato se desarrolla en la Directiva (UE) núm. 85/2011, de 8 de noviembre, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros (especialmente, en su art. 3). A su vez, el Reglamento (UE) núm. 1173/2011, establece sanciones para aquellos Estados que manipulen los datos estadísticos. Estas sanciones, a diferencia del resto de sanciones del PEC, sí se han aplicado, en concreto a España y Austria[70]. Su empleo no es anecdótico[71]. Tras la tergiversación de los datos llevada a cabo por Grecia, las instituciones europeas, especialmente Eurostat (Oficina estadística de la Comisión), no estaban dispuestas a que se reiterasen este tipo de conductas que socaban la credibilidad del sistema en su conjunto. A continuación, detallamos cómo se configuran las obligaciones estadísticas y su incidencia en los ordenamientos jurídicos internos.

1.3. Estadística europea: estandarización contable a través del Sistema Europeo de Cuentas

Para la correcta aplicación de la disciplina presupuestaria europea es necesario contar con datos *comparables*, *actualizados* y *fiables*. Estos solo se obtienen si todos los Estados aplican un conjunto único de principios que no sean susceptibles de interpretaciones divergentes. Así lo ha precisado el TJUE en las sentencias *Federazione Italiana Golf* (FIG) v. *Istituto Nazionale di Statistica* (ISTAT) y *Ministero dell'Economia e delle Finanze* y *Federazione Italiana Sport Equestri* (FISE) contra *Istituto Nazionale di Statistica* (ISTAT), de 11 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C-612/17 y C-613/17, apartado 32 (*FIG y FISE v. ISTAT*)[72]; *Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale*, de 3 de octubre de 2019, C-632/18, apartado 32[73]; y SeGEC y otros, de 28 de abril de 2022, C-277/21, apartado 23[74]. En síntesis, la calidad y homogeneidad de los datos son esenciales para que las instituciones europeas puedan supervisar de forma eficaz el cumplimiento de la disciplina presupuestaria.

---

de deberes, tanto en derecho procedimental como sustantivo, tanto a autoridades judiciales, como no judiciales. *Vid*. TEMPLE-LANG, J., "The Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC Treaty", *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, núm. 6, 2003, p. 1904.

[70] Pueden verse los datos de ambos procedimientos en la web de Eurostat: *https://ec.europa.eu/eurostat/web/government-finance-statistics/publications/other-publications*

España recurrió la sanción al TJUE que la confirmó (STJUE, *Reino de España v. Consejo de la Unión Europea*, de 20 de diciembre de 2017, C-521/15).

[71] Carrera Hernández considera que las sanciones no se han aplicado "salvo la anécdota española derivada del falseamiento de cuentas en la Comunidad valenciana". *Vid* CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "El Six-Pack (…)", cit. p. 45.

[72] ECLI:EU:C:2019:705

[73] ECLI:EU:C:2019:833

[74] ECLI:EU:C:2022:318

Como avanzamos, los conceptos esenciales del PEC se definen a través de remisiones al Reglamento del SEC-2010. De esta forma, la escasez conceptual del Derecho de la UE[75], en nuestro caso en el ámbito de la disciplina presupuestaria, se ha paliado mediante una remisión general a los conceptos del SEC-2010.

El SEC-2010 constituye "un marco contable comparable a escala internacional cuyo fin es realizar una descripción sistemática y detallada del total de una económica (…)" (art. 1.01 SEC-2010). La versión originaria del SEC, el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas, publicado en 1970 y su revisión en 1978, el SEC-78, tenían la naturaleza de documentos administrativos. Sin embargo, dada su importancia para la constitución de la UEM[76], se dotó al SEC-95 de fuerza jurídica a través de su aprobación por el Reglamento (CE) núm. 2223/96, de 25 de junio de 1996. Este último fue reformado por el vigente SEC-2010, que se aplica a los datos presentados a partir de septiembre de 2014 (art. 5 SEC-2010).

Todos los Estados miembros deben seguir el SEC-2010 para elaborar los datos que se presentan a las instituciones europeas. Ahora bien, como establece el art. 1.4 SEC-2010, los Estados no están obligados a elaborar con arreglo al SEC-2010 las cuentas destinadas a satisfacer sus propias necesidades. Por tanto, los Estados pueden utilizar, a nivel nacional, sistemas distintos al SEC-2010. Esta segunda opción, si bien evita que el juez nacional pueda plantear cuestiones prejudiciales —al aplicarse una normativa contable distinta al SEC—2010-, implica que el Estado debe reformular todos los datos para presentarlos a la Comisión de conformidad con el SEC-2010. La complejidad añadida que esta conversión supone ha hecho que muchos Estados miembros, si bien no todos, extiendan la aplicación de la metodología SEC-2010 en el suministro de datos de las distintas entidades del sector público a los institutos de estadística[77]. De este modo, como ha recordado el Abogado General Campos Sánchez-Bordona, a pesar de que el Reglamento del SEC-2010 establece obligaciones solo para las autoridades estadísticas nacionales (puesto que ellas son las encargadas de remitir los datos estadísticos en términos de SEC-2010), el Tribunal

---

[75] Como afirma Azoulai, "El Derecho de la UE es rico en términos y expresiones, pero bastante pobre en conceptos". *Vid.*, AZOULAI, L., "The Europeanisation of Legal Concepts", en *European Legal Method — in a Multi—Level EU Legal Order* -, NEERGAARD, U. y NIELSEN, R.; (eds.), Djøf Forlag, Copenhague, 2012, p. 165.

[76] El rigor estadístico en el seno de la UEM no solo era necesario para el control de la evolución económica y el cumplimiento de la disciplina presupuestaria, sino también para determinar la asignación y distribución de los recursos de la Comunidad. Así, a modo de ejemplo, la correcta y homogénea determinación de los valores PIB/RNB de los Estados miembros era clave, puesto que si estos se sobrestimaban ello comportaba que el Estado debía ingresar más al presupuesto comunitario (a través del recurso basado en la PNB/RNB). Ahora bien, si estos valores se infraestimaban ello suponía menores derechos de voto en instituciones claves como el Consejo del Instituto Monetario Europeo, o en el entonces futuro BCE. Estas normas se integran, a nuestro parecer, en lo que constituía la "base común" del Derecho comunitario. *Vid*. WEATHERILL, S., "On the Depth and Breadth of European Integration", *Oxford Journal of Legal Studies*, Autumn, 1997, Vol. 17, núm. 3, pp. 537-550, en particular, pp. 539 y 540.

[77] Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona, C-363/21 y C-364/21, apartado 71 (nota al pie 40).

de Justicia tiene competencia para interpretar el Derecho de la UE en situaciones puramente internas, cuando las disposiciones del ordenamiento de la Unión han sido declaradas aplicables por la legislación nacional[78]. Este supuesto se produce, por ejemplo, cuando la autoridad estadística nacional clasifica una entidad en el sector Administraciones públicas siguiendo los criterios del SEC-2010 y esta última judicializa la controversia (así ha sucedido, entre otras, en las STJUE *FIG y FISE v. ISTAT* y SeGEC y otros).

De lo anterior podemos concluir que, a nivel contable, no estamos ante un proceso de europeización de los Derechos de los Estados miembros (como sucede respecto al Derecho presupuestario), sino frente a una verdadera estandarización. Es cierto que la decisión de aplicar el SEC-2010 en la elaboración de los datos nacionales es voluntaria; sin embargo, debemos plantearnos en qué medida es viable, o eficiente, simultanear regulaciones contables distintas. De este modo, la estandarización se deriva de la complejidad técnica de la norma. Solo Estados muy celosos de su tradición jurídica en el ámbito del control del gasto mantendrán diferenciadas ambas esferas[79]. El Estado que opta por aplicar directamente el SEC-2010 metodológicamente altera su ordenamiento jurídico con la introducción de un conjunto de conceptos contables. Ahora bien, a diferencia de lo que podría parecer, estos conceptos contables no inciden en los conceptos jurídicos tradicionales, su aplicación se limita a ámbitos relacionados con el control del gasto y solo en ocasiones muy puntuales inciden en conceptos de otros ámbitos del Derecho. El legislador nacional es todavía cauteloso a la hora de ampliar su aplicación a otros ámbitos del Derecho, dada su naturaleza, como observaremos seguidamente, tan distinta a la de los conceptos jurídico-tradicionales.

2. INTRODUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS CONTABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. La naturaleza de los conceptos del Sistema Europeo de Cuentas

Los conceptos del SEC-2010 tienen unas características específicas que los diferencian de los conceptos jurídicos tradicionales. Estas se apuntan en el apartado 1.20 SEC-2010. En primer lugar, son conceptos *comparables a escala internacional*. Para alcanzar este objetivo de comparabilidad de los datos se ha producido un proceso de armonización internacional de los Sistemas de Cuentas Nacionales y, por ende, de sus

[78] Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona, C-363/21 y C-364/21, apartado 55.

[79] Tras las controversias en la aplicación del SEC-2010 a nivel interno y el planteamiento de sucesivas cuestiones prejudiciales, el legislador italiano ha vuelto a diferenciar ambos ámbitos de control del gasto. Por un lado, el control estadístico a través de los datos elaborados por el ISTAT (autoridad estadística italiana) que se presentan a las instituciones europeas, y el control del gasto interno efectuado por la *Corte dei Conti* (STJUE *Ferrovienord SpA v ISTAT* y *Federazione Italiana Triathlon v ISTA*, asuntos acumulados C- 363/21 y C-364/21, de 13 de julio de 2023).

conceptos[80], que exige situarse en un plano de abstracción superior a aquel en que se encuentran los conceptos nacionales. De hecho, el SEC constituye el enfoque europeo de los Sistemas de Cuentas de Naciones de Naciones Unidas (SCN). Actualmente del SCN 2008. Es más, dada la similitud entre ambos sistemas normativos, para la interpretación de numerosos conceptos del SEC-2010, Eurostat hace referencia al SNC 2008.

En segundo lugar, los conceptos del SEC-2010 son *conceptos operativos*, es decir, están diseñados especialmente para poder medir magnitudes (apartado 1.24 SEC-2010). No podemos obviar que los criterios del déficit y la deuda públicos contienen límites esencialmente numéricos, por eso, es necesario configurar conceptos que *posibiliten la recogida de datos y su medición*.

En tercer lugar, son conceptos contables que *ponen fin a distinciones de carácter formal* existentes en los diferentes Estados miembros. Eurostat de forma expresa se ha posicionado en contra de la toma en consideración del contexto jurídico para la clasificación de entes u operaciones. Así, a los efectos de la clasificación de una unidad institucional o de un flujo económico en términos de SEC-2010 es necesario "ver más allá de la forma jurídica y transmitir la realidad económica"[81]. El apartado 1.48 SEC-2010 puntualiza que no se utilizan los conceptos administrativos porque estos no permiten obtener un marco coherente y compatible a escala internacional.

En cuarto lugar, para garantizar la comparabilidad temporal, los conceptos del SEC-2010 tienen voluntad de *permanencia durante un largo período de tiempo* (apartado 1.27 SEC-2010). La continuidad conceptual reduce la necesidad de volver a calcular series temporales. Por este motivo, cuando es necesario introducir cambios en los sistemas de cuentas aprobados internacionalmente, se llevan a cabo transiciones "suaves" entre sus diferentes versiones. En aras de garantizar la comparabilidad de los datos en el tiempo, no serán reformas rupturistas que impliquen cambios en el modelo. De hecho, muy pocos conceptos básicos se han reformado en los sucesivos sistemas internacionales (SEC o SCN). Este factor, como afirma el SEC-2010, los sitúa fuera de presiones políticas nacionales e internacionales (apartado 1.27 *in fine* SEC-2010)[82]. No obstante, lo que sí se aprecia, como analizaremos en detalle en la tercera parte de este trabajo, es una evolución del alcance de sus contornos, que se amplían sistemáticamente. Esto se produce, por un lado, mediante la introducción de nuevos indicadores para delimitar los conceptos originales; y, por otro lado, gracias a la interpretación expansiva de Eurostat, especialmente, a través del *Manual del SEC-2010* y, con anterioridad, a través del *Manual del SEC-95* [83].

---

[80] *Vid*. ONGENA, H., "La surveillance budgétaire après le pacte de stabilité et de croissance", *Revue française de finances publiques*, núm. 68, 1999, p. 58.

[81] *Vid.* EUROSTAT, *Manual del SEC-2010*, cit., apartado 5, pp. 161 y 162.

[82] Sobre su independencia, *vid.* FUENTES QUINTANA, E. y BAREA TEJEIRO, J., "El déficit público de la democracia española", *Papeles de Economía Española*, núm. 68, 1996, pp. 87 y ss.

[83] El *Manual del SEC* es el principal instrumento interpretativo del Reglamento del SEC, si bien existen otros manuales y guías que llevan a cabo la misma función en ámbitos concretos. A través del

En quinto lugar, los conceptos del SEC-2010 se *centran en la descripción del proceso económico en términos monetarios y fácilmente observables*. La utilización de este tipo de conceptos persigue evitar que a través de aspectos formales (como, por ejemplo, la introducción de nuevas formas organizativas o de mecanismos de colaboración entre el sector público y el sector privado) se sustraigan del control del endeudamiento público verdaderas fuentes generadoras de este. Por ello, en la clasificación de un ente o una operación a efectos de SEC-2010 se prima la realidad económica frente a la forma jurídica. Esta característica de los conceptos del SEC-2010 es el reflejo de uno de los principios inherentes a la metodología SEC-2010, el *principio de sustancia sobre forma* (apartados 1.90 y 20.164 del SEC-2010) y, con anterioridad, a través del Manual del SEC-95[84].

Las características de los conceptos del SEC-2010 que hemos descrito en los apartados precedentes los convierten en *conceptos versátiles*, que pueden ser aplicados en distintas situaciones y para fines diferentes. A pesar de esta versatilidad, el SEC-2010 no adolece de la ambigüedad conceptual que se produce con frecuencia en la legislación de la UE[85]. El Reglamento SEC-2010 describe sus conceptos incluso con mayor precisión que el SCN 2008. El objetivo es establecer unidades de significado autónomas[86] en todos los Estados de la UE respecto a los conceptos esenciales de la disciplina presupuestaria como deuda, déficit, inversión o público. La ambigüedad aparece, como veremos, en el momento de su aplicación.

2.2. La coexistencia de los conceptos del SEC-2010 con otros conceptos de origen europeo y los conceptos jurídicos tradicionales

Dada la función específica que tienen encomendada, los conceptos contables europeos se integran en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, en principio, no alteran los conceptos jurídicos nacionales. Un mismo concepto pasa así a tener dos significados distintos. De esta forma, en los ordenamientos jurídicos

---

Manual del SEC, Eurostat busca resolver los principales problemas estadísticos que surgen a la hora de interpretar y aplicar el Reglamento del SEC por los Estados miembros.

[84] *Vid*. EUROSTAT, *Manual del SEC-2010*, apartado 6, p. 12.

[85] Como afirma Azoulai, en muchos de los textos aprobados por el legislador de la UE abundan términos indefinidos. *Vid.* AZOULAI, L., "The Europeanisation of Legal Concepts", cit., pp. 165 y 166.

[86] Doctrinalmente se ha analizado el carácter autónomo de los conceptos del Derecho de la Unión y del ordenamiento de la Unión en su conjunto en múltiples estudios, entre otros, *vid.* LENAERTS, K. y GUIÉRREZ-FONS, J.A., *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Marcial Pons, 2023, pp. 39 a 42; SÁNCHEZ FRÍAS, A., *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 97 – 110; LENAERTS, K. y GUIÉRREZ-FONS, J.A. y ADAMS, S., "Exploring the Autonomy of the European Union legal Order", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 81, 2021, pp. 47 a 87. KLABBERS, J. y KOUTRAKOS P., "An Anatomy of Autonomy", *Nordic Journal of international law* (2019), pp. 1-8; SHUIBHNE, N. N., "What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?" *Nordic Journal of international law* (2019) pp. 9 - 40. y, BARENTS, R., *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 11 a 22.

nacionales algunos conceptos jurídicos tradicionales (como el concepto "Administraciones públicas" o el concepto de "deuda pública") coexisten con los conceptos del SEC-2010 compartiendo el mismo término. Cabe precisar que no estamos frente a una interpretación económica de los conceptos tradicionales, sino frente a la introducción de nuevos conceptos —en atención a su definición— que, por su función, se configuran a través de parámetros contables. Los conceptos jurídicos tradicionales, por su parte, deben mantener los matices y singularidades jurídicas (v.g, las derivadas del negocio jurídico a través del cual se materializan), mientras que los conceptos jurídicos de naturaleza contable tratarán, como hemos analizado, de forma equivalente realidades que en términos jurídicos son desiguales [87].

Los conceptos del SEC-2010 son conceptos funcionales [88]; de hecho, la funcionalidad es una característica presente en los criterios de configuración del Derecho comunitario [89]. Por el contrario, los conceptos nacionales son conceptos de carácter tendencialmente orgánico [90]. Esta coexistencia de los conceptos jurídicos tradicionales con los conceptos europeos tiene lugar también en otros ámbitos del Derecho público [91]. Así, en el ámbito de la contratación pública, coexiste el concepto europeo de "contrato público" de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, con el concepto de "contrato del sector público" de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) [92].

---

[87] Este tratamiento uniforme de realidades desiguales en términos jurídicos fue una de las objeciones vertidas a la doctrina del principio de la realidad económica. *Vid.* SAINZ DE BUJANDA, F., *Hacienda y Derecho I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 601.

[88] *Vid*, entre otros, AZOULAI, L., "The Europeanisation of Legal Concepts", cit., p. 176.

[89] En el ámbito europeo la decisión que se adopta es la más adecuada a los objetivos del Derecho de la Unión. Esta idea de funcionalidad ha estado presente desde los inicios de la Comunidad. Como señaló el Abogado General Lagrange "no se trata de aplicar el Derecho italiano o el Derecho francés o cualquier otro Derecho de un Estado perteneciente a la Comunidad, sino de aplicar el Derecho del Tratado, y solamente en orden a conseguir tal construcción del Derecho del Tratado debe buscarse una referencia a través del estudio de las soluciones jurídicas nacionales cuando dicha referencia sea necesaria para aquel propósito", Conclusiones Abogado General Lagrance, asunto *Assider v. Alta Autoridad*, 11 de febrero de 1955. A nivel doctrinal, existían voces a favor de estas soluciones funcionales (*vid.* BREDIMAS, A., "Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities", *Year Book of World Affairs*, 1977, Routledge, 1978, p. 324), pero otras posiciones abogaban por la toma en consideración de los principios aceptados por un amplio número de Estados. Por tanto, un análisis en términos cuantitativos (*vid.* AKEHURST, M., "The application of general principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Year Book of International Law,* Vol. 52, núm. 1, 1981, p. 37).

[90] *Vid.* DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, 2018, p. 158 (apartado 245).

[91] Sobre este proceso en el Derecho constitucional, *vid*. GUILLÉN LÓPEZ, E., "Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo ideológico", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 12, 2009, p. 155.

[92] Junto a estos dos conceptos (contrato público y contrato del sector público), García-Andrade Gómez adiciona el concepto de contrato que sirve de base a los dos anteriores. *Vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., "Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales", en *Colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, DARNACULLETA Mª. M. *et al.*, Marcial Pons, 2022, pp. 202 y ss.

En consecuencia, los conceptos del SEC-2010 también van a coexistir con conceptos funcionales de otros ámbitos del Derecho marcadamente europeizados, como es la contratación pública. La conexión de la disciplina presupuestaria con esta última es innegable. No podemos obviar que los contratos son una de las fuentes tradicionales de endeudamiento público y, a su vez, la contratación es un instrumento que debe garantizar un uso eficiente de los fondos públicos[93]. Este nexo implica que, a nivel conceptual, estemos frente a conceptos que se basan en *notas definitorias* comunes (como el control, la actividad o el riesgo), pero delimitadas de forma dispar[94]. Esta indiscutible conexión entre ambas materias hace que el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, a la hora de delimitar el concepto de control como factor relevante para la existencia de un "poder adjudicador", se remita a la sentencia del TJUE *FIG y FISE v. ISTAT*, relativa al concepto de control en términos de SEC-2010. En particular, señala que las argumentaciones de la sentencia FIG y FISE pueden "resultar de utilidad para resolver el reenvío prejudicial"[95]. Esta remisión, no obstante, no le impide precisar seguidamente que "los criterios para discernir si existe ese control varían significativamente en aquel ámbito [contratación] respecto del contable"; por tanto, destacar su diferencia.

La compleja arquitectura conceptual descrita, unida a las múltiples relaciones prácticas que existen entre ambas esferas del Derecho europeo, hace que se produzcan numerosas zonas de convergencia[96]. La clave, como veremos, es evitar las fricciones entre ambas regulaciones. En cuanto a la posibilidad de avanzar hacia conceptos transversales en ambas disciplinas (como un concepto común de "público"), si bien podría ser deseable, parece prácticamente inviable debido al estado actual de la construcción conceptual —tanto a nivel normativo como jurisprudencial por el TJUE—.

Con carácter general, la introducción de los conceptos europeos funcionales no ha sido una cuestión sencilla al estar marcada por la resistencia de los operadores, especialmente del poder judicial. Esta resistencia se deriva, en gran medida, de la incomprensión de los nuevos conceptos y el modo en cómo estos operan[97]. Sin embargo, en el ámbito de la disciplina presupuestaria, la introducción de los conceptos europeos contables ha sido menos compleja. Los motivos son varios. En primer lugar, su diseño que, como hemos visto, es especialmente preciso. En segundo lugar, su regulación en un Reglamento, norma que despliega de manera efectiva y uniforme

---

[93] Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública.

[94] Una similitud en la redacción no da lugar necesariamente a un significado similar. *Vid.* AZOULAI, L., "The Europeanisation of Legal Concepts", cit. p. 173.

[95] Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, asunto *Federazione italiana Giuoco Calcio*, 1 de octubre de 2020, C-155/19 y 156/19, apartado 1, nota al pie 2 (ECLI:EU:C:2020:775).

[96] *Vid.* DÍEZ SASTRE, S. y MARCO PEÑAS, E., "La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria", *CEFLegal*, núm. 223-224, 2019.

[97] En el ámbito de la contratación pública, *vid*. DÍEZ SASTRE, S., "Legal transplants: resistance, acceptance and back again -an example from Spanish public procurement Law", *Review of European Administrative Law-Public contracts (procurement and concessions*), núm. 15, noviembre 2022 (versión online).

sus efectos de alcance general y de obligatoriedad plena. En tercer lugar, su interpretación y aplicación, casi exclusiva, por las autoridades estadísticas o contables tanto europeas como nacionales. Su interpretación y aplicación por el poder judicial ha sido muy limitada. Solo en los últimos años, desde 2019, los Tribunales de algunos Estados miembros (como el *Conseil d'État* belga o la *Corte dei Conti* italiana) han presentado cuestiones prejudiciales al TJUE para que interprete determinados conceptos del SEC-2010. Por tanto, la ausencia de conflictividad en el plano jurisdiccional no es solo reflejo del modo como se han configurado los conceptos del SEC, sino también del hecho que muchas de las controversias relativas a su aplicación se han dirimido entre las autoridades estadísticas o contables europeas y nacionales. El SEC-2010 contiene obligaciones solo para las autoridades estadísticas nacionales, con un elevado nivel de legitimidad técnica, por tanto, se esperaba que los potenciales conflictos se resolvieran sin necesidad de judicializarlos[98]. El problema se ha producido cuando los particulares —de naturaleza privada— se han visto afectados por la aplicación del SEC-2010.

En relación con el ámbito en el que operan, los conceptos del SEC-2010 no tienen por qué aplicarse en otras esferas del Derecho nacional, ni tan siquiera, como hemos visto del Derecho del gasto público. Así, no contravendría el Derecho europeo que la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), en lugar de remitir al concepto de sector Administraciones públicas del SEC-2010 (art. 2 LOEPSF) definiera su ámbito subjetivo haciendo referencia al concepto, que podemos denominar tradicional, de sector público del art. 3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP)[99]. Cuestión distinta es que el legislador nacional opte por introducir los conceptos del SEC-2010 para delimitar el elemento subjetivo u objetivo de sus normas en materia de disciplina presupuestaria[100]. Esta equiparación conceptual se lleva a cabo con el objetivo de facilitar al Estado español el cumplimiento de los mandatos europeos, al trasladar las obligaciones en ellos contenidas —o incluso más restrictivas[101]— al conjunto de entes del sector público.

---

[98] En caso de discrepancia en la aplicación del SEC-2010, Eurostat tiende a realizar reservas a los datos presentados, en lugar de modificarlos directamente. Las controversias acaban resolviéndose en el marco de la cooperación y el diálogo que caracteriza la relación entre las autoridades estadísticas.

[99] Otra ley que, obviamente, incorpora remisiones a los conceptos objetivos y subjetivos del SEC-2010 es Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

[100] Prosiguiendo con el paralelismo en el ámbito de la contratación pública, respecto al concepto de contrato, el legislador español igualmente podría haber empleado la definición europea de contrato público solo a los efectos de trasponer la Directiva sobre contratación pública. Sin embargo, ha optado también por extender este concepto a todos los efectos, con independencia de contratos armonizados o no, por tanto, de nuevo el concepto europeo se extiende más allá de lo que exige el Derecho de la Unión Europea. *Vid.* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., "Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales", cit., p. 203.

[101] Un ejemplo de mayor restricción es la regla de gasto nacional (art. 12 LOEPSF) respecto a la regla de gasto europea del art. 5 Reglamento de Supervisión. Esta última, a diferencia de la nacional, fija menores restricciones si el Estado cumple con la estabilidad presupuestaria (alcanza su respectivo OMP). Otro ejemplo es la obligación de destinar el superávit a reducir el nivel de endeudamiento neto

A su vez, el legislador nacional también ha introducido los conceptos del SEC-2010, si bien de forma muy puntual, en normas que regulan otros ámbitos que considera conectados con la disciplina presupuestaria, como el régimen jurídico del sector público o la contratación pública[102]. Este es el caso del concepto "producción de mercado" de la LCSP o de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). No consideramos casual que la remisión al SEC-2010 sea para trazar la línea entre el Estado y el mercado. Esta cuestión la abordaremos de forma extensa en la tercera parte de este trabajo.

La coexistencia de los conceptos del SEC-2010 junto a los conceptos jurídicos tradicionales hace necesario determinar si las normas contienen los conceptos jurídicos tradicionales o a los conceptos jurídico-contables europeos, puesto que su alcance es completamente distinto. En algunas ocasiones la propia norma advierte de la naturaleza del concepto, por ejemplo, a través de remisiones a la normativa europea. Este es el caso, como hemos apuntado, del art. 2 LOEPSF, que de forma expresa configura el sector público partiendo del concepto sector "Administraciones públicas" del SEC-2010. Ahora bien, existen normas que no precisan si los conceptos que las integran son los conceptos tradicionales o los contables. Este es el caso de algunos de los apartados del reformado art. 135 de la CE. En este precepto, a nuestro parecer, coexisten el concepto europeo (párrafo tercer del art. 135.3 de la CE) y el concepto tradicional de deuda pública (párrafos primero y segundo del art. 135.3 de la CE).

No hay duda de que el párrafo tercero del art.135.3 de la CE hace referencia al concepto europeo de deuda pública cuando establece que "El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea". Es más, en este párrafo del pre-

---

(art. 32 LOEPSF), mandato que no se recoge a nivel europeo. Ambas previsiones nacionales han sido flexibilizadas.

[102] Por el contrario, en el ámbito del empleo público, el 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 (EBEP) no se remite al SEC-2010 para delimitar su ámbito subjetivo. Es más, el ámbito subjetivo de las medidas de reducción salarial aprobadas durante la crisis de deuda soberana se definía con remisiones a los conceptos de sector público establecidos en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (LPGE). Esta práctica se llevó a cabo incluso tras la aprobación de la LOEPSF. Así, a modo de ejemplo, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establecía que "En el año 2021 el personal del sector público definido en el art. 22. Uno de la LPGE, verá reducida sus retribuciones en las cuantías que corresponda percibir en el mes de diciembre como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria (…)". El art. 22. Uno LPGE 2012, relativo a las "Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público", configuraba un ámbito subjetivo distinto al sector Administraciones públicas SEC-2010. En este ámbito se incluían todas las empresas públicas. *Vid.* ESTEBAN MIGUEL, A., "El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo", *AEDTSS*, Ediciones Cinca, 2023, pp. 123 y ss. Por tanto, las restricciones se aplicaban de forma uniforme al conjunto de entes del sector público instrumental, con independencia de su consolidación, o no, en el sector "Administraciones públicas" en términos de SEC-2010.

cepto constitucional, esta es la única opción jurídicamente válida; en la medida en que el criterio de la deuda pública se configura a través de una remisión al valor de referencia establecido en el TFUE, el concepto de deuda pública que debe manejarse para evaluar el cumplimiento del límite debe ser también el europeo.

Por el contrario, los principios recogidos en los párrafos primero y segundo del art. 135.3 de la CE (principios de reserva de ley y de inclusión presupuestaria automática, respectivamente) solo son viables si hacen referencia al concepto de deuda pública tradicional español. Para ejemplificar nuestro argumento nos centraremos en el principio de inclusión automática[103]. Según el principio de inclusión presupuestaria automática los créditos presupuestarios para satisfacer el servicio de la deuda pública de las Administraciones públicas se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos, y estos no podrán ser objeto de enmienda o modificación. Además, tras la reforma del art. 135 CE, su pago "gozará de prioridad absoluta"[104]. El concepto de deuda pública de este principio determina, por tanto, qué capitales e intereses se encuentran cubiertos por la garantía constitucional del art. 135 de la CE.

El concepto de deuda pública del principio de inclusión presupuestaria automática del originario art. 135.2 CE no ha sido definido por el Tribunal Constitucional, tampoco el de la versión actual. Frente a esta situación, caben dos posibilidades. La primera, es dotar de contenido al concepto de deuda pública a través del concepto europeo de deuda pública del art. 1.5 del Reglamento (UE) núm. 479/2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el PDE. Este precepto define la deuda pública como "el valor nominal de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones públicas". Los conceptos que figuran en este precepto, a su vez, se definen con arreglo al SEC-2010 (art. 1 Reglamento (UE) núm. 479/2009). Si el concepto de deuda pública del principio de inclusión automática tuviera este alcance tan amplio (conjunto de obligaciones pendientes al final del ejercicio), el principio perdería su función de garantía constitucional del pago de la deuda pública del Estado, puesto que ninguna obligación tendría preferencia sobre el resto. La segunda opción es entender que el concepto de deuda pública incluido en el principio de inclusión presupuestaria automática es el concepto de deuda pública tradicional. El concepto legal de deuda se

---

[103] Sobre el principio de inclusión presupuestaria automática, *vid*, DE LA HUCHA CELADOR, F., "El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del art. 135.2 de la Constitución", *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 63, 1989, pp. 347-362.

[104] A través del principio de "prioridad de pago" se pretende asegurar, todavía en mayor medida, a los suscriptores de deuda pública el cobro de los intereses y la devolución del capital prestado a las Administraciones públicas. Respecto a su introducción, *vid*. ALBERTÍ ROVIRA, E., AA.VV., "Encuesta sobre la reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, núm. 93, septiembre-diciembre, 2011, p. 169. Y, DE LA HUCHA CELADOR, F., "La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública", *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, enero-marzo, 2012, p. 44.

recoge en la LGP [105]. Del análisis de las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias podemos inferir un concepto genérico de deuda pública como "el conjunto de capitales tomados en préstamo por el Estado o los organismos autónomos" [106]. Este concepto de alcance más restrictivo, diferencia entre los pasivos derivados de la suscripción de contratos de préstamo del resto de pasivos, y dota de aplicabilidad y funcionalidad al principio de inclusión presupuestaria automática del precepto constitucional.

La problemática descrita, refleja cómo, a pesar de que el legislador nacional ha ampliado el ámbito de aplicación de los conceptos del SEC-2010 a esferas del Derecho presupuestario y del gasto público que van más allá de la mera elaboración de los datos estadísticos que deben presentarse a las instituciones europeas, existen disposiciones en las que los conceptos que deben tomarse en consideración son los tradicionales. La introducción de los conceptos europeos —funcionales y de contornos sustancialmente más amplios— en algunas normas presupuestaria nacionales alteraría por completo su alcance, e incluso podría incidir en la aptitud de sus mandatos.

En este punto, metodológicamente, debemos tomar conciencia de la complejidad conceptual existente. Por un lado, los conceptos contables son similares, pero distintos a otros conceptos europeizados. Su similitud nace de su configuración a través de *notas definitorias* comunes (como el riesgo, el control o la actividad). Es lógico que compartan dichas notas, porque todos ellos son conceptos funcionales-económicos. En cuanto a sus diferencias, estas surgen justamente de la caracterización dispar de estas notas definitorias tanto por el legislador europeo, como por el TJUE. Esta definición y alcance heterogéneos se justifican en los objetivos distintos de cada una de las regulaciones. Por otro lado, los conceptos contables guardan claras diferencias con los conceptos jurídicos tradicionales. Sin embargo, el operador nacional tiende a aplicarlos de forma equivalente, lo cual genera ineficiencias, como observaremos en seguida.

3. EL SEC-2010: UN EJE ECONÓMICO-FUNCIONAL PARA DIFERENCIAR EL ESTADO DEL MERCADO

3.1. Las presunciones del SEC-2010 y la lógica binaria de los conceptos orgánicos

El estudio realizado nos lleva a concluir que ni la disciplina presupuestaria ni la estadística europea establecen obligaciones respecto a la configuración de los conceptos o las normas nacionales. Los conceptos del SEC-2010 se han introducido, esencialmente, en las normas internas sobre disciplina presupuestaria para facilitar

[105] *Vid.* ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "La Ley General Presupuestaria, un juicio global", *Revista de Estudios*, núm. 77, 1977, pp. 29 y ss.

[106] Sobre el concepto de deuda pública tradicional, *vid.* FERREIRO LAPATZA, J. J., "Análisis jurídico de la deuda pública", *Revista de Administración pública*, núm. 53, 1967, pp. 131-228

el cumplimiento de los mandatos europeos. Por último, las remisiones al SEC-2010 para configurar conceptos jurídicos nacionales en otros ámbitos del Derecho son escasas.

Por tanto, la influencia del SEC-2010 en los Derechos públicos se deriva de la necesidad de los Estados de dar cumplimiento a los mandatos materiales de estabilidad presupuestaria, unida a la convicción de que determinadas fórmulas de gestión de los servicios públicos tienen menor incidencia en los niveles de déficit y deuda públicos. El SEC-2010, por su parte, no se pronuncia directamente sobre la fórmula más idónea de gestionar los servicios. Tampoco la Unión europea tiene un título competencial en materia de organización administrativa y de gestión de servicios[107]. Es más, al abordar el estudio de las colaboraciones público-privadas, el *Manual del SEC-2010* señala que no corresponde a los estadísticos analizar "las razones, la lógica o la eficiencia" de las operaciones. No obstante, a pesar de esta aparente indiferencia frente a las fórmulas de gestión, el SEC-2010 establece una serie de presunciones —respecto a la consolidación, o no, de entes u operaciones— que reflejan que el punto de partida del análisis no es neutral[108].

En la medida en que el SEC-2010 es la metodología aplicable para determinar los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados, una de sus funciones esenciales es determinar los contornos del sector "Administraciones públicas" (S.13)[109]. Este concepto constituye el elemento subjetivo de ambas magnitudes. El SEC-2010 traza, así, una línea entre el Estado y el mercado basada, como hemos visto al analizar sus conceptos, en criterios exclusivamente económicos. Se introduce un eje de análisis económico-funcional, frente al eje orgánico-formal que tradicionalmente ha permitido diferenciar el Estado del mercado.

La delimitación de un concepto funcional, como es el concepto de sector "Administraciones públicas", es compleja. Existen entes y operaciones que indefectiblemente forman parte de este sector (*casos típicos*); a su vez, hay entes y operaciones que claramente no forman parte. Pero también concurre un tercer tipo de entes u operaciones respecto de los cuales es más complejo determinar si se integran, o no,

---

[107] De hecho, el art. 2.1 Directiva (UE) núm. 24/2014, de 26 de febrero, sobre contratación pública establece que «La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras y la prestación de servicios".

[108] Las presunciones del SEC-2010 cumplen la función de sistematizar la opción más probable. Así, la presunción se basa en una especie de cálculo de probabilidades y se gneraliza de forma definitiva, o hasta que se demuestre lo contrario, la situación que se produce con mayor frecuencia. *Vid.* RIVERO, J., "Fictions et présomptions en droit public français", en *Les présomptions et les fictions en droit: études*, (eds.) PERELMAN CH.y FORIERS, P., Bruylant, Bruselas, 1974, p. 112.

[109] El apartado 2.111 SEC-2010 afirma que "El sector administraciones públicas (S.13) incluye todas las unidades institucionales que son *productores no de mercado* cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional".

en el sector Administraciones públicas (*casos atípicos*). Bajo estas premisas, puede afirmarse que es un concepto con un elevado nivel de vaguedad en su aplicación [110].

La línea entre el Estado y el mercado trazada por el SEC-2010, además, es especialmente difusa al pivotar, en última instancia, en un criterio como el riesgo. La existencia de un análisis del riesgo se aprecia con claridad en los contratos de larga duración. El apartado 20.283 SEC-2010 fija que "para determinar quién es el dueño económico de los activos en una asociación público-privada [y, en consecuencia, su clasificación en el sector público o el sector privado] es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos". Por el contrario, el examen del riesgo se percibe de forma menos nítida en el caso de la clasificación de una entidad. Los criterios para la clasificación sectorial de entes hacen referencia al control de la entidad —unidad institucional y naturaleza pública— (apartados 2.12 y apartados 2.38, 20.309 y 20.310 SEC-2010, respectivamente), y a su actividad —de mercado, o no— (apartados 20.19 a 20.31 SEC-2010). Sin embargo, al examinar estos dos criterios (control y actividad) indirectamente se está evaluando en qué medida el Estado tendrá que asumir, en caso de contingencia, el déficit y la deuda de la entidad; es decir, el riesgo que contrae fruto de sus conexiones con ella.

La función del SEC-2010, como expusimos, es permitir la elaboración de datos fiables sobre el déficit y la deuda públicos, que posibiliten la supervisión de la disciplina presupuestaria de los Estados. Esto implica que el sector Administraciones públicas (S.13) no se conforma automáticamente por los entes y operaciones que bajo un criterio orgánico se integrarían en el sector público, sino que también deben sectorizarse en él entes y operaciones que generan un elevado nivel de riesgo para la sostenibilidad de este sector. Paralelamente, entes que orgánicamente forman parte del sector público, si generan un riesgo reducido pueden estar clasificados fuera del sector Administraciones públicas (S.13). Se considera que los entes que realizan una "producción de mercado" entrañan un menor riesgo para la sostenibilidad financiera del Estado. Estos entes y operaciones, cuya clasificación en términos de SEC-2010 difiere de su clasificación formal-orgánica, constituyen los casos que hemos denominado atípicos. El análisis del riesgo de un ente u operación no solo es complejo, sino que puede evolucionar a lo largo del tiempo. Existirá, en consecuencia, un riesgo *ex ante* y un riesgo *ex post*. Ambos riesgos podrán, o no, coincidir, produciéndose entonces reclasificaciones en términos de SEC-2010.

Dada la complejidad para determinar el alcance del sector Administraciones públicas (S.13), es en este punto donde el SEC-2010 se sirve con mayor frecuencia de la técnica presuntiva. Así, a modo de ejemplo, el 20.21 SEC-2010 establece una

---

[110] Para explicar el fenómeno de la vaguedad, Vilajosana Rubio utiliza la metáfora del foco de luz, "habría, así, una zona de total luminosidad, en la que existiría un criterio automático de aplicación de la palabra a determinados objetos (que caerían dentro del haz luminoso), otra de total oscuridad, en la que tendríamos un criterio de exclusión automático de aplicación de la palabra a determinado objetos, y, por último, una *zona de penumbra* que se caracteriza porque en ella se carece de un criterio automático de aplicación o exclusión del término". *Vid*. VILAJOSANA RUBIO, J. M.ª, *Identificación y Justificación del Derecho*, Marcial Pons, p. 95.

presunción respecto a la naturaleza de la producción de las sociedades: "Cuando los productores son sociedades privadas, se puede presumir que los precios son económicamente importantes. Por el contrario, cuando existe control público, los precios de la unidad pueden establecerse o modificarse con fines de política pública, lo cual puede ocasionar dificultades a la hora de determinar si los precios son económicamente significativos". De igual forma, el *Manual del SEC–2010* señala que determinadas entidades, "por su naturaleza", deben ser consideradas productores no de mercado, como es el caso de los productores públicos [111]. Ahora bien, estamos frente a una presunción *iuris tantum*, por tanto, es posible probar que la producción de la sociedad pública se lleva a cabo a precios económicamente significativos y, por tanto, es un productor de mercado (a través del cumplimiento del *test* definido en los apartados 20.23 a 20.31 SEC-2010).

Frente a esta situación, sin embargo, los operadores jurídicos españoles tienden a no articular prueba en contrario, puesto que la presunción del SEC-2010 se acomoda con el esquema orgánico binario tradicional: un ente público se integra en el sector Administraciones públicas, mientras que un ente privado indefectiblemente se encuentra en el mercado. Sin embargo, ambas conclusiones son cuestionables en términos de SEC-2010, incluso la segunda. A modo de ejemplo [112], el *Manual del SEC-2010* advierte que hay empresas privadas que son "demasiado grandes para caer" (*too big to fail*), o desempeñan un papel crucial en la economía, como puede ser poseer o explotar infraestructuras o servicios públicos esenciales. Bajo estas circunstancias, el Gobierno, al relacionarse con ellas, en ocasiones, se ve obligado a preservar su existencia [113]. Lo anterior significa que el Estado respecto de este tipo de empresas puede llegar a asumir un elevado nivel de riesgo y que estas pueden eventualmente impactar en el déficit y la deuda públicos.

En otras ocasiones la presunción del SEC-2010 se ajusta al esquema orgánico-formal. Este es el caso de los contratos de concesión. En términos de SEC-2010, los contratos de larga duración se dividen en: concesiones, si la financiación es mayoritaria por los usuarios (apartado 20.280 SEC-2010); y en contratos de colaboración público-privada (CPP), si la financiación es mayoritaria por la Administración (apartado 20.279 SEC-2010). Eurostat tradicionalmente ha entendido que, en la medida en que los usuarios finales cubren la mayor parte del coste de la operación, las concesiones no deben, *a priori*, contabilizarse en el balance público. El *Manual del SEC-2010*, en su versión de 2019, establecía que el supuesto más común es la localización en el balance del operador privado [114]. Por el contrario, en el caso de las CPP la premisa inicial es su consolidación en el balance público. El operador

---

[111] El *Manual del SEC-2010* contiene un apartado específico sobre los productores *"Specific cases of producers". Vid.* EUROSTAT, *Manual del SEC–2010* (2023), apartado 49, p. 23.

[112] Igualmente, cada vez más Eurostat está clasificando el sector fundacional privado financiado mayoritariamente de forma pública (por pagos coactivos de usuarios) en el sector Administraciones públicas. Esta tendencia se harespaldado por el TJUE (STJUE FIG y FISE v. ISTAT y SeGEC y otros).

[113] *Vid.* EUROSTAT, *Manual SEC-2010* (2023), cit., p. 162, apartado 5, letra f).

[114] *Vid*. EUROSTAT, *Manual del SEC-2010* (2019), p. 273 apartado 13.

jurídico nacional ha seguido esta presunción, al concordar con el esquema jurídico tradicional que caracteriza la concesión como un contrato que permite, en principio, alcanzar la suficiencia económica del servicio público. Sin embargo, algunas concesiones (como las autopistas Radiales de Madrid[115]) clasificadas fuera del balance público, con un análisis flexible del riesgo *ex ante*, han generado importantes niveles de déficit y deuda públicos[116]. La posición de garante último de la operación de la Administración pública ha desencadenado una aplicación abusiva del reequilibrio económico, no combinada correctamente con el riesgo y ventura concesional[117]. La proliferación de este tipo de supuestos en distintos Estados miembros ha llevado a Eurostat a analizar de forma mucho más intensa el riesgo asumido por el sector público en los contratos de concesión[118]. El operador jurídico nacional debe alinearse con este nuevo esquema.

Por último, existen casos en los que el operador jurídico nacional da un paso más e introduce variables del examen binario jurídico-formal en el análisis funcional del riesgo del SEC-2010. Así, respecto a las concesiones, ha entendido que la retribución del operador a través de una prestación patrimonial de carácter público no tribuiría (PPCPNT) aseguraba en mayor medida la no consolidación[119], que si la retribución del operador privado era a través de una tasa. Esta correlación, sin embargo, no tiene por qué producirse. A efectos de riesgo de demanda, ambas prestaciones tienen naturaleza coactiva. En cuanto a la cuantía, las limitaciones cuantitativas a los beneficios del operador que podrían inferirse del establecimiento de una tasa no son, *a priori*, tan intensas como para afirmar que no se transfieren los beneficios al operador[120], o que el precio no es económicamente significativo en términos de SEC-2010[121]. Además, como se infiere del *Manual del SEC-2010*, la exclusión del riesgo de demanda se produce en aquellos supuestos en los que se limitan de forma global los beneficios que puede obtener el operador, por ejemplo, a través del establecimiento de topes

---

[115] *Vid*. MACHO PÉREZ, A.B. y MARCO PEÑAS, E., "Los riesgos *ex ante* y *ex post* en los contratos de concesión y sus efectos jurídico-financieros: el caso de las autopistas de peaje R-3 y R-5", en *Los contratos del sector público: régimen tributario e incidencia en el déficit público,* IEF, Madrid, 2013, pp. 139-154.

[116] Su incidencia es objeto de discusión con Eurostat en las sucesivas Visitas de Diálogo a España. *Vid*. EUROSTAT, *Final Findings — EDP dialogue visit to Spain 187—20 January 2022*, p. 38.

[117] TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización de las incidencias producidas durante el año 2012 en la ejecución de los contratos celebrados por las entidades locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio*, Informe núm. 1.022, 30 de enero de 2014, p. 90.

[118] Tanto es así que introduce un apartado específico en el *Manual* (versión 2023) sobre el análisis del riesgo en los contratos de concesión. *Vid*. EUROSTAT, *Manual del SEC–2010* (2023), pp. 370 y ss.

[119] Algunos autores han afirmado incluso que la retribución vía tarifa permite "hacer efectivo que el riesgo que asume el concesionario no compute como déficit". *Vid*. LÓPEZ MORA, M.E., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, 2019, p. 388.

[120] El beneficio del concesionario se incluye en los costes a computar tanto de tasas como de tarifas, *vid*. FALCÓN TELLA, R., "La contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua: SSTS de 23 y 24 de noviembre de 2015", *Quincena Fiscal*, núm. 7/2016, 2016, p. 5 (versión online).

[121] *Vid.* EUROSTAT: *Manual del SEC-2010* (2023), p. 369, apartado 25.

máximos a los beneficios, o vinculando la terminación del contrato de forma anticipada, una vez obtenido un determinado nivel de rentabilidad por el operador [122]. Por tanto, la cuantía de la contraprestación sufragada por el usuario (ahora PPCPNT) será uno de los elementos de análisis, pero será el diseño del mecanismo tarifario en su conjunto el que permitirá, o excluirá, en su caso, una verdadera traslación del riesgo al operador.

De la situación descrita podemos concluir que la aplicación del SEC-2010 es marcadamente casuística y objeto de constantes revisiones, de ahí que la línea establecida entre el Estado y el mercado sea, en algunos casos, tenue. En este contexto, el operador jurídico nacional intenta establecer *safe harbors* que simplifiquen el sistema y doten de seguridad su aplicación. Sin embargo, es complejo que estos se den o sean operativos, al encontrarnos frente a conceptos funcionales que requieren para su delimitación de un análisis secuencial de diferentes criterios que, además, son ponderados de forma distinta en cada ocasión [123].

3.2. ¿Opción de no consolidar o contabilidad nacional creativa?

Tomando en consideración el contexto descrito, en muchas ocasiones, la línea entre la no consolidación como opción eficiente de gestión del endeudamiento público y la contabilidad nacional creativa puede parecer difusa. A través de un ejemplo, basado en la clasificación de una entidad por Eurostat en un Consejo bilateral a Alemania, se aprecia de forma más clara esta controversia. La entidad *Berliner Verkehrsbetriebe* (BVG) es el principal proveedor de servicios de transporte público local en Berlín y opera en situación de monopolio en parte de su actividad [124]. A pesar de su producción parcialmente monopolística, Eurostat la clasifica fuera del sector Administraciones públicas, en el sector sociedades no financieras (S.11), al ser considerada un productor de mercado en aplicación del apartado 20.27 SEC-2010. Para poder ser considerada de mercado, la BVG tiene la siguiente estructura. En la parte que compite con operadores privados, BVG licita con su entidad matriz (el *Stadtstaat* Berlín). Para el SEC-2010 un requisito esencial para la existencia de producción de mercado es la presencia de competencia y, a su vez, la competencia se prueba a través de la realización de un proceso de licitación "abierto y justo" para la selección inicial del proveedor [125]. En España, la decisión del legislador nacional —y que no se contie-

---

[122] *Vid*. EUROSTAT: *Manual del SEC-2010* (2023), pp. 371 y 372, apartados 40-43.

[123] A modo de ejemplo, respecto a los indicadores de control público, el apartado 2.38 SEC-2010 señala que "un único indicador puede bastar para determinar el control". A su vez, el apartado 20.310 SEC-2010 precisa que "algunos de estos indicadores pueden resultar irrelevantes para cada caso concreto".

[124] *Vid.* EUROSTAT, *Request for ex-ante advice Sector-classification of "BVG-Fahrzeugfinanzierungsgesellschaft*, 28 de junio de 2019, Luxemburgo, pp. 6 y 7.

[125] La vinculación de la licitación con la competencia es discutible, puesto que no siempre que se lleva a cabo un proceso de licitación se produce una situación real de competencia entre operadores. Los datos empíricos, a nivel nacional, respaldan esta idea. Así, la OIReScon (Oficina Independiente de

ne en las Directivas— de prohibir a los medios propios participar en las licitaciones de la entidad que la controla (art. 32.2 d) *in fine* LCSP) impediría dar cumplimiento a este requisito del SEC-2010. Esta limitación de la LCSP restringe la posibilidad de no consolidar a muchos medios propios[126].

En segundo lugar, cuando la producción de BVG es monopolística, Destatis (autoridad estadística alemana) afirma que BVG vende tanto a hogares como a Administraciones públicas, al entender por producción "vendida" a las Administraciones públicas las reducciones en el precio de los billetes basadas en criterios sociales. Como vemos, se lleva a cabo una interpretación flexible tanto del concepto "comprador del producto" —que no se equipara al usuario sino al pagador del servicio—, como del concepto "ventas", que incluye las subvenciones vinculadas al precio (20.29 SEC-2010). La concurrencia de dos compradores —usuarios y Administración— permite a Destatis aplicar el apartado 20.27 SEC-2010. Este es el único precepto del *test* para determinar la naturaleza de la producción de un ente que no requiere la presencia de competencia para que el ente sea considerado de mercado. El apartado 20.27 SEC-2010 establece que la entidad será de mercado si sus ventas "a unidades no pertenecientes a las administraciones públicas superan la mitad de su producción total". Este requisito es sencillo de cumplir para un prestador de servicios de transporte, como BVG, al ser los particulares sus principales compradores. Por el contrario, si los usuarios hubieran sido considerados los únicos compradores de BVG, se habría aplicado el apartado 20.23 SEC-2010. BVG difícilmente daría cumplimiento a la segunda condición de este apartado, esta es: "*2) los consumidores son libres de elegir sobre la base de los precios cobrados*", especialmente, respecto a la producción que BVG lleva a cabo en situación de monopolio.

Este análisis nos conduce a preguntarnos: ¿es BVG un productor "más" de mercado (con menos riesgo y más sostenible) al percibir de la Administración las reducciones en el precio por motivos sociales que otra entidad que opere en situación de monopolio sin este tipo de reducciones? Y la respuesta, a nuestro parecer, es negativa o, al menos, no tiene por qué. Esta afirmación nos lleva a una segunda cuestión: ¿el esquema de la BVG es un supuesto de optimización de la aplicación de los criterios del SEC-2010 por Destatis o estamos frente a contabilidad nacional creativa? La respuesta parece ser la primera. En todo caso, Eurostat en su consejo bilateral precisa que BVG se encuentra "actualmente clasificada" en el sector sociedades no financieras (S.11), una afirmación que veladamente deja abierta la puerta a su revisión, si las circunstancias cambiaran.

Regulación y Supervisión de la Contratación), ha apuntado que en el 39,92 % de las licitaciones celebradas en 2022 se presentó un único licitador, porcentaje que supone un 28,63 % del volumen total de las adjudicaciones realizadas en ese año. *Vid.* OIRESCON, *Las cifras de la contratación pública en 2022*, IAS 2023, p. 124. En este sentido, *vid.* DÍEZ SASTRE, S., "¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?", REGAP, núm. 66, junio-diciembre 2023, pp. 340 y ss.

[126] *Vid.* DÍEZ SASTRE, S. y MARCO PEÑAS, E., "La reestructuración…", cit., p. 101.

Como se observa en el ejemplo de la clasificación sectorial de la BVG, el conocimiento de la dinámica del SEC-2010 debe permitirnos su aplicación óptima, que, por un lado, evite limitaciones derivadas de su conjunción con otras regulaciones, como las observadas con la contratación pública; y, por otro lado, permita una gestión eficiente del recurso al endeudamiento público, que es por definición limitado. El problema surge cuando la incidencia contable es el único parámetro que determina la decisión del operador jurídico. Es aquí cuando el sistema se pervierte. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que la variable contable se analice y se diseñen las fórmulas administrativas y financieras más eficientes. El SEC-2010 no puede alterar las decisiones que se consideran necesarias sobre las fórmulas de gestión y financiación de bienes y servicios públicos.

Esta toma en consideración, estudio y coordinación del SEC-2010 con los sistemas de gestión y financiación de operaciones, no solo se lleva a cabo por los Estados miembros, sino también por las propias instituciones europeas. Estas últimas han analizado con detalle la incidencia en el endeudamiento —tanto de la Unión como del conjunto de Estados miembros— de todos los mecanismos de apoyo financiero aprobados. Así, durante la crisis de deuda soberana, el apoyo a los Estados miembros se canalizó a través de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (sociedad domiciliada en Luxemburgo) hasta que Eurostat, debido a su reducido capital social, comenzó a consolidar sus operaciones en el balance público de las entidades a las que pertenecía (Estados de la zona euro) y que asumían su riesgo (la avalaban) [127]. En segundo lugar, la calificación del MEDE como una organización internacional de la UE, hizo posible que sus deudas se contabilizaran solo en su balance; y no como deudas de los Estados miembros que participan en él [128]. Para ello, se atestiguó la independencia funcional del MEDE respecto a la Unión. Esta última es cuestionable debido a la composición de su Consejo de Gobernadores, que replica el Eurogrupo [129]. Con posterioridad, a lo largo de la crisis de la COVID-10, la puesta en marcha del SURE requería la garantía de los Estados miembros. Su volumen superaba el posible aval basado en el margen de maniobra del presupuesto de la Unión. La configuración de estas garantías como parciales (del 25 % del total de la asistencia del SURE) y complementarias al presupuesto de la Unión, fueron dos elementos que permitieron a Eurostat afirmar que no incidían en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados miembros garantes [130]. Como vemos, existe un sinfín de ejemplos de la optimización de la aplicación de los criterios funcionales del SEC-2010.

---

[127] EUROSTAT, *Treatment of the European Financial Stability Facility (EFSF). Background note*, 27 de junio de 2011, Luxemburgo.

[128] EUROSTAT, *The impact on EU Governments' deficit and debt of the decisions taken in the 2011-2012 European Summits*, Directorate Government Finance Statistics, 12 de abril 2012, Luxemburgo, p. 2.

[129] De hecho, hubo posiciones divergentes entre algunas autoridades estadísticas nacionales y Bancos Centrales consultados. *Vid.* CMFB, *Opinion on the recording in national accounts of the European Stability Mechanism*, 10 de marzo de 2011, Lisboa.

[130] EUROSTAT, *Clarification on the treatment of guarantees provided by member States under the SURE instrument*, Methodological note, Directorate. Government Finance Statistics, 11 de septiembre de 2020.

4. CONCLUSIONES

El estudio llevado a cabo sobre la disciplina presupuestaria europea nos lleva a concluir las siguientes ideas sobre su influencia en el Derecho público nacional.

El modo en cómo se configuró originariamente la gobernanza económica y la disciplina presupuestarias europeas —con una competencia débil de la Unión circunscrita a su supervisión y coordinación— hace imposible establecer obligaciones para los Estados que alteren los conceptos o la regulación del gasto público nacional. El único mandato que existe, además del de información, es la obligación de evitar déficits públicos excesivos. En este punto, no podemos obviar que el mandato de constitucionalización del principio de estabilidad se fijó en el TECG (Tratado intergubernamental), y no en el Pacto (Derecho europeo derivado). Esta imposibilidad de forzar determinados cambios todavía es más clara en materias conexas con la disciplina presupuestaria, respecto de las que la Unión carece de competencia, como la autoorganización de los Estados.

En estos ámbitos, la influencia el Derecho nacional no puede derivarse de la primacía del Derecho europeo, sino que se implanta a través de vías sutiles y adyacentes. Estamos frente a una influencia progresiva derivada de la persuasión y el reconocimiento voluntario. Esta aceptación por el legislador y el operador nacionales se derivará, en última instancia, del entendimiento de que el cambio implica beneficios.

Esta influencia ha llevado a los Estados a configurar la disciplina presupuestaria como una pieza central de la regulación del gasto público nacional. El reforzamiento de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera (en sentido estricto) aplicables al conjunto de las Administraciones públicas facilitan al Estado el cumplimiento del mandato europeo de evitar déficits públicos excesivos. Y, a su vez, aumentan la solvencia financiera del Estado en los mercados de capitales, auténticos supervisores de la estabilidad presupuestaria. Este proceso ha supuesto un reforzamiento de algunos principios del Derecho presupuestario de los Estados miembros, que ya se encontraban en muchas de las tradiciones jurídicas nacionales (como los principios de estabilidad, plurianualidad o transparencia). Sin embargo, el Derecho presupuestario sigue siendo marcadamente nacional. Además, este tiene un marcado componente político que dificulta su control jurisdiccional, tanto europeo como nacional, si se cumple con la legalidad vigente. Por ello, para avanzar —lentamente— en la coordinación económica y armonización presupuestaria, se introduce una nueva herramienta: un nuevo e intenso gasto público europeo canalizado a través del MRR. La condicionalidad que implica la obtención de los fondos acerca las políticas de gasto de los Estados y en consecuencia sus presupuestos. En esta ocasión, el pretendido beneficio de aceptar los cambios parece evidente, el desembolso de los fondos europeos.

Paralelamente a este proceso, se producen cambios estructurales al amparo de la interpretación del SEC-2010 (estadística europea). En este caso las decisiones parten de la idea, preconcebida por el operador nacional y avivada por las instituciones eu-

ropeas, de que determinadas fórmulas generan *per se* un mayor nivel de déficit y deuda (v.g. entidades instrumentales) que otras (v.g. contratación). Aquí el beneficio de optar por las segundas es su potencial no consolidación. Sin embargo, antes de aceptar este beneficio debe llevarse a cabo una verdadera reflexión sobre la idoneidad de la decisión, la existencia de vías alternativas o sus costes. Entre estos últimos pueden encontrarse la renuncia a la fórmula de gestión y financiación que se consideraban más adecuadas, o el cumplimiento de otros principios esenciales como el principio de justicia en el gasto público.

Estos cambios en el plano teórico han tenido incidencia a nivel metodológico conceptual. La necesidad de dar cumplimiento a las exigencias cada vez más intensas de información y la complejidad técnica del SEC-2010 han conducido al legislador nacional a aplicar el SEC-2010 en el Derecho interno. De nuevo, de forma voluntaria, se ha producido en esta ocasión una estandarización de una parte importante del Derecho del gasto público de los Estados. No son los Reglamentos que conforman el Pacto los que nos conducen a la estandarización, sino la aplicación de la normativa estadística. A partir de este momento, en el ordenamiento jurídico interno se introducen conceptos contables que, como el resto de los conceptos de origen europeo, son funcionales. Estos se sitúan en un nivel de abstracción superior, imprescindible para poder aplicarlos al conjunto de Estados miembros de forma equivalente.

Tras su introducción se produce una doble coexistencia conceptual, en primer lugar, con otros conceptos funcionales europeos. Estos últimos son muy similares a los conceptos contables, al compartir notas definitorias comunes (como el riesgo, el control o la actividad). Sin embargo, tanto el legislador europeo como el TJUE han delimitado estas notas definitorias del SEC-2010 de forma dispar a la establecida en los conceptos de otros sectores europeizados, como la contratación pública. La justificación teórica de esta diferencia es la búsqueda de fines distintos por cada una de las regulaciones. En segundo lugar, los conceptos del SEC-2010 confluyen con los conceptos jurídicos tradicionales. Respecto de estos últimos, la convergencia conceptual es menor, puesto que son conceptos de naturaleza orgánica-formal. La controversia, en este punto, se deriva de la equiparación del modo como se aplican. Al operador jurídico nacional le es complejo no recurrir al sistema binario a la hora de aplicar el concepto funcional contable, como hace con el concepto jurídico tradicional. Sin embargo, solo la adaptación a la flexibilidad de los conceptos funcionales del SEC-2010 nos permitirá una delimitación eficiente del Estado y el mercado, basada en criterios económicos.

BIBLIOGRAFÍA

AGULLÓ AGÜERO, A., "¿"Quo vadis? ¿Hacia dónde va el derecho del gasto público?", en *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*, (coord.) MARCO PEÑAS E. y (dir.) AGULLÓ AGÜERO, A, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 29-55.

AKEHURST, M., "The application of general principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Yearbook of International Law,* Vol. 52, núm. 1, 1981, pp. 29-59.

ALBERTÍ ROVIRA, E., AA.VV., "Encuesta sobre la reforma constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, núm. 93, septiembre-diciembre, 2011, pp. 159-210.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "La Ley General Presupuestaria, un juicio global", *Revista de Estudios*, núm. 77, 1977, pp. 29-49.

ALLEMAND, F y MARTUCCI, L., "La nouvelle gouvernance économique européenne", *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1, pp. 17-99.

ARMSTRONG, K. A., "The new Governance of EU Fiscal discipline", *European Law Review*, Vol. 38, núm. 5, 2013, pp. 601-617.

AZOULAI, L., "The Europeanisation of Legal Concepts", en *European Legal Method —in a Multi—Level EU Legal Order* -, (eds.) NEERGAARD U. y NIELSEN R., Djøf Forlag, Copenhague, 2012, pp. 165-182.

AZOULAI, L., POIARES MADURO, M., DE WITTE, B., CREMONA, M., HYVÄRINEN, A., KOCHAROV, A., ABDALLAT, A., *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty, EUI Working Paper LAW, 2012/09, 2012*, pp. 1-41.

BALASSONE, F. y FRANCO, D., "Public investment, the Stability Pact and the «golden rule»", *Fiscal Studies*, vol. 21, núm. 2, 2000, pp. 207-229.

BAÑO LEÓN, J. M.ª., "La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 7, 2021, (online).

BARENTS, R., *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

BIZIOLI, G., "Building the EU Tax Sovereignty: Lessons from Federalism", *World tax journal*, Vol. 14, núm. 3, 2022, p. 407-433.

BOFINGER, P.,"The way forward: Coping with the insolvency risk of member states and giving teeth to the European Semester", en *How to fix Europe´s Monetary Union*, (eds.) Baldwin. R. y Giavazzi, F, CEPR, Press, Londres, 2016, p. 227-239.

BOUVIER, M., "Introduction", en *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, (dir.) Auby, J.B, Dalloz, 2010, pp. 815-818.

— "L'influence du droit européen sur les catégories du droit des finances publiques. Introduction", en *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, (dir.) Auby, J.B, Dalloz, 2010, pp. 819-863.

BREDIMAS, A., "Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities", *Year Book of World Affairs*, 1977, Routledge, 1978.

CAFARO, S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Giuffrè, Milano, 2001.

CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., "Hacia una nueva arquitectura de la política económica en la Unión Europea", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2013, pp. 29-59.

— "El Six-Pack y el Two Pack ¿Más allá de las competencias atribuidas en los Tratados?", en *Las implicaciones constitucionales de la Gobernanza económica europea*, (coord.) Aranda Álvarez, E., Tirant lo Blanch, pp. 33-58.

— "Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo mecanismo de reconstrucción y resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre 2020, pp. 9-54.

CASTEJÓN GONZÁLEZ, J. y FONT MIRET, J., "El sistema de gestión y control del MRR", *Revista Española de Control Externo*, núm. 69, 2021, pp. 10-25.

COMAN, R., "How have EU "fire-fighters" sought to douse the flames of Eurozone´s fast and slow-burning crises? The 2013 Structural Funds reform", *20 British Journal of Policies and International Relations*, núm. 540, 2018, pp. 540-554.

DE LA HUCHA CELADOR, F., "El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones del art. 135.2 de la Constitución", *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 63, 1989, pp. 347-362.

— "La Reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública", *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, enero-marzo, 2012, pp. 21-48.

DE WITTE, B., "The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The legal engineering of an economic policy shift", *Common Market Law Review*, núm. 58, 2021, pp. 635-682.

DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, 2018.

— "Legal transplants: resistance, acceptance and back again -an example from Spanish public procurement Law", *Review of European Administrative Law-Public contracts (procurement and concessions)*, núm. 15, noviembre 2022 (versión online).

— "¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?", REGAP, núm. 66, junio-diciembre 2023, pp. 329-364.

DÍEZ SASTRE, S. y MARCO PEÑAS, E., "La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria", *CEFLegal*, núm. 223-224, 2019, pp. 75-112.

ESTEBAN MIGUEL, A., "El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo", *AEDTSS*, Ediciones Cinca, 2023.

FALCÓN TELLA, R., "La contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua: SSTS de 23 y 24 de noviembre de 2015", *Quincena Fiscal*, núm. 7/2016, 2016, versión online.

FERREIRO LAPATZA, J. J., "Análisis jurídico de la deuda pública", *Revista de Administración pública*, núm. 53, 1967, pp. 131-228.

FISICARO, M., "Beyond the rule of Law conditionality: Exploiting the EU spending power to foster the Union´s Values", *European Papers*, Vol. 7, núm. 2, pp. 697-719.

FUENTES QUINTANA, E. y BAREA TEJEIRO, J., "El déficit público de la democracia española", *Papeles de Economía Española*, núm. 68, 1996, pp. 86-191.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., "Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales", en *Colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Darnaculleta Mª. M. et alia, Marcial Pons, 2022, pp. 197-259.

GARCÍA CALVENTE, Y., "Justicia en el gasto público y crisis económica. Análisis en perspectiva comparada", *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 198, 2023, pp. 15-36.

GONZÁLEZ-COLOMA, B. y CUERPO CABALLERO, C., "La crisis de deuda soberana: una perspectiva europea", *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 105, 2012, pp. 1-21.

GROS, D. y THYGESEN, N., *European Monetary Integration: From the European System to European Monetary Unión*, Longman, Londres, 1992.

GROS, D., "Towards a credible excessive deficit procedure", en *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, (eds.) Mandenas, L. Gormley, C. Hadji Emmanuel y I. Harden, The Hague, Kluwer Law International, 1997, pp. 241-256.

GUILLÉN LÓPEZ, E., "Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo ideológico", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 12, 2009, pp. 151-170.

HEYLEN, F. y VAN POECK, A., "National labor market institutions and the European Economic Monetary integration process", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 33, núm. 4, 1995, pp. 573-595.

KAHN, J., *Budgeting Democracy: State Building and Citizenship in America 1890-1928*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1997.

KLABBERS, J. y KOUTRAKOS P., An Anatomy of Autonomy', *Nordic Journal of international law*, 2019, pp. 1-8.

LENAERTS, K. y GUIÉRREZ-FONS, J. A., *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Marcial Pons, 2023.

LENAERTS, K. y GUIÉRREZ-FONS, J. A. y ADAMS, S., "Exploring the Autonomy of the European Union legal Order", *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 81, 2021, pp. 47-87.

LEINO-SANDBERG, P. y RUFFERT, M., "Next Generation and its Constitutional Ramifications: a Critical Assessment", *Common Market Law Review*, núm. 59, 2022, pp. 433-472.

LEINO-SANDBERG, PS Mª. y SAARENHEIMO, T., "Fiscal stabilization for EMU: Managing incompleteness", *European Law Journal*, núm. 43, pp. 623-647.

LEINO-SANDBERG, P. y LOSADA FRAGA, F., "How to make the European Semester more effective and legitimate?", *Economic Governance Support Unit (EGOV)*, Directorate-General for Internal Policies, July 2020, versión online.

LÓPEZ ESCUDERO LÓPEZ, M., "La Unión Europea ante la crisis económica y financiera", Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año 15, núm. 39, mayo-agosto 2011, pp. 353-366.

LÓPEZ MORA, M.E., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, 2019.

LOUIS, J.V., "Les réponses à la crise", *Cahiers de Droit européen*, 2011, vol. 47, núm. 2, pp. 353-367.

— "L'union économique et monétaire de Maastricht à la crise", *Revue des Affaires Européennes,* núm. 1, 2012, pp. 57-83.

MACHO PÉREZ, A.B., "El principio de justicia en el gasto público y la protección de los Derechos constitucionales", en *Retos del Derecho financiero y tributario ante los desafíos de la economía digital y la inteligencia* artificial, (coord.) Gil García y Navarro Faure, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 543-589.

MACHO PÉREZ, A.B. y MARCO PEÑAS, E., "Los riesgos *ex ante* y *ex post* en los contratos de concesión y sus efectos jurídico-financieros: el caso de las autopistas de peaje R-3 y R-5", en *Los contratos del sector público: régimen tributario e incidencia en el déficit público,* IEF, Madrid, 2013, pp. 139-154.

MARCO PEÑAS, E., "Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el «Six Pack», *Revista española de control externo*, Vol. 14, núm. 41, 2012, pp. 31-80.

— "Derecho "en" y "tras" la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la COVID-19: el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros de la UE", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extra 1, 2021, pp. 353-371.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., "Los recursos propios y los tributos en el presupuesto de la UE en la recuperación post-COVID: ¿todavía lejos de una auténtica Unión Europea?", *Nueva fiscalidad*, núm. 2, abril-junio 2022, pp. 21-62.

MARTÍN QUERALT, J. B., "La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?", *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera,* núm. 252, 2011, pp. 4-7.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M., "Los "nuevos" recursos propios de la unión europea: Un paso adelante con muchas incógnitas", *IEF*, núm. 8, 2022, pp. 380-420.

MARTUCCI, F., "La politique économique et monétaire", en *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, (dir.) Pingel. I., 2ª Ed., Helbing Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, Bâle, 2010, pp. 835-883.

— "Next Generation EU et la politique de cohésion économique, sociale et territoriale: vers une solidarité dans l'Union", *Revue du droit de l´Union européenne*, 1/2023, pp. 185-196.

MICOSSI, S. y PEIRCE, F., "Flexibility clauses in the Stability and Growth Pact: No need for revision", *CEPS Policy Brief*, núm. 319, Julio 2014.

NAVARRO FAURE, A., "El Gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una Hacienda plural", *Crónica presupuestaria,* 1/2013, pp. 121-146.

OLESTI RAYO, A., "La Unión monetaria y la crisis financiera del Euro", en *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al prof. Manuel Pérez González*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1731-1749.

ONGENA, H., "La surveillance budgétaire après le pacte de stabilité et de croissance", *Revue française de finances publiques*, núm. 68, 1999, pp. 57-64.

PAZOS VIDAL, S., "El Plan de Recuperación de la UE. Oportunidades para las Administraciones locales", *Anuario de Derecho Municipal*, Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 14, 2020, pp. 49-87.

PELAGIDIS, T. y DESLI, E., "Deficits, Growth and the Current Showdown: What the Role for Fiscal Policy?", *Journal of post Keynesian economics*, Vol. 26, núm. 3, 2004, pp. 461-469.

POTTEAU, A., "Le Budget de l'UE à la croisée des chemins. Une crise sanitaire puis économique révélatrice et inspiratrice", *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 3, 2020, pp. 567-592.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.ª A., "El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconómica: consecuencias y dificultades de su juridificación", *Revista de Derecho público: Teoría y Método*, Vol. 2, 2020, pp. 161-206.

SÁNCHEZ FRÍAS, A., *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2023.
SHUIBHNE, N. N., "What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?", *Nordic Journal of international law*, 2019, pp. 9-40.
RAMALLO MASSANET, J., "El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada", *Revista española de control externo*, Vol. 9, núm. 26, 2007, pp. 13-34.
RIVERO, J., "Fictions et présomptions en droit public français", en *Les présomptions et les fictions en droit: études*, (eds.) Perelman Ch.y Foriers, P., Bruylant, Bruselas, 1974, pp. 101-113.
RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "Una perspectiva constitucional del control del gasto público", *Revista española de control externo*, Vol. XX, núm. 58, 2018, pp. 229-244.
— "Jurisprudencia constitucional y Derecho presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 44, año 15, mayo-agosto 1995, pp. 9-64.
RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª, "Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes. El ejemplo de los planes contra la despoblación", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 6, 2022, pp. 7-49.
— "El custodio de la democracia en los asuntos relativos a la integración europea. El recurso de amparo ante el BVerfG para la defensa del dinero alemán a los ojos de un extranjero", en prensa, pp. 5-9.
RUIZ ALMENDRAL, V., *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, Madrid, 2008.
Sainz de Bujanda, F., *Hacienda y Derecho I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
SCHWARZE, J., "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", *Revue Trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1993, pp. 235-245.
TALANI, L.S., "A dead Stability and Growth Pact and strong Euro: there must be a mistake!" en *Between Growth and Stability: The demise and reform of the European Union´s stability and Growth Pact*", (eds.) Talani, L.S., y Casey, B., Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 85-108.
TEMPLE-LANG, J., "The Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC Treaty", *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, núm. 6, 2003, pp. 1902-1939.
TORRENT MACAU R., "¿Cómo gobernar aquello que se desconoce?: El caso de la Comunidad europea en tanto que Unión Económica y Monetaria", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005, pp. 47-90.
VELASCO CABALLERO, F., "La Administración pública en la colaboración público-privada", *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 67, pp. 36-66.
VILAJOSANA RUBIO, J. M.ª, *Identificación y Justificación del Derecho*, Marcial Pons.
VILLAR ROJAS, F., "La sostenibilidad (financiera) de los servicios públicos", *Revista de Derecho público: Teoría y Método*, Vol. 7, 2023, pp. 7-40.
VITA, V. "Revisiting the dominant discourse on conditionality in EU: The case of EU spending conditionality", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 19, 2017, 1-28.
WEATHERILL, S., "On the Depth and Breadth of European Integration", *Oxford Journal of Legal Studies*, Autumn, 1997, Vol. 17, núm. 3, pp. 537-550.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 117-164
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2588
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José Ignacio Hernández G.
ISSN: 2695-7191
Recibido: 17/08/2024 | Aceptado: 07/01/2025

LOS EFECTOS TRASNACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

José Ignacio Hernández G.
Profesor de Derecho administrativo y Constitucional
en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela
Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre
y Maestra Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña
Asociado, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.

RESUMEN: El Derecho administrativo transnacional alude el efecto extraterritorial de las normas y decisiones del derecho administrativo, incluyendo los casos en los que los tribunales extranjeros deben interpretar y aplicar el marco constitucional y legal de la Administración pública. Un ejemplo interesante es el contrato público de la deuda externa, típicamente ejecutado por los tribunales de Nueva York. La aplicación trasnacional del Derecho constitucional y administrativo en el marco de litigios de deuda pública se ha realizado a través de la doctrina del acto de Estado y el principio de cortesía, que rigen a las decisiones de gobiernos extranjeros en los Estados Unidos. Otro mecanismo ha sido la doctrina de la deuda odiosa, que es más un argumento moral que jurídico. Recientemente, el máximo tribunal de Nueva York adoptó una interpretación novedosa según la cual, en los contratos de deuda pública regidos por la Ley de Nueva York, la validez se rige, no obstante, por el Derecho público del emisor. Por lo tanto, las Cortes de Nueva York pueden aplicar las disposiciones constitucionales y legales que determinan la validez de la deuda, lo que resulta en una aplicación transnacional del Derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo transnacional, deuda pública, doctrina del acto de Estado, principio de cortesía, deuda odiosa, validez de la deuda externa.

ABSTRACT: Transnational administrative law refers to the extraterritorial effect of rules and decisions of Administrative law, including cases in which foreign courts should interpret and apply the constitutional and statutory framework that apply to Public administration. An interesting example is the litigation of public contract of foreign debt, typically enforced by the New York Courts. The transnational effects in those litigation have been used through the act of state doctrine, and the comity

principle, regarding the decisions of foreign governments relevant in the United States. Another mechanism has been the odious debt doctrine, which is more of a moral argument than a legal one. Recently, the New York supreme tribunal adopted a novel interpretation according to which, in public debt contracts ruled by the New York law, the validity is, nevertheless, ruled by the Public law of the issuer. Therefore, the New York courts can apply the constitutional and statutory provisions determining the validity, resulting in a transnational application of the Administrative Law.

KEYWORDS: Transnational Administrative Law, sovereign debt, the act of state doctrine, comity principle, odious debt, external debt validity.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— I. LA INCIDENCIA TRASNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO PÚBLICO DE DEUDA EXTERNA: 1. El concepto jurídico de deuda externa y la relación entre el Derecho público doméstico y el Derecho extranjero. 2. Las tesis que explican la relación entre el Derecho administrativo y el Derecho extranjero. Los efectos de cambios en el Derecho administrativo nacional en la deuda externa: algunas lecciones de la crisis de Argentina; 3. La tesis de la doctrina del acto de Estado y del principio de cortesía.— II. LA VALIDEZ DEL CONTRATO PÚBLICO DE DEUDA EXTERNA DESDE LA APLICACIÓN TRASNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. La validez del contrato de deuda pública por violación al Derecho constitucional. La doctrina de la deuda odiosa. El precedente de la deuda entre Ucrania y Rusia y el caso del "bono atunero" de Mozambique; 2. La inconstitucionalidad de los contratos de emisión y garantía de los Bonos PDVSA 2020 y la aplicación extraterritorial del Derecho público por la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York.— CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El Derecho administrativo suele definirse como un Derecho estatal, en tanto regula un área específica de la actividad del Estado orientada a la materialización concreta de sus cometidos[1]. Una de las consecuencias de esta observación es que la aplicación del Derecho administrativo suele ser territorial, al punto que esta disciplina solo puede estudiarse dentro de un específico Estado, y dentro de un determinado momento. Cada Estado produce su propio Derecho Administrativo[2].

Pero esta realidad ha cambiado. Así, como recientemente ha observado Luis Arroyo Jiménez[3], el Derecho administrativo tiende a emanciparse de las estructuras

---

[1] La estrecha relación entre el Derecho administrativo y el Estado es un tópico explorado en el Derecho Iberoamericano. En España, *vid.* Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos,* UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92. En América Latina, puede verse a Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público en Iberoamérica. Volumen I.* Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 158 y ss.

[2] Como observó Forsthoff, "*cada época de la historia de los Estados produce un tipo propio de Administración, caracterizado por sus fines peculiares y por los medios de que sirve*". Cfr.: *Tratado de Derecho administrativo, Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1958, pp. 35 y ss.

[3] Arroyo Jiménez, Luis, "Las caras del derecho administrativo transnacional", en *Revista de Administración Pública Nº 218*, Madrid, 2022, pp. 101 y ss.

estatales, lo que ha dado lugar a la noción de trasnacionalidad, que entre otros fenómenos, abarca a las normas y actos de Derecho administrativo que producen efectos jurídicos extraterritoriales o transfronterizos. Este es, precisamente, el tema que queremos explicar, desde una perspectiva poco explorada en el Derecho Administrativo, como es el endeudamiento público externo.

La expresión "Derecho administrativo" incluye aquí, y como es común en Iberoamérica, a las normas constitucionales que sirven de base a la Administración Pública y su actividad[4]. Esta acotación es muy importante pues en América Latina estas bases constitucionales inciden sobre la actividad administrativa de gestión financiera y las operaciones de empréstito, crédito o deuda[5]. En especial, el Derecho constitucional y administrativo de América Latina ha sido calificado como "transformador", pues el Estado asume amplios mandatos de promoción de condiciones de igualdad, todo lo cual se traduce en controles orientados a incrementar la calidad de la gestión fiscal, y en especial, de la actividad administrativa de gestión de deuda pública. Asimismo, estos mandatos generan incentivos para la expansión del gasto público y social y, con ello, para la expansión del endeudamiento, lo que incrementa riesgos de disputas con los acreedores[6].

De esa manera, el Derecho administrativo rige a las operaciones de deuda pública, por las cuales el Estado recaba ingresos fiscales a través de mecanismos financieros, típicamente, mediante la emisión de títulos valores públicos. En concreto, dentro del ámbito del Derecho administrativo encontramos al procedimiento de formación de la voluntad del Estado, en especial, delimitando la capacidad para contratar, incluyendo a los controles sobre la deuda pública. Esta incidencia del Derecho administrativo también está presente en la llamada deuda pública externa, confusa expresión que, en todo caso, es utilizada para describir a las obligaciones financieras cuyo pago se pacta en divisas, de acuerdo con contratos públicos usualmente sometidos al De-

---

[4] Montaña Plata, Alberto, "El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo", en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (ed), *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 63 y ss.

[5] Los estudios de deuda pública suelen partir de una diferencia que, bajo distintas denominaciones, distingue entre los mercados desarrollados y los llamados mercados emergentes. El concepto de mercados emergentes arropa a países con limitada capacidad estatal, con diversos problemas sociales como desigualdad y pobreza, y cuya capacidad financiera requiere, de manera especial, del endeudamiento público. Por ello, las crisis de deuda —y sus litigios— suelen ser más comunes en estos mercados emergentes, denominados también países en desarrollo, cuyo endeudamiento ha venido en aumento. Cfr.: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *A world of debt*, 2024, p. 5. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional comparado, se emplea la expresión "Global Sur" para referir a los países que son considerados países en vía de desarrollo o mercados emergentes, como sucede en especial respecto de América Latina. Cfr.: Ureña, René, "Global Administrative Law and the Global South", en *Research Handbook on Global Administrative Law*, Research Handbooks on Globalisation and the Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 392

[6] Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado Nº 34*, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss. Precisamente, los ejemplos de efectos trasnacionales del Derecho administrativo en operaciones de deuda, estudiados en este trabajo, se basan en el Derecho público de diversos países de América Latina.

recho extranjero[7]. En estos contratos, es común pactar como Derecho aplicable a las Leyes del estado de Nueva York, en Estados Unidos, estableciendo al dólar de ese país como moneda de pago. Como consecuencia de lo anterior, el contrato público de deuda, como figura contractual propia del Derecho administrativo, es ejecutado bajo las leyes del estado de Nueva York, cuyas cortes tienen jurisdicción exclusiva para dirimir controversias basadas en incumplimientos contractuales

Con lo cual, en la práctica, el contrato de deuda pública se somete tanto a normas de Derecho extranjero como a normas de Derecho administrativo, pero en ámbitos diferenciados. Así, el Derecho administrativo rige a la voluntad del Estado para contratar deuda, abarcando a la capacidad de pactar la aplicación del Derecho extranjero. Por su parte, el Derecho extranjero rige a los derechos y obligaciones del contrato, e incluso, a los mecanismos judiciales de resolución de disputas contractuales. Aquí se producen dos efectos: por un lado, el Derecho administrativo nacional que debe regir a las obligaciones y derechos del contrato es, en parte, desplazado por el Derecho extranjero; pero al mismo tiempo, parte del Derecho administrativo nacional tiene efectos trasnacionales, pues incide en relaciones jurídicas regidas por el Derecho extranjero y sometidas a la jurisdicción de cortes igualmente extranjeras. Este trabajo aborda este último efecto, desde la perspectiva de las Leyes del estado de Nueva York.

De esa manera, el Derecho administrativo incide en la formación de la voluntad de la Administración y, por ende, en su capacidad de contratar operaciones de endeudamiento, todo lo cual resulta relevante para determinar la validez del contrato de deuda, aun cuando sus obligaciones y derechos se sometan a las Leyes del estado de Nueva York, cuyas cortes —de acuerdo con el contrato— tienen jurisdicción exclusiva para dirimir controversias. No obstante, la relación entre el Derecho administrativo del contrato de deuda pública externa y el Derecho de Nueva York no ha sido resuelta del todo, pues no existe una regla clara que logre conciliar la interacción entre ambos ordenamientos. Además, el tema de la invalidez de este tipo de contratos ha sido capturada, en parte, por la llamada doctrina de la deuda odiosa, la cual sugiere que el Estado puede repudiar operaciones de endeudamiento que sean manifiestamente ilegítimas, en especial, al promover la corrupción o la violación de derechos humanos[8]. Sin embargo, mientras que la tesis de la deuda odiosa apela a argumentos morales que cuestionan la legitimidad de la deuda, el efecto trasnacional del Derecho administrativo se dirige a un objetivo jurídi-

---

[7] El concepto de deuda pública externa puede aludir a la nacionalidad de las partes, a la moneda de pago o al Derecho aplicable. Cfr.: López Elías, Pedro, "Naturaleza jurídica del empréstito público internacional", en *Revistas de Ciencias Jurídicas n° 83*, San Jose, 1977, pp. 9 y ss. El contrato de deuda pública es aquel a través del cual el Estado obtiene financiamiento, y es denominado también como contrato de empréstito o de crédito público. Aun cuando hay diversas modalidades de financiamiento, el instrumento más usual, desde fines del pasado siglo, es la emisión de títulos valores. Cfr.: Sacristán, Estela, "¿Es posible concebir a los empréstitos públicos como contratos?, en Cuétara Martínez, Juan Miguel de la (ed), *Derecho administrativo y regulación económica, Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 457 y ss.

[8] Sin perjuicio de lo señalado más Adelante, *vid.* King, Jeff, *The doctrine of odious debt in international law: a restatemen*t, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 20 y ss.

camente más acotado, cual es determinar la invalidez de contratos públicos sujetos a las Leyes de Nueva York, por violación del Derecho administrativo del emisor.

Precisamente, este ha sido el tema que recientemente resolvió la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York, y que es en realidad el máximo tribunal de ese estado. Así, la Corte interpretó una norma un tanto opaca en el Código Comercial Uniforme de Nueva York, que es la Ley que rige a los títulos valores, incluyendo aquellos emitidos por Gobiernos extranjeros. Según la Sección 8, número 110, literal a de ese Código, la validez de títulos valores se rige por el Derecho local del emisor. En el caso de títulos de deuda pública, por ello, la validez se determina por el Derecho del Estado emisor, incluyendo en especial su Derecho administrativo. Con lo cual, y más allá de la cláusula que pacta la aplicación de las Leyes del estado de Nueva York, la validez del contrato de deuda se rige por el Derecho público del emisor, todo lo cual pasa por aplicar, extraterritorialmente, este Derecho.

Esta disposición nunca había sido interpretada por las cortes del estado de Nueva York, hasta el caso *Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) vs. MUFG Union Bank, N.A.* La empresa estatal petrolera venezolana Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) emitió en 2016 títulos valores conocidos como "*8.50 por 100 Deuda Senior Garantizada con vencimiento en 2020*", o los Bonos PDVSA 2020. En octubre de 2019, PDVSA demandó ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York la nulidad de los contratos de emisión y garantías de los Bonos PDVSA 2020. La demanda argumentó que, cuando PDVSA firmó esos contratos en 2016, omitió la autorización previa de la Asamblea Nacional, y que de acuerdo con la Constitución rige a los contratos de interés público nacional suscritos con empresas no domiciliadas en Venezuela.[9] Como se observa, la decisión del caso pasa por decidir si las normas constitucionales que limitan la capacidad de contratación de empresas del Estado, pueden ser aplicadas extraterritorialmente para determinar la validez de contratos públicos sometidos al Derecho del estado de Nueva York.

La Corte de Distrito declaró sin lugar la demanda en 2020, al considerar que el Derecho constitucional de Venezuela no regía a los contratos. La decisión fue revisada en 2022 por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, la cual decidió consultar con la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York la interpretación de la citada norma del Código Comercial Uniforme. En 2024, la Corte de Apelaciones realizó una interpretación abstracta del Código, para concluir que las normas constitucionales del país emisor determinan la validez de títulos valores regidos por las Leyes del estado de Nueva York.

Es importante aclarar que la sentencia del máximo tribunal de Nueva York no se basó en la controversia de fondo, que atiende a un caso tan peculiar, que difícilmente pueda servir de precedente. Por el contrario, el máximo tribunal emitió una opinión sobre cómo debe interpretarse, en general, la Sección 8, concluyendo que contratos

[9] Para un análisis desde el Derecho público de Venezuela, *vid.* Badell Madrid, Rafael, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho público número 159-160,* Caracas, 2020, pp. 18 y ss.

de deuda que incluyan cláusulas que pactan la aplicación de las Leyes de Nueva York y sometan cualquier controversia a la jurisdicción de sus cortes, sin embargo, se someten al Derecho constitucional del emisor para determinar su validez. Esta opinión no resuelve del todo la interacción entre el Derecho administrativo y el Derecho extranjero en contratos de deuda pública, pero sí permita aclarar esa relación y así, fijar parámetros que permitan acotar los efectos trasnacionales del Derecho administrativo. Lo importante es que esta sentencia marca el precedente sobre cómo debe resolverse esa relación en todos los contratos de deuda pública regidos por las Leyes del estado de Nueva York.

Para abordar este aspecto, este artículo se divide de la siguiente manera. La primera parte estudia a las instituciones por las cuales, en Estados Unidos, se ha querido resolver los conflictos entre el Derecho del emisor y las Leyes de Nueva York, a saber, la doctrina del acto de estado y el principio de cortesía. Aquí haremos referencias a antecedentes en Costa Rica y Argentina, que demuestran las tensiones en reconocer efectos trasnacionales del Derecho administrativo del emisor, en tanto ello incida adversamente en la ejecución de contratos en Nueva York.

La segunda parte estudia cómo la validez del contrato público de deuda ha sido interpretada en litigios de deuda externa. Aquí analizamos el concepto de deuda odiosa, y la reciente experiencia de contratos de deuda en Mozambique y Ucrania. Con estos precedentes, pasaremos a analizar el nuevo criterio definido por el máximo tribunal de Nueva York y que, finalmente, determina con claridad las vías de aplicación trasnacional del Derecho administrativo, en especial, para determinar la validez de contratos públicos.

I. LA INCIDENCIA TRASNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO PÚBLICO DE DEUDA EXTERNA

En el estudio de las relaciones jurídicas entre los Estados y los operadores económicos extranjeros, sobresale las tensiones derivadas de la defensa de la soberanía estatal frente a los reclamos formulados por éstos[10]. Especialmente desde la perspectiva de América Latina, ha tenido difusión la llamada doctrina Calvo, de acuerdo con la cual la relación entre el Estado y los extranjeros se somete al Derecho doméstico y a la jurisdicción exclusiva de sus tribunales, que suele ser la jurisdicción contencioso-administrativa[11]. Esta teoría fue una respuesta a la diplomacia del buque de guerra, o sea, a las presiones militares ejercidas por Gobiernos extranjeros —tradicionalmente, en Estados exportadores de capital— para lograr el pago de las deudas de sus inver-

[10] Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 49.pp. 19 y ss. Véase igualmente a Parra, Antonio, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012, pp. 11 y ss.

[11] Es fundamental el trabajo de Shea, Donald R., *The Calvo clause,* University of Minnesota Press, 1955, pp. 11-32.

sionistas con Estados importadores de capital, típicamente, en lo que suele llamarse como "Global Norte"[12]. Incluso, en su fórmula de cláusula Calvo, esta doctrina ha sido incorporada en el Derecho constitucional de América Latina, al establecerse que las controversias respecto de ciertos contratos públicos se someten al Derecho doméstico, y cualquier disputa será resuelta por los tribunales domésticos[13].

La globalización y el llamado Consenso de Washington[14] de fines del siglo pasado cambiaron este panorama, llevando a una apertura del Derecho constitucional al Derecho internacional, en materias como el arbitraje de inversión[15]. Como resultado, las fronteras territoriales del Derecho administrativo comenzaron a difuminarse, lo que dio lugar al estudio del llamado Derecho administrativo global[16]. Pero lo cierto es que esta apertura hacia el Derecho internacional y extranjero no ha estado exenta de tensiones, ante la creciente preocupación de que esta apertura socave la soberanía para conducir políticas públicas. Ello ha dado lugar a lo que se conoce como el derecho a regular, o sea, la defensa de la soberanía del Estado para diseñar e implementar políticas públicas frente al Derecho internacional público, todo lo cual se traduce en el mayor ámbito del Derecho administrativo sobre el Derecho internacional[17].

Los litigios de la deuda pública externa reflejan esta tensión. De esa manera, cuando el Estado, por medio de sus Administraciones Públicas, suscribe contratos para la emisión de títulos valores públicos, suele pactar la aplicación del Derecho extranjero, en concreto, de las Leyes del estado de Nueva York, en tanto ello otorga mayor certidumbre a los títulos de deuda. El objetivo final es sustraer a la deuda pública de los riesgos derivados del Derecho del Estado emisor, en especial, de su Derecho constitucional y administrativo. Pero ello no implica, sin embargo, que ese

---

[12] Hood, Miriam, *Gunboat diplomacy 1895-1905,* George Allen & Unwin, Londres, 1983, pp. 11 y ss.

[13] Un ejemplo de esta cláusula la encontramos en el artículo 151 de la Constitución de Venezuela de 1999, según el cual "*en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*". Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y arbitraje internacional de inversiones,* CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 144 y ss.

[14] Daunton, Marin, *The economic government of the world,* Farrar, Strauss and Giroux, Nueva York, 2023, pp. 431 y ss.

[15] Véase la obra colectiva coordinada por Rodríguez-Arana, Jaime y Hernández G., José Ignacio, *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI,* INAP, Madrid, 2016.

[16] Como se ha observado, "*en la actualidad, el Derecho tiende a emanciparse de manera creciente de las estructuras estatales como consecuencia de su apertura a la globalización y a las transformaciones que ésta produce".* Cfr.: Arroyo Jiménez, Luis, *et al.*, "Presentación", en *Derecho público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, p. 13.

[17] Titi, Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, 2014, pp. 35 y ss. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, "El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones", en Barnes, Javier (ed), *Entre Tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano,* Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 239 y ss.

Derecho sea completamente irrelevante. Por el contrario, en la práctica, se aprecia la interaplicación del Derecho público doméstico y del Derecho extranjero, lo que en Estados Unidos se ha estudiado por medio de la doctrina del acto de Estado y el principio de cortesía[18].

1. El concepto jurídico de deuda externa y la relación entre el Derecho público doméstico y el Derecho extranjero.

La deuda pública abarca, en sentido estricto, a las obligaciones contractuales por medio de las cuales el Estado se endeuda para sufragar el gasto público. Estos contratos pueden ser suscritos con organismos multilaterales, como el Fondo Monetario Internacional; con otros Estados, a través de la deuda bilateral, o con el sector privado. Nuestro interés se centra, precisamente, en los contratos públicos por los cuales el Estado se endeuda con fondos aportados por el sector privado, comúnmente, mediante la emisión de títulos valores. Estos títulos se fundamentan en el contrato de emisión, usualmente regulado en las normas de Derecho constitucional y administrativo que rigen a la gestión financiera del Estado[19]. Sin embargo, cuando el contrato de emisión versa sobre títulos pagaderos en dólares, como hemos explicado, el contrato suele incluir una cláusula según la cual los derechos y obligaciones contractuales se rigen por el Derecho extranjero, y las disputas derivadas del incumplimiento del contrato serán sometidas a los tribunales extranjeros[20].

Una de las clasificaciones usuales —pero confusas— en materia de deuda pública, es la deuda interna y externa. A pesar de que no hay un criterio único para delimitar una y otra, el Derecho aplicable es uno de los factores importantes. Así, la deuda interna suele regirse por el Derecho del emisor, mientras que la deuda externa se rige por el Derecho extranjero. También es importante la moneda de pago: en la deuda

---

[18] Desde fines del pasado siglo, el mercado de la deuda pública se basa principalmente en la emisión de títulos valores. Desde el punto de vista jurídico, ello se traduce en contratos celebrados por la Administración Pública para la emisión de títulos valores. Cuando estos títulos son pagaderos en divisas, o sea, en casos de deuda externa, suele pactarse la aplicación del Derecho extranjero —en especial, del estado de Nueva York— para reducir los riesgos de los tenedores de bonos, quienes no quedan sometidos al control de los tribunales del Estado sede sino a las cortes extranjeras, a los fines de ventilar pretensiones basadas en el incumplimiento del contrato de emisión. Para una referencia, *vid.* Megliani, Mauro, *Sovereign debt*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 3 y ss.

[19] Desde la perspectiva del Estado, el contrato de emisión de títulos valores públicos forma parte de la actividad administrativa de gestión financiera, por la cual se captan recursos para sufragar el gasto público. Luego, y especialmente desde la perspectiva Iberoamericana, este contrato es suscrito por la Administración Pública y, por ello, forma parte de la teoría del contrato público o contrato administrativo. Sin embargo, este contrato no es usualmente estudiado en el Derecho administrativo, en comparación con categorías más tradicionales, como el contrato de obra. Para un análisis desde el Derecho administrativo, *vid.* Gordillo, Agustín, "El contrato de crédito externo", en *Revista de Administración Pública nº 97*, Madrid, 1982, pp. 423 y ss.

[20] Kupelyants, Hayk, *Sovereign Defaults Before Domestic Courts,* Oxford University Pres, Oxford, 2018, pp. 111 y ss.

interna, la moneda de pago suele ser la moneda de curso legal, mientras que en la deuda externa suele ser la divisa. Desde el punto de vista económico, ambas deudas responden a dos situaciones muy distintas, no solo por la diferente posición de los acreedores (nacionales, en el primer caso, y extranjeros, en el segundo), sino además, por su impacto en la balanza de pago, en tanto el Estado requiere generar divisas para el pago de la deuda externa. Debido a todas estas diferencias, el régimen jurídico de la deuda externa es muy diferente al de la deuda interna [21].

La difusión de títulos valores como el instrumento principal de emisión de deuda pública, elevó la importancia de pactar, en el contrato de emisión, la aplicación del Derecho extranjero. Uno de los factores de riesgo de estos títulos, y que afecta su liquidez en los mercados financieros internacionales, es la incidencia del Derecho doméstico, en tanto ello permite al Estado emisor cambiar sus Leyes y, con ello, modificar el régimen jurídico de la deuda. Además, los mercados suelen desconfiar del Poder Judicial del Estado emisor, por los riesgos de captura política. Para paliar esos riesgos, la cláusula que pacta la aplicación del Derecho extranjero también suele incluir la aceptación de la jurisdicción de cortes extranjeras para dirimir disputas por incumplimiento contractual [22].

La interacción entre deuda pública, moneda de pago y Derecho aplicable, quedó en evidencia con los títulos valores emitidos en el ámbito de la Unión Europea, y que pactan la aplicación del Derecho doméstico sin perjuicio de que la moneda de pago es el euro. En la crisis de la deuda de Grecia (2009), la aplicación del Derecho doméstico otorgó ventajas al momento de renegociar la deuda, en tanto el Estado tenía el poder de cambiar su legislación y, con ello, desmejorar la posición de los acreedores, creando de esa manera incentivos para que éstos participaran en la negociación de la deuda [23].

La cláusula que pacta la aplicación del Derecho extranjero tiende a evitar ese riesgo. En la práctica, predomina la selección del Derecho del Reino Unido y del Derecho del estado de Nueva York, en Estados Unidos de América [24]. De esa manera, la cláusula que remite a las Leyes del estado de Nueva York —que es la cláusula que estudiamos en este trabajo— aplica tanto a la determinación de los derechos y obligaciones contractuales, como a la determinación de los tribunales que pueden resolver disputas. De esa manera, en el contrato de emisión de los títulos valores "*8.50 por 100 Deuda Senior Garantizada con vencimiento en 2020*" (Bonos PDVSA 2020), se incluyó la siguiente cláusula (10.3) del Derecho aplicable [25]:

---

[21] Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 283 y ss.

[22] Buchheit, Lee et al, *How to Restructure Sovereign Debt: Lessons from Four Decades,* Peterson Institute for International Economics, Mayo de 2019, pp. 12 y ss.

[23] Grund, Sebastián, "Restructuring government debt under local law: the Greek case and implications for investor protection in Europe", en *Capital Markets Law Journal, Volumen 12, N° 2,* 2017, pp. 253 y ss.

[24] Wood, Philip, "Choice of governing law for bonds", en *Capital Markets Law Journal, Volumen 15, n° 1*, 2020, pp. 3 y ss.

[25] Traducción libre.

> "La interpretación del contrato de emisión y las notas, y cualquier cuestión derivada con ese contrato y las notas, se regirá por el Derecho del estado de Nueva York, sin perjuicio de las disposiciones sobre conflicto de Ley (según la Sección 5-1401 del Código Comercial Uniforme de Nueva York)".

Una cláusula similar (Cláusula 7.13) se incluyó en el contrato de garantía, por medio del cual PDVSA garantizó las notas con el colateral sobre el 50,1 por 100 de las acciones de Citgo Holding, Inc., la sociedad mercantil domiciliada en Delaware, y propiedad de la filial de PDVSA, PDV Holding, Inc. Citgo Holding es la empresa tenedora de acciones de Citgo Petroleum Corporation, una importante empresa de refinación en Estados Unidos[26].

La cláusula de aplicación del Derecho del estado de Nueva York en el contrato de emisión de los Bonos PDVSA 2020 puede explicarse ante la necesidad de reducir los riesgos de esta emisión, no solo para impedir que Venezuela cambie sus Leyes y con ello, desmejore la posición de los tenedores, sino además, para someter con carácter exclusivo a los tribunales de Nueva York cualquier controversia derivada del incumplimiento contractual[27]. Precisamente por lo anterior, esta cláusula tiene importantes implicaciones desde el Derecho público y, en concreto, el Derecho administrativo.

Así, desde el Derecho del emisor, los contratos de deuda pública son contratos públicos, sometidos por ello al Derecho público, o sea, el Derecho constitucional y administrativo. Esa conclusión es evidente en el caso de la deuda soberana —aquella emitida por el Gobierno Central— pero también aplica a los contratos de deuda suscritos por empresas del Estado, en tanto éstas se someten a normas de Derecho constitucional y administrativo, sin perjuicio de la incidencia del Derecho mercantil[28]. Así, la emisión de títulos valores públicos es, desde la perspectiva del Derecho administrativo, una modalidad de los contratos que la Administración Pública suscribe para la realización de los cometidos estatales[29].

---

[26] Como consecuencia del proceso de internacionalización de PDVSA, ésta adquirió la empresa Citgo Petroleum Corporation, que es su principal activo en el extranjero. Por ello, el contrato de emisión de las notas estaba garantizado con la mayoría accionarial de la empresa de control de Citgo, Citgo Holding. *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, "Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho administrativo venezolano. El caso de Citgo", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 16*, Caracas, 2020, pp. 733 y ss.

[27] Wood, Philip, "Choice of governing law for bonds", cit.

[28] En la literatura de deuda pública suele diferenciarse entre la deuda soberana y la así llamada deuda cuasi-soberana, según el deudor sea el Estado —en organizaciones federales, el Gobierno Nacional— o entes descentralizados funcionalmente, como empresas del Estado o empresas públicas. En ambos casos estamos ante deuda *pública*, en tanto el deudor es siempre una persona estatal. *Vid.*: Buchheit, Lee, *et al.*, "The Restructuring Process," Ali Abbas, S. et al (ed), *Sovereign Debt*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 328 y ss.

[29] El contrato público es aquel suscrito por el Estado en ejercicio de la actividad administrativa. En el Derecho administrativo Iberoamericano, se ha diferenciado entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración, para distinguir a los primeros, como contratos suscritos con fines de servicio público y sometidos por ello a un régimen exorbitante. Esta distinción tiende a atemperarse, especialmente, en el contexto de la cláusula Calvo, al considerarse que todo contrato público se somete, siempre, a un régimen jurídico común de Derecho público. Cfr.: Benavides, José Luis, "Tendencias

Ahora bien, lo expuesto anteriormente permite formular el siguiente esquema general en cuanto a las tres dimensiones de la interacción entre el Derecho administrativo y el Derecho extranjero en contratos de deuda pública externa, y la laguna que deriva de estas dimensiones.

Así, y en *primer lugar*, el Derecho administrativo del emisor rige a la formación de la voluntad del Estado, incluyendo su capacidad para suscribir este contrato y, por ello, emitir deuda sujeta al Derecho extranjero. Al tratarse de una modalidad de la actividad administrativa para la gestión financiera del Estado —o sea, para recaudar ingresos a los fines de sufragar el gasto público— la capacidad de contratación suele estar regida por el Derecho presupuestario y los controles parlamentarios que, según cada ordenamiento jurídico, inciden en la capacidad de contratar deuda. Este control parlamentario puede tener base constitucional o legal, y puede ser general o especial. En todo caso, y de acuerdo con los principios fundamentales del Estado de Derecho, los controles sobre los contratos públicos de deuda forman parte del principio de separación de poderes, orientado no solo a prevenir la arbitrariedad sino también, elevar la calidad de la gestión financiera[30].

En *segundo lugar*, el Derecho extranjero —en nuestro caso, las Leyes del estado de Nueva York— rigen a las obligaciones y derechos del contrato. Hay aquí, como apuntamos, un efecto de desplazamiento del Derecho administrativo, en tanto éste ya no rige a la ejecución del contrato de deuda y, por ende, a los derechos del contratista en caso de incumplimiento contractual. Este desplazamiento, desde el análisis económico, procura reducir el riesgo asociado al contrato de deuda y, en concreto, proteger al acreedor de posibles cambios que el Estado emisor pueda incluir en las Leyes que aplican al contrato de deuda pública. La cláusula que pacta el sometimiento al Derecho del estado de Nueva York pretende inmunizar al contrato de estos cambios.

Finalmente, y en *tercer lugar*, la cláusula que pacta la aplicación del Derecho extranjero también somete a la exclusiva jurisdicción de las cortes foráneas, la resolución de disputas contractuales. También aquí se aprecia el desplazamiento del Derecho administrativo, pues las pretensiones basadas en la responsabilidad contractual no pueden ser conocidas por las cortes nacionales (típicamente, la jurisdicción contencioso-administrativa), sino por las cortes extranjeras[31].

---

generales de la contratación pública en América Latina", en Benavides, José Luis y Moreno, Pablo (ed), *La contratación pública en América Latina,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 49 y ss. En cuanto al empréstito público, *vid.* Carrera Raya, Francisco José, "El empréstito como modalidad de la Deuda pública: su naturaleza jurídica", en *Revista española de derecho financiero* n° 57, 1988, pp. 89 y ss.

[30] A nivel comparado, estos temas suelen tratarse en el Derecho Presupuestario o Financiero, aun cuando ellos son, en su esencia, propios del Derecho administrativo. Puede verse, desde la perspectiva de América Latina, a Sacristán, Estela, "Naturaleza contractual del empréstito público", en *El Derecho. Jurisprudencia General. Tomo 232,* Buenos Aires, 2010, pp. 747 y ss.

[31] En general, sobre el tratamiento de la responsabilidad patrimonial, puede verse a Perrino, Pablo Esteban, "La regulación de la responsabilidad contractual del Estado en el Derecho Argentino", en Derecho & Sociedad n° 44, Lima, 2015, pp. 329 y ss.

Ahora bien, bajo este esquema, toda pretensión por incumplimiento del contrato debe ser conocida por las cortes extranjeras. Pero no queda claro cuál es el régimen jurídico de las pretensiones basadas en la invalidez del contrato, pues esta invalidez no se somete al Derecho extranjero, sino al Derecho administrativo nacional, a pesar de lo cual, toda disputa basada en esa invalidez es conocida por las cortes foráneas. Esta es, precisamente, la laguna legal que justificó la opinión del máximo tribunal del estado de Nueva York, y la cual incide en todos los contratos de deuda pública regidos por ese Derecho.

2. Las tesis que explican la relación entre el Derecho administrativo y el Derecho extranjero. Los efectos de cambios en el Derecho administrativo nacional en la deuda externa: algunas lecciones de la crisis de Argentina.

Las tres dimensiones explicadas anteriormente, pueden dar lugar a dos tesis sobre cómo interpretar la interacción entre el Derecho administrativo y el Derecho extranjero, y los riesgos prácticos que esta interacción tiene para los acreedores.

La *tesis de la exclusión* sostiene que la intención de las partes contratantes al pactar la aplicación de las Leyes del estado de Nueva York es excluir la incidencia del Derecho público del emisor, con lo cual, esas Leyes rigen de manera exclusiva y excluyente. Esta interpretación parte, fundamentalmente, de un análisis económico: la cláusula que remite al Derecho del estado de Nueva York es una condición esencial a la emisión y transacción de títulos valores públicos, pues protege a los acreedores —tanto en el mercado primario como en el secundario— de cualquier cambio en el Derecho doméstico, o de cualquier sesgo por parte de los tribunales del estado emisor. La cláusula que pacta el Derecho del estado de Nueva York determina el riesgo y, por ello, incide en el precio y liquidez de los títulos valores[32].

La *tesis de la complementariedad* puede explicarse tanto desde la perspectiva del emisor como del Derecho extranjero aplicable. Así, la Administración Pública, al suscribir el contrato de deuda pública, no puede sustraerse enteramente del Derecho administrativo que condiciona su actividad, en tanto ello implicaría la negación del principio de legalidad. En especial, los controles de Derecho público que inciden en la capacidad de contratar son de orden público, y por ende, indisponibles para la Administración. Retomando una expresión muy usada hacia fines del siglo pasado,

[32] El mercado de títulos de deuda pública comprende tanto el mercado primario —la emisión de títulos por el Estado— como el mercado secundario —la reventa de títulos ya emitidos—. El mercado secundario provee liquidez a la deuda pública, con lo cual, es preciso que el diseño contractual de la deuda pública reduca riesgos asociados al emisor. Tal es, en apretada síntesis, la principal justificación para interpretar la cláusula que pacta la aplicación de las leyes de Nueva York, como una condición esencial que reduce los riesgos al inmunizar al contrato del Derecho del emisor. Cfr.: Chamon, Marcos, et al, "Foreign-law bonds: Can they reduce sovereign borrowing costs?", *en Journal of International Economics Volúmen 114*, 2018, pp. 164 y ss.

debe acotarse que la remisión contractual al Derecho extranjero no puede justificar la huida del Derecho administrativo[33].

La segunda tesis es, en nuestra opinión, la que mejor describe la relación entre las Leyes de Nueva York y el Derecho administrativo del emisor, pues en realidad, ambos ordenamientos tienen un ámbito de incidencia distinto. Así, el Derecho extranjero, como es el caso del Derecho del estado de Nueva York, rige a los derechos y obligaciones contractuales, y además, determina la jurisdicción de los tribunales que decidirán pretensiones contractuales. De esa manera, los acreedores extranjeros se protegen del riesgo del Estado emisor, pues éste no podrá incidir en la ejecución del contrato, a través de cambios en las Leyes que rigen al contrato de deuda pública, o empleando a sus tribunales para incidir en esa ejecución. Sin embargo, el Derecho extranjero no puede regir a la formación de la voluntad del emisor, y en concreto, a la capacidad de la Administración para celebrar el contrato, pues estas materias deben quedar regidas por el Derecho administrativo del emisor. Por ello, se ha concluido que la cláusula de aplicación del Derecho extranjero no rige, ni puede regir, a la capacidad del emisor, materia que se somete al Derecho del emisor y, en caso de deuda pública, al Derecho administrativo[34].

Además, esta segunda tesis explica adecuadamente la interacción entre la elección del ordenamiento jurídico que rige al contrato de deuda, y la elección del tribunal competente. La formación de la voluntad de la Administración, naturalmente, se somete al Derecho administrativo nacional, el cual rige a la capacidad de contratar. Una vez que esa capacidad es ejercida para perfeccionar el contrato, los derechos y obligaciones pasan a regirse por las Leyes del estado de Nueva York, cuyos tribunales tienen jurisdicción exclusiva para dirimir cualquier controversia entre las partes. Pero —y esto es fundamental— estas controversias no son solo aquellas que derivan del incumplimiento, sino también de la validez. Mientras que el cumplimiento se rige por las Leyes del estado de Nueva York, la validez solo podría regirse por el Derecho administrativo nacional.

Al mismo tiempo —y ahora planteando el problema desde la economía política[35]— afirmar que la Administración Pública, al suscribir contratos de deuda, no puede renunciar enteramente a su Derecho público doméstico, puede generar riesgos, pues ese Derecho puede emplearse para tratar de eludir las obligaciones. El mejor ejemplo deviene de la crisis de la deuda pública externa de Argentina de comienzos de siglo[36].

---

[33] Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, "Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública n° 140,* Madrid, 1996, pp. 58 y ss. Aquí, no se trataría del uso fraudulento del Derecho Privado para eludir los controles de Derecho administrativo, sino de la aplicación del Derecho extranjero para huir de los controles sobre deuda pública.

[34] Wälde, Thomas, "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en *Judicial enforcement of international debt obligations Judicial enforcement of International Debt Obligations,* International Law Institute, Washington D.C., 1986, pp. 125 y ss.

[35] Bradley, Michael, *et al.*, "Pricing Sovereign Debt: Foreign Versus Local Parameters", en *European Financial Management n° 24*, 2018, pp. 261 y ss.

[36] Makoff, Gregory, *Default. The Landmark Court Battle over Argentina´s %100 Billion Debt Restructuring,* Georgetown University Press, Washington, D.C., 2024, pp. 61 y ss.

Así, como explicamos en la introducción al referir al ejemplo de Grecia, la cláusula que pacta el Derecho extranjero tiene una utilidad muy específica para los acreedores, pues ella tiende a inmunizar al contrato de deuda del riesgo del Estado emisor y, en concreto, de los cambios que éste puede introducir en su ordenamiento jurídico. En los contratos de deuda interna, más allá de lo pactado, el Estado siempre podrá cambiar la Ley que rige a las obligaciones y derechos del contrato y, con ello, intentar incidir en su ejecución, que fue precisamente la estrategia de Grecia. Pero los cambios en el Derecho administrativo doméstico no pueden incidir en derechos y obligaciones regidos por el Derecho extranjero, lo que reduce el riesgo de la deuda. Sin embargo, hay casos en los cuales el emisor ha intentado incidir en la ejecución de contratos de deuda pública externa con cambios en su Derecho.

En 2001 Argentina incumplió títulos valores públicos por el orden de los 100.000 millones de dólares americanos, en el medio de una crisis política y económica, que dio paso a una tensa renegociación de esa deuda. En febrero de 2005 el Gobierno de Argentina logró un acuerdo de renegociación con el 76 por 100 de los tenedores. Pero el resto de los tenedores decidieron no aceptar el acuerdo, con la intención de lograr el cobro completo de sus títulos. Estos acreedores (conocidos como *holdouts*) demandaron el pago íntegro de sus títulos ante la Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York[37], de conformidad con la cláusula del Derecho aplicable. Estas demandas, como sucede por lo general en litigios de deuda pública, se basan en el incumplimiento contractual y, por ende, demandaban el pago de lo adeudado, tanto en capital como en intereses. Esto es, un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero regido por las Leyes del estado de Nueva York[38].

Para intentar reducir ese riesgo, el Congreso de Argentina dictó la Ley n° 26.017, la cual prohibió al Estado reabrir la renegociación para los bonos que no participaron en el acuerdo de 2005 (artículo 1). Además, prohibió al Estado "*efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada*", respecto de esos bonos (artículo 3). En pocas palabras, la Ley prohibió a la Administración pagar o renegociar esos bonos. Por ello, esta Ley fue conocida como la *Ley cerrojo*, pues bloqueó cualquier pago a los tenedores que no participaron en la restructuración, con el propósito de reducir los riesgos de demandas[39].

Desde un punto de vista jurídico, la Ley n° 26.017 colocó en evidencia la tensión entre el Derecho público del emisor y el Derecho del estado de Nueva York. La inten-

---

[37] También referida como Corte del Distrito Sur.

[38] La renegociación de la deuda pública basada en títulos valores se enfrenta a costos de coordinación, pues es necesario lograr el consentimiento de la mayoría —si no de todos— los tenedores. Usualmente la renegociación implica reconocer algún tipo de descuento —nominal o real— que los tenedores aceptan para elevar la probabilidad de cobro. Pero hay tenedores que pueden optar por no aceptar las condiciones de la renegociación y, por el contrario, exigir —incluso judicialmente— el pago íntegro de la deuda, más los correspondientes intereses. Estos tenedores optan por resistirse a la renegociación, lo que hace del litigio en contra del Estado emisor la principal herramienta para lograr el pago de la deuda. *Vid.*: Buchheit, Lee et al, *How to Restructure Sovereign Debt: Lessons from Four Decades,* cit.

[39] En general, *vid.* García Lema, Alberto, "Bases constitucionales y legales de restructuración de la deuda pública", en *La Ley n° 956, suplemento especial*, Buenos Aires, 2003, pp. 32 y ss.

ción de esta Ley fue tratar de impedir el pago de los bonos que no participaron en la restructuración, a pesar de que ese pago se regía por el Derecho del estado de Nueva York y era ejecutable por las cortes de esa jurisdicción. Esto es, que la intención fue lograr la aplicación extraterritorial de la Ley, como mecanismo para evitar el cumplimiento de las obligaciones que los llamados *holdouts* hicieron valer en la Corte del Distrito Sur[40]. Desde el Derecho administrativo de Argentina, y bajo el principio de legalidad, la Administración podía en efecto excusarse del pago ante la prohibición legal expresa[41]. El reto, en todo caso, era lograr que ese argumento fuese aceptado en la Corte del Distrito Sur.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, la citada Ley podría ser tratada como una medida de efecto expropiatorio, en tanto su propósito fue frustrar el cumplimiento de derechos derivados de contratos públicos de deuda. Tal fue la estrategia seguida por diferentes bonistas italianos a través del procedimiento de arbitraje gestionado por el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversión (CIADI). Al admitir la demanda y afirmar su jurisdicción, el tribunal arbitral concluyó que Argentina, a través de la citada Ley, había ejercido su soberanía de una forma tal que podría, en efecto, violar los estándares de protección[42].

Desde la perspectiva del Derecho del estado de Nueva York, la Ley n° 26.017 no impidió la presentación de demandas ante la Corte del Distrito Sur. No obstante, esa Ley fue invocada como parte de los argumentos con los cuales Argentina intentó eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Ello llevó a los acreedores a cuestionar que, bajo la citada Ley, Argentina estaba pagando las obligaciones derivadas de las obligaciones basadas en el acuerdo de renegociación de 2005, mientras mantenía el incumplimiento contractual de los bonos que no quedaron incluidos en ese acuerdo. En concreto, NML Capital había demandado a Argentina por el incumplimiento del contrato de emisión de bonos no incluidos en el acuerdo de 2005. La Corte declaró con lugar la demanda el 7 de diciembre de 2011, al declarar que, en efecto, Argentina había incumplido el contrato. Posteriormente, el 23 de febrero de 2012, la Corte consideró que Argentina no había cumplido con la sentencia de condena, a pesar de que sí estaba pagando a los acreedores que participaron en el acuerdo de 2005. Para la Corte, ello violaba la cláusula conocida como *pari passu*, y según la cual, los títulos

---

[40] Los holdouts son los acreedores que se mantienen fuera del acuerdo de renegociación, para tratar de mejorar su posición a través del litigio.

[41] En el Derecho administrativo de Argentina, el principio de legalidad implica el sometimiento pleno de la Administración a la Ley, incluso, en su actividad prestacional o de gestión económica. Por consiguiente, la Ley n° 26.017 eliminó la capacidad de pago de la Administración, en los términos allí establecidos. Al quedar subordinada a la Ley, la Administración no podía desaplicar esa Ley para efectuar los pagos prohibidos por ésta. Sobre el principio de legalidad, en general, *vid.* Ivanega, Miriam, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Bogotá, 2013, pp. 85 y ss.

[42] Asunto *Giovanni Alemanni y otros vs. Argentina*, caso CIADI n° ARB/07/08, laudo de admisión y jurisdicción de 17 de noviembre de 2014, párrafo 300. El caso no fue decidido, pues Argentina llegó a una negociación con los tenedores.

de deuda tienen el mismo rango que otros de similar naturaleza[43]. Pero esta cláusula fue interpretada en el sentido que la igualdad de trato equivalía a igualdad de pago, y que Argentina violaba tal igualdad al discriminar a los acreedores que no participaron en la renegociación. El resultado fue una medida cautelar que prohibió a Argentina pagar a los acreedores en los términos del acuerdo de renegociación, si mantenía el incumplimiento de pago frente a los acreedores que contaban con sentencia a su favor, y que no habían participado en la renegociación. Esta medida generó los incentivos necesarios para que Argentina optara por negociar con los acreedores que demandaron en la Corte del Distrito Sur[44].

El debate procesal se centró en la interpretación de la cláusula *pari passu*, pero siempre en el contexto de las consecuencias derivadas de la aplicación trasnacional de la Ley n° 26.017. Con lo cual, este caso demuestra los riesgos de esa aplicación trasnacional, pues, en suma, Argentina modificó su Derecho público, con el propósito de eludir la ejecución de contratos regidos por la Ley de Nueva York.

En todo caso, la incidencia de la Ley n° 26.017 no planteó ningún debate sobre cómo el Derecho público del emisor puede hacerse valer ante las cortes extranjeras. En realidad, la Corte del Distrito Sur se limitó a reiterar el deber de Argentina de cumplir con las sentencias dictadas y de dar un trato equitativo a los acreedores, pero sin entrar a analizar cómo interpretar la citada Ley. En todo caso, el precedente sirve de advertencia para demonstrar que abrir la puerta a la aplicación trasnacional del Derecho administrativo del emisor puede generar riesgos para el cumplimiento de obligaciones regidas por las Leyes de Nueva York. Precisamente, la aplicación trasnacional del Derecho público vuelve a ser una defensa planteada por Argentina ante un nuevo litigio actualmente pendiente ante la Corte del Distrito Sur, con ocasión a la sentencia que condenó al pago de cerca de 16.000 millones de dólares por daños ocasionados en el marco de la expropiación del capital de la empresa petrolera YPF.

---

[43] La emisión de títulos valores públicos queda enmarcada en dos modalidades de contratos públicos que rigen, de manera estandarizada, todas las emisiones: el contrato de agente fiscal (*fiscal agent*) y el contrato de fideicomiso (*trust agreement*). Mientras que en el primero el agente fiscal representa a los tenedores de bono, en el segundo el agente gestiona los asuntos comunes a los tenedores, pero sin representación. El contrato de agente fiscal regula la emisión de títulos valores y por ende, opera como un contrato marco, pues sucesivas emisiones quedarán regidas por las condiciones allí definidas. Una cláusula usual en este tipo de contratos dispone que los títulos valores sin garantía (*unsecured bonds*) se clasificarán en todo momento *pari passu* sin ninguna preferencia entre ellos (en inglés: "*shall at all times rank pari passu without any preference among themselves"*). El uso de la expresión en latín alude, literalmente, a que los títulos tendrán "igual paso", o sea, que serán tratados en igualdad de condiciones. Esta cláusula protege a los tenedores de bonos no asegurados (o quirografarios) de cualquier trato discriminatorio. Cfr.: Olivares-Caminal, Rodrigo, "Understanding the Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments: A Complex Quest", en *International Lawyer, Volumen 43, Número 3*, 2009, pp. 1.217 y ss.

[44] *NML Capital, LTD vs. Argentina*, 08 Civ. 6978 (TPG) (S.D.N.Y.). En lugar de circunscribir la interpretación de la cláusula a la igualdad de trato, la Corte interpretó que esta cláusula también obliga a la igualdad de pago, lo que resultó en una orden judicial prohibiendo pagar a los títulos emitidos en la renegociación de 2005, si no se pagaban antes los títulos originales, que no fueron canjeados. Cfr.: Galvis, Sergio J. "Solving the Pari Passu Puzzle: The Market Still Knows Best" en *Capital Markets Law Journal* n°12-2, 2017, pp. 204 y ss.

Invocando su Derecho presupuestario, Argentina ha explicado que no puede pagar esa deuda, sin antes cumplir normas de control presupuestario[45].

Estos ejemplos demuestran cómo el Derecho administrativo que rige a la actividad financiera, tiene efectos trasnacionales, en el sentido que él incide en la ejecución de obligaciones sometidas a las Leyes del estado de Nueva York. Como explicamos en la sección siguiente, las instituciones que tradicionalmente permiten reconocer ese efecto trasnacional, con bastantes limitaciones, son dos, a saber, la doctrina del acto de Estado y el principio de cortesía.

3. La tesis de la doctrina del acto de Estado y del principio de cortesía.

La relación entre el Derecho administrativo del emisor y el Derecho extranjero en contratos de deuda pública externa ha querido ser resuelta a través de dos tesis, a saber, la doctrina del acto de Estado y el principio de cortesía. Sin embargo, sus efectos prácticos son muy limitados, y ellos no terminan de resolver la laguna existente en cuanto al régimen que incide en la validez del contrato. Empero, ambas tesis pueden conducir a reconocer efectos trasnacionales al Derecho administrativo.

Así, los litigios de deuda pública externa no son muy comunes, todo lo cual hace que los precedentes en estos casos sean más bien escasos. Así, cuando un país no puede mantener el servicio de la deuda, generalmente acude a mecanismos de renegociación, usualmente, con el auxilio de instituciones multilaterales, como el Fondo Monetario Internacional. No es común que los países incumplan su deuda externa sin emprender su renegociación, visto el efecto adverso que ello tiene en términos de acceso a los mercados financieros internacionales en búsqueda de financiamiento[46].

Pero en la más bien limitada práctica forense existente, hay una clara tensión —ya tratada— en la interacción entre el Derecho público del emisor y el Derecho de

---

[45] *Petersen Energia Inversora, S.A.U. vs. Argentine Republic* (1:15-cv-02739)

[46] El servicio de la deuda alude al pago del capital e intereses de la deuda pública. Los contratos públicos de deuda establecen las causas de incumplimiento, entre ellas, el impago. Usualmente este incumplimiento debe ser declarado por un número mínimo de acreedores y ser notificado al deudor. La notificación del evento de incumplimiento convierte a la obligación en plazo vencido y permite demandar al emisor por el cumplimiento, de acuerdo con la cláusula del Derecho aplicable, por ejemplo, Nueva York. En el Derecho procesal de Nueva York, estas demandas suelen tramitarse por un juicio sumario, lo que limita las defensas del Estado. El juicio suele concluir con una sentencia sumaria que condena al Estado a pagar el monto adeudado. Con esta sentencia, el título de la obligación cambia, pues ahora el tenedor de los bonos pasa a ser titular de derechos de créditos que derivan de una sentencia. La ejecución forzosa de esta sentencia, sin embargo, se enfrenta a notables obstáculos, como acredita el caso de Argentina. En realidad, el principal efecto de estas sentencias no es jurídico, sino reputacional: un Estado que enfrenta demandas y sentencias por incumplimiento de deuda, no tiene acceso a los mercados internacionales. Es este efecto reputacional el que genera incentivos para renegociar la deuda y transar las demandas. Como resultado, los litigios de deuda pública tienen un rol más estratégico —aun cuando, eventualmente, los acreedores logran ejecutar bienes del Estado. — *Vid.*: Roos, Jerome, *Why Not Default? The Political Economy of Sovereign Debt,* Princeton University Press, Princenton, 2019, documento kindle, n° 21 y ss.

Nueva York. Los Gobiernos extranjeros, al invocar sus privilegios e inmunidades derivadas de la Ley de Inmunidades de Estados Extranjeros (FSIA, por sus siglas en inglés), suelen refugiarse en su Derecho público, expresión de su soberanía; los acreedores, por el contrario, rehúsan toda incidencia del Derecho público y alegan la aplicación exclusiva y excluyente del Derecho de Nueva York. Estas tensiones son planteadas ante las cortes que enfocan las demandas desde la legislación comercial de Nueva York, y el principio según el cual los contratos deben ser cumplidos.

Precisamente, para tratar de conciliar estas visiones, el Congreso de Estados Unidos dictó la FSIA, la cual codificó los principios generales sentados por precedentes de la Corte Suprema, basados en el principio de inmunidad de jurisdicción. En apretada síntesis, y de acuerdo con el Derecho constitucional de Estados Unidos, los Gobiernos extranjeros no pueden ser demandados ante las cortes de ese país, salvo supuestos de excepción, que incluyen la renuncia de esa inmunidad, o actuaciones estatales realizadas con ánimo de comercio. Precisamente, en los contratos públicos de deuda suele pactarse una cláusula de renuncia a la inmunidad, para permitir a los acreedores demandar al Estado por incumplimiento contractual[47].

Pero la dimensión de Derecho público de este tipo de litigios va más allá de la FSIA, debido a dos instituciones tradicionales, como son la doctrina del acto de Estado y el principio de cortesía. La primera institución define cómo las cortes deben interpretar el acto oficial dictado por Gobiernos extranjeros, y que incide en litigios conocidos por esas cortes. El acto oficial puede ser una ley, decreto o sentencia. De esa manera, cuando la disputa que las cortes conocen pasa por aplicar este acto, debe presumirse su validez y las cortes deben abstenerse de enjuiciar el acto, siempre y cuando éste haya sido dictado dentro del territorio del Estado, con la intención de ser cumplido allí. Por el contrario, si el acto es dictado para ser ejecutado fuera del territorio del Estado, la doctrina del acto de Estado no es relevante, pero sí rige la segunda institución, esto es, el principio de cortesía. De acuerdo con este principio, el acto que se ejecuta extraterritorialmente debe ser presumido válido si el Gobierno de Estados Unidos opina que tal acto es cónsono con su política exterior. Pero si tal opinión no es emitida, las cortes podrán interpretar el acto para decidir la pretensión deducida ante ellas. En cualquiera de estos dos supuestos, estas instituciones fijan una regla de decisión cuando la disputa conocida por cortes pasa por aplicar actos del Gobierno extranjero, típicamente, con forma de Derecho público[48].

Ambas instituciones forman parte del catálogo de defensas que los Estados suelen invocar en litigios de deuda pública, en tanto ellas permiten hacer valer su Derecho público ante cortes extranjeras[49]. De ello resulta un caso de efectos trasnacionales del Derecho administrativo que rige a los contratos de deuda pública externa. Por

---

[47] Waibel, Michael, *Sovereign Defaults before Internacional Courts and Tribunals,* Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 22 y ss.

[48] Buchheit, Lee "Act of State and Comity: Recent developments", en *Judicial enforcement of International Debt Obligations,* cit., pp. 96 y ss.

[49] Boccuzzi, Carmine D., "Defences" en *Sovereign debt management,* Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 103 y ss.

ejemplo, las Leyes que rigen a la actividad administrativa de deuda pueden hacerse valer ante las cortes de Nueva York en el marco de demandas por incumplimiento de contratos de deuda, mientras que el Estado puede dictar actos administrativos con el propósito de incidir en el cumplimiento de esos contratos en Nueva York. En el primer caso, la doctrina del acto de Estado resuelve cómo las cortes deben interpretar el Derecho del Estado emisor; en el segundo, el principio de cortesía puede derivar en la aplicación del acto por la corte, para decidir la pretensión de incumplimiento contractual deducida por el acreedor[50].

El antecedente en el uso de estos principios a litigios de deuda pública es el caso *Allied Bank,* en el cual un acto administrativo dictado por el Gobierno de Costa Rica fue considerado por la Corte del Distrito Sur[51]. Así, tres empresas públicas de Costa Rica, dedicadas a la actividad bancaria, emitieron pagarés, o sea, títulos de deuda pública. Las empresas del Estado incumplieron el contrato que rige a estos títulos, ante lo cual el deudor presentó demanda por incumplimiento de contrato, de acuerdo con la cláusula que remite al Derecho del estado de Nueva York. Como suele suceder con el incumplimiento de la deuda pública, este caso fue consecuencia de una severa crisis económica, que llevó al Banco Central de Costa Rica a regular el mercado de divisas, basado en un decreto presidencial que condicionó todo pago a la autorización del Banco Central. Ante la Corte de Nueva York la Administración pública alegó, en su defensa, que los bancos del Estado no podían pagar la deuda debido a que no contaban con autorización del Banco Central. Esto es, que presentaron una defensa que requería, necesariamente, analizar el Derecho público de Costa Rica y decidir si, en efecto, las empresas públicas demandadas podían quedar exceptuadas del cumplimiento contractual, debido a los efectos extraterritoriales del Derecho administrativo.

La Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito[52] fijó el precedente sobre cómo deben ser interpretados los actos estatales dictados por Gobiernos extranjeros y, por ende, cómo debe interpretarse el Derecho público del emisor:[53]

> "los actos de gobiernos extranjeros que pretenden tener un efecto extraterritorial (y, en consecuencia, por definición, que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la doctrina del acto de Estado) sólo deben ser reconocidos por los tribunales si son compatibles con la ley y la política de los Estados Unidos…"

Desde la perspectiva del Derecho de Nueva York, el concepto de trasnacionalidad debe interpretarse en dos sentidos[54]. En el primero, que denominamos impropio, la

---

[50] Cross, Karen, "The Extraterritorial Reach of Sovereign Debt Enforcement", en *Berkeley Business Law Journal n° 111*, 2015, pp. 111 y ss., así como Weidemaier, Mark, "The New Guano: Legal Enforcement in Sovereign Debt Markets", en Muir Watt, Horatia *et al.*, *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers,* Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 263 y ss.

[51] *Allied Bank International vs. Banco Crédito Agrícola de Cártago*, 757 F. 2d 516 (2d Cir. 1985).

[52] Referida también como Corte del Segundo Circuito, que es el tribunal de alzada de la Corte del Distrito Sur.

[53] Traducción libre de la sentencia citada en la nota anterior.

[54] De nuevo, estamos empleando la expresión de trasnacionalidad, de acuerdo con Arroyo, en el sentido de efectos extraterritoriales, en concreto, cuando el Derecho administrativo del emisor es interpretado y aplicado por las cortes de Estados Unidos ("Las caras del derecho administrativo transna-

trasnacionalidad rige a los actos dictados para ser ejecutados dentro del territorio del emisor, pero que inciden en disputas ante las cortes de Nueva York. Por ejemplo, los actos que definen la capacidad contractual del emisor solo rigen en su territorio pero pueden tener incidencia en aquel estado. En este caso, la doctrina del acto de Estado permite a las cortes aplicar decisiones oficiales del emisor que inciden en la controversia, lo que es una vía de aplicación del Derecho administrativo, por ejemplo.

En un segundo sentido, que denominamos propio, la trasnacionalidad rige a los actos dictados por el emisor para ser ejecutados en Nueva York[55]. Por ejemplo, cuando se dicta un acto administrativo que prohíbe cumplir contratos de deuda que se ejecutan en Nueva York. Aquí rige el principio de cortesía, el cual, sin embargo, reduce notablemente la incidencia del Derecho administrativo, como se desprende del caso *Allied Bank*[56].

Así, en ese caso la Corte consideró que el decreto, al pretender incidir en la ejecución de contratos regidos por las leyes de Nueva York, debía evaluarse a la luz del principio de cortesía. En este caso, el Derecho público del Estado emisor solo puede incidir en la ejecución del contrato de deuda pública en Nueva York, si de conformidad con el principio de cortesía, el Gobierno de Estados Unidos, de manera formal, concluye que esta aplicación extraterritorial es compatible con su política internacional. Esto es, que la aplicación extraterritorial del Derecho público para exonerar a la Administración del cumplimiento del contrato de deuda solo es posible si hay una expresa manifestación favorable, usualmente transmitida a través de una opinión o moción de interés presentada por el Departamento de Justicia. Precisamente, el Gobierno de Estados Unidos, en el caso *Allied*, presentó una moción explicando por qué no podía apoyar el intento del Gobierno de Costa Rica de eludir unilateralmente el pago de sus obligaciones[57]:

---

cional", cit., p. 109). Ello puede darse en dos contextos, de acuerdo con el Derecho de Estados Unidos: *(i)* cuando el Derecho administrativo solo rige en el territorio del Estado emisor pero genera efectos relevantes en los litigios conocidos por las cortes, o *(ii)* cuando el Derecho administrativo incide en la ejecución de contratos de deuda en Nueva York. En el primer supuesto rige la doctrina del acto de Estado y en la segundo el principio de cortesía.

[55] Como concluyó la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Kirkpatrick & Co. vs. Evtl. Tectónica*, 493 U.S. 400 (1990): "*En todos los casos en los que hemos aplicado la doctrina del acto de Estado, el alivio solicitado o la defensa interpuesta habría obligado a un tribunal en los Estados Unidos a declarar la nulidad del acto oficial de un soberano extranjero realizado dentro de su propio territorio*" (en 493). Como se observa, esta doctrina resuelve si la corte tiene jurisdicción para desaplicar el acto extranjero que incide en la disputa bajo su conocimiento. La traducción es libre.

[56] La diferencia entre el Derecho público que incide en la ejecución de contratos de deuda en Nueva York, y el Derecho público que condiciona la capacidad de contratación, no siempre es clara. Una regla que suele seguirse es analizar si el Derecho público es dictado con la intención de prevenir la ejecución o cumplimiento de contratos de deuda regidos por el Derecho del estado de Nueva York, típicamente, mediante actos administrativos que prohíben a la Administración Pública pagar en divisas. Véase el caso *Optopics Laboratories vs. Savannah Bank*, 816 F. Supp. 898 (S.D.N.Y. 1993), en el cual la Corte consideró que el acto administrativo por el cual el Gobierno de Nigeria prohibió pagar en divisas, es insuficiente para extinguir obligaciones de pago regidas por el Derecho del estado de Nueva York.

[57] Traducción libre.

> "Toda la política del Gobierno de Estados Unidos se basa en el entendimiento de que, si bien las partes pueden renegociar las condiciones de pago, las obligaciones de pago siguen siendo válidas y exigibles. El intento de reestructuración unilateral es incompatible con las obligaciones derivadas del sistema de cooperación y negociación internacional y por lo tanto, es incompatible con la política de los Estados Unidos (…)
> El intento unilateral del Gobierno costarricense de repudiar obligaciones comerciales privadas es incompatible con la resolución ordenada de los problemas de la deuda internacional…".

En conclusión, la forma usual para hacer valer el Derecho administrativo del emisor en disputas de contratos de deuda pública extranjera es a través de la doctrina del acto de Estado y el principio de cortesía. La primera permite aplicar, extraterritorialmente, el Derecho administrativo que, incidiendo solo en el territorio del Estado emisor, puede tener en todo caso efectos accidentales en disputas conocidas por cortes extranjeras. Pero esta teoría no resuelve adecuadamente la validez del contrato de deuda pública externa, pues esta validez no depende tanto de que las cortes apliquen un acto dictado por el Estado emisor, sino de la interpretación del Derecho administrativo doméstico que rige a la validez.

La segunda tesis es el principio de cortesía, que permitiría aplicar un acto dictado para incidir en la ejecución del contrato de deuda pública. En teoría, esta tesis tiene mayor incidencia pues el emisor puede dictar un acto que, con base en la invalidez del contrato, impida su ejecución en Nueva York, como podría ser el caso, por ejemplo, de una Ley, un acto administrativo e incluso, una sentencia.

Sin embargo, todo acto que pretenda impedir la ejecución del contrato con base en su invalidez no será directamente aplicable en las cortes extranjeras, en tanto para ello será necesario que el Gobierno de Estados Unidos emita una opinión en la cual afirme la compatibilidad de ese acto con su política sobre la deuda externa. El caso *Allied Bank,* precisamente, demuestra que el Gobierno de Estados Unidos —y por ende, las cortes— no reconocen el efecto trasnacional de actos cuyo efecto práctico sea permitir al emisor, de manera unilateral, incumplir contratos de deuda. Con lo cual, todo acto dictado por el emisor que, basado en la invalidez, pretenda impedir la ejecución del contrato, probablemente no será tomado en cuenta por las cortes foráneas. Esta posición tiende a proteger a los acreedores de cualquier intento unilateral del emisor de eludir el cumplimiento de contratos sometidos a las Leyes del estado de Nueva York.

Ninguna de estas dos tesis, en resumen, otorga una respuesta satisfactoria a los efectos que tienen las normas de Derecho administrativo que inciden en la validez de contratos de deuda pública externa. De allí la necesidad de explorar en qué medida las cortes de Nueva York pueden interpretar el Derecho administrativo del emisor que rige a la validez del contrato, a los fines de resolver disputas contractuales en las cuales, precisamente, el emisor cuestiona esa validez.

II. LA VALIDEZ DEL CONTRATO PÚBLICO DE DEUDA EXTERNA DESDE LA APLICACIÓN TRASNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En los contratos de deuda pública externa, la interacción entre el Derecho administrativo del emisor y el Derecho extranjero presenta una importante laguna. Así, aun cuando el procedimiento por el cual se forma la voluntad y, por ende, la capacidad de contratación se rige por el Derecho administrativo, no existe ningún mecanismo que permita la aplicación extraterritorial del Derecho administrativo para determinar la validez. En Estados Unidos, las teorías de la doctrina del acto de Estado y del principio de cortesía han permitido otorgar efectos extraterritoriales al Derecho administrativo, pero con un sentido bastante limitado. En buena medida, esta limitación responde al recelo de extender el Derecho del emisor al contrato de deuda pública externa, debido al riesgo de que esta extensión permita al emisor, unilateralmente, incidir en la ejecución del contrato, modificando su Derecho o dictando decisiones —como actos administrativos— que incidan en tal ejecución. Los ejemplos citados de Argentina y Costa Rica ilustran, muy bien, esos riesgos.

Como resultado de lo anterior, no existe una teoría que permita cuestionar la validez del contrato de deuda pública debido a violación de las condiciones de validez establecidas en el Derecho administrativo del emisor. Siguiendo a Luis Arroyo Jiménez, cuando una corte extranjera —la Corte del Distrito Sur, en nuestro caso— interpreta y decide en función al Derecho público del emisor, en un litigio de deuda, para determinar la validez del contrato, estamos ante un caso de trasnacionalidad por efectos extraterritoriales. El resultado es, así, el Derecho administrativo transnacional, "*compuesto por las normas y actos administrativos del Estado que tienen efectos jurídicos fuera de su territorio*" [58]. Precisamente, en esta sección abordamos cómo el Derecho administrativo del emisor puede incidir en la capacidad de la Administración pública para celebrar contratos de deuda externa, y que pueden determinar la validez del contrato en la jurisdicción en la cual éste es ejecutado, en nuestro caso, Nueva York.

1. La validez del contrato de deuda pública por violación al Derecho constitucional y administrativo. La doctrina de la deuda odiosa. El precedente de la deuda entre Ucrania y Rusia y el caso del "bono atunero" de Mozambique.

La validez del contrato público es la consecuencia del cumplimiento de las condiciones legales que condiciona la capacidad de contratar de la Administración, mientras que la invalidez es la consecuencia del incumplimiento de tales condiciones. La validez del contrato de deuda es, precisamente, una de las materias regidas por el

[58] Arroyo Jiménez, Luis, "Las caras del derecho administrativo transnacional", cit., p. 110.

Derecho administrativo, así como el Derecho constitucional, al definir condiciones formales y materiales de validez propias del procedimiento de formación de la voluntad de la Administración[59]. Con lo cual, la validez es una de las áreas en las que se aprecia el efecto trasnacional del Derecho administrativo que rige a la deuda, en la medida en que esa validez sea una materia sobre la cual la Corte del estado de Nueva York deba decidir.

Una de las formas en las cuales la invalidez de la deuda pública ha sido introducida es a través de la doctrina de la deuda odiosa. Como explicamos en la introducción, este término se ha empleado, sin mucha precisión, para describir al endeudamiento público que no responde a fines legítimos. Gulati, Buchheit y Thompson aluden a la deuda ruin, o sea, aquella que no persigue fines virtuosos asociados al buen gobierno, según se trate de deudas de guerras, deudas hostiles o deudas odiosas. Este último concepto fue empleado en el arbitraje decidido en 1923 entre el Reino Unido y Costa Rica, con ocasión a los empréstitos públicos contratados por el Gobierno de Costa Rica, bajo la presidencia de Federico Tinoco, quien llegó al poder por un golpe de Estado. La presidencia de Tinoco solo duró dos años, y el nuevo Gobierno de Costa Rica se negó a reconocer la deuda contraída con una institución bancaria cuyos intereses representó el Reino Unido. El laudo decidió que el contrato no era ejecutable, pues el Gobierno contrató el préstamo para apropiarse de los recursos, irregularidad que el acreedor conocía. Tal precedente sirvió al jurista ruso Sack para fijar las tres condiciones que debe reunir la deuda odiosa, a saber, *(i)* debe ser contratada por un gobierno despótico; *(ii)* la causa de la deuda no debe ser atender a las necesidades de interés general del Estado, y *(iii)* el acreedor debe estar en conocimiento de que los recursos recaudados por la deuda no beneficiarían a la nación[60]. Como se observa, los índices reveladores de la deuda odiosa aluden a vicios presentes en la formación de la voluntad de la Administración, que es una materia regida por el Derecho administrativo doméstico.

En estos términos, puede concluirse que si bien toda deuda odiosa es inválida, no toda deuda inválida es odiosa. Mientras que la validez es una condición objetiva, el concepto de deuda odiosa depende de elementos subjetivos y, en especial, de cierto grado de negligencia o, eventualmente, dolo del acreedor.

En tal sentido, y precisamente desde el Derecho público, Gastón Jezè estudió el caso de los contratos públicos de deuda contratados por regímenes no-democráticos, calificándola como deuda de régimen en contraposición a la deuda de Estado. Esta es, en todo caso, una circunstancia excepcional que el autor circunscribió a eventos similares a una guerra civil, en los cuales una autoridad usurpada o ilegítima contrata deuda[61]. Roger Bonnard, por su parte, aludió a la deuda contratada por regímenes

---

[59] Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 582 y ss.

[60] Gulati, Mitu, et al, "The Dilemma of Odious Debts", *Duke Law Journal nº 56,* 2007, pp. 1.218 y ss.

[61] Jezè, Gastón, *Cours de science de finances et de législation financière*, Marcial Giard, Paris, 1922, pp. 302-303

insurreccionales[62]. Este concepto, que todavía hoy se emplea[63], alude a regímenes políticos odiosos cuya deuda puede ser repudiada, esto es, desconocida, típicamente, cuando cae el Gobierno ilegítimo. Este fue, precisamente, el argumento que intentó usarse luego de la caída del régimen de Sadam Hussein en Irak, aun cuando finalmente —y en parte, por la posición del Fondo Monetario Internacional— se optó por implementar un atípico proceso de renegociación que, en cualquier caso, no desconoció la deuda legada[64].

Un antecedente más reciente se relaciona con el contrato de préstamo suscrito en 2013 entre Rusia y Ucrania, por 3.000 millones de dólares. El préstamo fue contratado por el entonces presidente de Ucrania, Viktor Yanukovych, depuesto en 2014. Este préstamo era parte de una línea de crédito de 15.000 millones de dólares ofrecida por Rusia en apoyo de Yanukovych, de la cual solo se concretó el monto indicado. Como explica Anna Gelpern, la deuda entre Estados, conocida como deuda binacional, suele estar regida por reglas distintas a la deuda pública con acreedores privados. Pero el préstamo entre Rusia y Ucrania se basó en un contrato de emisión de títulos valores similar a los que rigen a los contratos suscritos con acreedores privados, en la cual el agente fiduciario (trustee) administró los títulos valores, suscritos únicamente por Rusia. Como resultado, el contrato incluye una cláusula que remite al Derecho del Reino Unido, que junto con las Leyes del estado de Nueva York, es el foro más común en la deuda pública financiera. Luego del cambio de Gobierno en Ucrania, y como resume Gelpern, el argumento de deuda odiosa lucía atractivo. En suma, los ingresos derivados del préstamo de Rusia desaparecieron en la cleptocracia promovida por Yanukovych, y el préstamo, además, fue resultado de la injerencia de Rusia en asuntos internos de Ucrania[65].

Sin embargo, la controversia no fue afrontada desde la tesis de la deuda odiosa. Así, luego de que Ucrania incumpliera el contrato de deuda en 2016, el agente fiduciario demandó la ejecución del contrato en la Alta Corte de Londres, solicitando un juicio breve para declarar el incumplimiento. Ucrania presentó diversas defensas, relacionadas con la invalidez del contrato por incompetencia del funcionario que lo suscribió —el Ministro de Finanzas— así como por la coacción ejercida por Rusia sobre Ucrania (esto es, la tesis del *duress*, bajo el Derecho del Reino Unido). En sentencia de 15 de marzo de 2023, la Corte Suprema de Justicia negó la procedencia de las defensas de Ucrania, fijando linderos entre el Derecho público de Ucrania y el Derecho del Reino Unido[66].

---

[62] Bonnard, Roger, *Précis élémentaire de droit public,* Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 367.

[63] Bonneville, François, *Le système de la dette publique: pour une approche organique d'un phénomène social*. Droit. Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2017, pp.

[64] Damie, Jay, "The odious debt doctrine after Iraq", en *Law and Contemporary Problems n° 70*, 2007, pp. 139 y ss.

[65] Gelpern, Anna, "Debt Sanctions Can Help Ukraine and Fill a Gap in the International Financial System", en *Policy Brief*, Peterson Institute for International Economics, n° PB14-20, 2014, pp. 3-5

[66] En el caso *The Law Debenture Trust Corporation plc (apelante) vs Ukraine (demandado),* expediente n° 2018/192. Es importante advertir que los hechos relacionados con la invasión de Ucrania por Rusia, en 2022, no fueron tomados en cuenta.

La solución dada a este caso por la Corte Suprema se basó en los principios del Derecho del Reino Unido sobre capacidad y reconocimiento de estados extranjeros. De esa manera, para determinar si quien firmó el contrato tenía o no competencia, la Corte no analizó las particularidades del Derecho administrativo de Ucrania, sino que se basó en el reconocimiento de Gobiernos extranjeros, para concluir que quien firmó tal contrato era parte, en ese momento, del Gobierno reconocido de Ucrania[67]. Por estas razones, la Corte desestimó los argumentos de violación del Derecho público de Ucrania, al considerar que la autoridad del Ministro que firmó el contrato era ostensible. Para estos efectos, la Corte tomó en cuenta las formalidades de los actos vinculados a la celebración del contrato de deuda, incluyendo la resolución aprobatoria firmada por el Consejo de Ministros. Luego, y al margen de cualquier posible infracción a las normas de Derecho constitucional y administrativo que determinan la competencia ministerial, la Corte concluyó que diversos órganos de Ucrania respaldaron la suscripción del contrato[68], incluyendo el propio texto del contrato[69].

El argumento más similar a la figura de la deuda odiosa es la coacción ejercida por Rusia sobre Ucrania, lo que afectó adversamente su economía en 2013. Para ello, la Corte tomó la figura de la violencia o coacción (*duress*) bajo el derecho consuetudinario, para concluir que la coacción debe ser ilegítima y consecuencia de violencia ejercida sobre personas y bienes[70]. En función a ello, la Corte Suprema reconoció que Ucrania tiene derecho a exponer pruebas que amplíen sus defensas basadas en la coacción, defensas que no pueden sustanciarse en el juicio breve[71]. En la práctica, esto obligó a iniciar un juicio ordinario, quedando sin efecto el juicio breve iniciado por el agente fiduciario. En este nuevo juicio, el argumento de coacción podrá ser invocado, incluso, desde la teoría del vicio del consentimiento desde el Derecho de Ucrania.

Este precedente permite comprender cómo el argumento de deuda odiosa no es utilizado directamente, aun cuando sus ideas generales están presentes en argumentos sobre la invalidez del contrato de deuda pública debido a vicios en el consentimiento durante la formación de la voluntad de la Administración. Otro caso que permite explicar esta dimensión jurídica es el llamado "bono atunero" de Mozambique. Los hechos, en apretada síntesis, se resumen a continuación.

Entre 2013 y 2014 tres empresas públicas de Mozambique contrataron préstamos con Credit Suisse y VTB Bank, una empresa pública rusa, para desarrollar proyectos de pesca de atún. El préstamo se amparó en garantías sobre bienes públicos, en con-

---

[67] En el párrafo 34 de la sentencia, la Corte afirmó esta conclusión: "*concluimos, por tanto, que un Estado extranjero que es reconocido como tal por el Ejecutivo en el Reino Unido se considera, a los efectos del Derecho Interno en el Reino Unido, una persona jurídica con plena capacidad*" (traducción libre).

[68] El vicio de incompetencia o extralimitación de funciones del Ministro, fue desestimado por la Corte en el párrafo 84 de su sentencia, al señalar que "se*gún el derecho inglés, si el Estado, como principal, declara que una persona tiene autoridad para actuar en su nombre, estará obligado por los actos de esa persona con respecto a cualquier persona que trate con ella como agente sobre la base de esa declaración*" (traducción libre).

[69] En el párrafo 106, la Corte reconoció que el endeudamiento violó el límite presupuestario fijado por la Ley de Presupuesto, pero a pesar de ello, la capacidad para firmar el contrato era ostensible.

[70] Como se afirmó en los párrafos 170 y 183.

[71] Párrafo 209.

diciones opacas. El desembolso del préstamo fue desviado en corrupción, en el marco de denuncias de pago de sobornos. En decisión nº 7/CC/20 de 8 de mayo de 2020, el Consejo Constitucional de Mozambique declaró la inconstitucionalidad de todos los empréstitos y garantías relacionados con estos préstamos. No es de extrañar que, nuevamente, el concepto de deuda odiosa haya sido considerado como mecanismo para repudiar estos préstamos[72].

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el argumento central era la incidencia del concepto de la ilicitud del objeto de los contratos de préstamos por violación de las normas internacionales, constitucionales y legales en materia de prevención de corrupción. Este fue el tema del litigio ante la Corte Comercial de la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales, con ocasión de la demanda interpuesta por Mozambique en contra de los bancos que suscribieron el préstamo y las demás empresas y personas que colaboraron en las transacciones. En todo caso, durante el juicio, las instituciones financieras llegaron a una transacción, con lo cual la Alta Corte no se pronunció sobre la incidencia de la invalidez del contrato por su ilicitud. Sin embargo, la Corte sí condenó al pago de daños a las empresas que colaboraron en la trama de corrupción que dio lugar a la deuda[73]. A pesar de que la validez del contrato no fue declarada judicialmente lo cierto es que los vicios en el consentimiento de la Administración, bajo el Derecho de Mozambique, fueron considerados para decidir la demanda en contra de empresas que colaboraron en la trama de corrupción.

La relación entre corrupción y deuda pública forma parte de la creciente discusión en torno al rol entre deuda pública y derechos humanos, especialmente promovida por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, a través del Experto Independiente sobre los efectos de la deuda externa. Esta discusión enfatiza cómo la contratación de deuda en violación a estándares de transparencia, rendición de cuenta y legalidad, genera incentivos para el endeudamiento insostenible que coloca en riesgo la capacidad para financiar el gasto público asociado a los derechos económicos y sociales. Los contratos públicos suscritos en violación a estos estándares se enfrentan, por ende, al riesgo de repudio. La expansión de los derechos humanos a los contratos de deuda pública es también un mecanismo de aplicar, extraterritorialmente, el Derecho del emisor, en la medida en que el procedimiento de

---

[72] Megliani, Mauro, "Mozambican Illegal Debt: Testing the Odious Debt Doctrine", en *Vanderbilt Journal of Trasnational Law nº 53-1,* 2020, pp. 1.637 y ss.

[73] Connelly, Stephen, "The Tuna Bond Scandal: The Continued Lack of Transparency in Bank-to-State Credit Facilities Agreements", en *Journal of International Economic Law, nº 24-3,* 2021, pp, 649 y ss. En todo caso, las partes del contrato original de préstamo llegaron a un arreglo extrajudicial. *Vid.*: "day before trial Credit Suisse, Mozambique reach resolution in "tuna bond" scandal", SeaFoodSecure, 4 de octubre de 2023, tomado de: https://www.seafoodsource.com/news/premium/supply-trade/a-day-before-trial-credit-suisse-mozambique-reach-resolution-in-tuna-bond-scandal. El 29 de julio de 2024 la Alta Corte dictó sentencia condenando a la indemnización de daños ocasionados por los contratos de préstamos, en contra las empresas del grupo naviero Prinvest que no participaron en la transacción (casos nº CL-2019-000127 y otros).

formación de la voluntad responda a prácticas violatorias de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento del emisor[74].

Esta conclusión, en todo caso, ante la corte extranjera que conoce de disputas relacionadas con el contrato público de deuda, debe reconducirse a argumentos relacionados con la validez, en función a la incidencia del Derecho doméstico o local, y en especial, el Derecho constitucional y administrativo. El caso de Ucrania colocó en evidencia los problemas prácticos para justificar esa aplicación en el Derecho del Reino Unido. De allí la importancia del precedente que comentamos en la sección siguiente, basado en la decisión del máximo tribunal de Nueva York que aclaró la relación entre el Derecho administrativo del emisor y las Leyes de Nueva York, permitiendo con ello la aplicación trasnacional del primero para determinar la validez del contrato que se ejecuta en ese estado.

2. La inconstitucionalidad de los contratos de emisión y garantía de los Bonos PDVSA 2020 y la aplicación extraterritorial del Derecho público por la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York.

Las Leyes del estado de Nueva York rigen a más de la mitad de los contratos de deuda pública[75]. Por ello, el estudio de cómo estas Leyes resuelven la interaplicación entre ellas y el Derecho del emisor tiene una importancia práctica fundamental. Como explicamos, esta materia es tratada en la Sección 8 del Código Comercial Uniforme, cuyo apartado 110 regula la Ley que rige a los títulos valores. De acuerdo con el literal a), el Derecho local del emisor rige a "*la validez de los títulos*". Esta norma no había sido interpretada a conflictos de contratos de deuda pública, hasta la opinión emitida por la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York en 2024, que fijó la interpretación, abstracta y general, de esa norma. Conviene repasar, brevemente, los hechos que dieron lugar a esa opinión.

El 28 de octubre de 2016 PDVSA, como empresa pública a cargo de la ejecución de las políticas petroleras, celebró el contrato de emisión de títulos valores con vencimiento en 2020, esto es, los Bonos PDVSA 2020. El pago de estos títulos fue garantizado con el 50,1 por 100 de las acciones de Citgo Holding, Inc., empresa constituida en Delaware, Estados Unidos, que es la tenedora de acciones de la refinería Citgo Petroleum Corporation. PDVSA es el único accionista de PDV Holding, Inc., que es a su vez el accionista de Citgo Holding, Inc. En la práctica, con

---

[74] Bantekas, Ilias, "The Right to Unilateral Repudiation of Odious, Illegal, and Illegitimate Sovereign Debt as a Human Rights Defence" en Bantekas, Ilias, and Cephas Lumina (ed), *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 536 y ss., y

[75] Por ejemplo, *vid.* Fondo Monetario Internacional, *The international architecture for resolving sovereign debt involving private-sector creditors,* Nota Técnica, 23 de septiembre de 2020.

esta operación, PDVSA comprometió la mayoría de control de su activo externo más importante[76].

Es necesario advertir que, a pesar de revestir forma de sociedad anónima, PDVSA fue creada como la organización a cargo de ejecutar las políticas del sector petrolero venezolano, nacionalizado en 1975. Por ello, la doctrina ha considerado a PDVSA como un ente de la Administración Pública que, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Mercantil, se somete a un régimen de Derecho constitucional y administrativo[77]. Incluso, y como sucede con otras empresas nacionales petroleras en América Latina, PDVSA tiene rango constitucional, en el sentido que el artículo 303 de la Constitución de 1999 define a PDVSA como el ente a cargo del manejo de la industria petrolera, cuyo capital no puede ser privatizado.

En tanto empresa pública, PDVSA está sometida a un bloque de Derecho constitucional y administrativo que impone controles a su actividad[78]. En especial, y de acuerdo con los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, todo contrato de interés público nacional suscrito por PDVSA con operadores económicos no domiciliados en Venezuela se somete al control previo del Poder Legislativo, o sea, la Asamblea Nacional. Esta norma constitucional, en el marco del principio de separación de poderes, pretende reducir los riesgos de demandas presentadas por estos operadores, y que coloquen en riesgo al interés público[79]. El "interés público nacional" es un concepto jurídico indeterminado, que corresponde ser definido, en primer lugar, por el Poder Legislativo, a los fines de controlar la capacidad de contratación de la Administración Pública. De allí que todo contrato de interés público nacional suscrito en violación del control previo de la Asamblea está viciado de nulidad, en concreto, debido a la incompetencia de la Administración[80].

---

[76] Para los detalles jurídicos, *vid.* Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020),* cit., pp. 397 y ss.

[77] Boscán de Ruesta, Isabel, "Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.", en *Revista de Derecho público* N° 9, Caracas, 1982, pp. 60 y ss., y Brewer-Carías, Allan, "Aspectos organizativos de la industria petrolera nacional en Venezuela", en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela, Tomo I,* Instituto de Derecho público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 407 y ss. Del autor, véase recientemente *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 43 y ss.

[78] Como es el caso, en especial, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley contra la Corrupción. Debe aclararse que, según la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el endeudamiento de PDVSA no está sometido al límite de endeudamiento anual fijado por el Poder Legislativo, pero en todo caso, se somete al resto de controles de Derecho público. En general, *vid.* Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 49 y ss.

[79] Entre muchos otros, *vid.* Caballero Ortiz, Jesús, "Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999 en *Libro Homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 20 años de especialización en Derecho Administrativo, Volumen I,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 140 y ss.

[80] Pérez Luciani, Gonzalo, "Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito públicos", en *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 499 y ss.

Apenas PDVSA anunció su intención de ceder en garantía las acciones de Citgo a favor de acreedores extranjeros, la Asamblea Nacional, en ejecución del artículo 187.9 de la Constitución, aprobó un acuerdo, de 27 de septiembre de 2016, por el cual negó la capacidad de PDVSA de ceder esas acciones, al tratarse de un contrato de interés público nacional. Sin embargo, para ese momento, el orden constitucional en Venezuela estaba severamente afectado como consecuencia de los mecanismos de constitucionalismo abusivo orientados a reducir el alcance del control parlamentario, luego de que la oposición ganara la mayoría calificada en las elecciones de la IV legislatura de la Asamblea Nacional, en diciembre de 2015. Como resultado de ese constitucionalismo abusivo, el Presidente había dictado un decreto por el cual intentó modificar la Constitución, para eliminar el control previo de la Asamblea sobre los contratos de interés público nacional, lo que fue cuestionada por ésta, en acuerdo dictado el 26 de mayo de 2016. Este dato es importante pues el acuerdo de 27 de septiembre no fue una decisión aislada, sino que fue resultado de la ratificación de las funciones constitucionales de control parlamentario [81].

El acuerdo de 27 de septiembre de 2016 no impidió, en los hechos, que PDVSA firmara los contratos públicos para ceder en garantía a las acciones de Citgo Holding, Inc. En consecuencia, estos contratos son inconstitucionales, pues PDVSA no tenía capacidad para ceder estas acciones en garantía, debido a que la Asamblea Nacional, con base en el citado artículo 187.9 constitucional, había negado la autorización preceptiva para firmar contratos de interés público [82].

La aplicación trasnacional del marco constitucional de los contratos de interés público nacional comenzó a ser un tema relevante a partir del 23 de enero de 2019. Ese día, el Presidente de Estados Unidos reconoció, con plenos efectos jurídicos, al presidente de la IV legislatura como presidente encargado, o sea, como único titular de la Presidencia de la República, en previsión a lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución [83]. La Asamblea Nacional dictó una Ley especial, llamada el Estatuto de Transición, que reguló el ejercicio de funciones administrativas por el presidente

---

[81] Brewer-Carías, Allan, *Crónica Constitucional del sofocamiento del poder legislativo 2016-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2024, pp. 117 y ss. El constitucionalismo abusivo alude al uso de formas constitucionales para encubrir violaciones a valores esenciales del Estado de Derecho. Cfr.: Landau, David, "Abusive Constitutionalism", en *U.C. Davis Law Review N° 47 (1),* 2013, pp. 189 y ss. Véase también a Collot, Pierre-Alain, "Propos introductifs. Constitutionnalisme abusif et régimes hybrides" en *Le constitutionnalisme abusive en Europe,* Mare & Martin, Paris, 2022, pp. 23 y ss.

[82] El acuerdo es, en el Derecho constitucional venezolano, un acto parlamentario sin forma de Ley que, en este caso, es vinculante, pues se dicta en ejercicio de las funciones de control sobre los contratos de interés público nacional firmados por la Administración. El acuerdo del 27 de septiembre de 2016 debe interpretarse en concordancia con otros dos documentos. Así, en acuerdo de 26 de mayo de 2016, la Asamblea Nacional cuestionó, por inconstitucionales, los decretos dictados en el marco del estado de excepción que pretendieron eliminar el control parlamentario sobre los contratos de interés público nacional. El 15 de octubre de 2019, la Asamblea publicó un acuerdo ratificando el acuerdo de 27 de septiembre de 2016 y declarando inconstitucionales los contratos. Cfr.: Duque Corredor, Román, "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", en *Revista de Derecho público número 160-161,* Caracas, 2020, pp. 350 y ss.

[83] Sobre los fundamentos constitucionales de esta decisión, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 158 y ss.

encargado, en especial, para crear un órgano de intervención administrativa de PDVSA, denominado junta administradora ad-hoc[84]. Esta junta pasó a ser, por ende, el único representante legal de PDVSA en Estados Unidos, en especial, en su rol de accionista de PDV Holding, Inc.[85]. En previsión de la doctrina del acto de Estado, las cortes de Estados Unidos declararon que solo esa junta administradora podía representar legalmente a PDVSA[86]. Fue así como la representación legal de PDVSA, como deudor de los Bonos PDVSA 2020, pasó a la IV legislatura, a través de la junta administradora ad-hoc creada por decreto presidencial.

Aquí hay, como puede observarse, un caso de aplicación trasnacional del Derecho administrativo que rige a la empresa estatal petrolera de Venezuela, en tanto el decreto que creó a la junta administradora ad-hoc fue tomado en cuenta por las cortes de Estados Unidos. En función a las sentencias que reconocieron su cualidad para representar legalmente a esa empresa, la junta ad-hoc entabló negociaciones con los tenedores de bonos para diferir el cumplimiento del contrato de emisión. En tanto esas negociaciones no lograron avanzar, la junta ad-hoc y PDV Holding, Inc. demandaron, ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York, la nulidad del contrato de emisión y de garantía, por violación al Derecho constitucional de Venezuela, en concreto, por violación al control parlamentario sobre los contratos de interés público, tal y como la IV legislatura concluyó en acuerdo de 27 de septiembre de 2016. El argumento legal no fue, entonces, que esta deuda era odiosa, sino más bien, que la deuda era inválida, debido a la aplicación trasnacional del Derecho constitucional y administrativo que rige a PDVSA.

El debate procesal ante la Corte de Distrito, como cabe suponer, se centró precisamente en esta aplicación trasnacional. Los demandados —los agentes de los títulos valores— alegaron que tanto el contrato de emisión como de garantía se regían por las Leyes del estado de Nueva York, y que por ende, el Derecho de Venezuela era irrelevante. Los demandantes —PDVSA y PDV Holding, Inc.— alegaron que según el Código Comercial Uniforme de Nueva York, la validez de los Bonos PDVSA 2020 se rige por el Derecho venezolano y en concreto, por el Derecho constitucional. Además, señalaron que el acuerdo de la IV legislatura, de 27 de septiembre de 2016, y sus acuerdos complementarios, debían ser considerados por la Corte en virtud de la doctrina del acto de estado[87].

---

[84] Badell Madrid, Rafael, "Consideraciones sobre el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 158,* 2019, pp. 818 y ss.

[85] Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 19 y ss.

[86] Hernández, José Ignacio, "The Statute That Governs the Transition to Democracy and the Int'l Recognition of the Venezuela Interim President.", en *International Legal Materials 61, n°. 5,* 2022, pp. 820 y ss.

[87] Estos acuerdos, según los demandantes, son actos oficiales del Estado venezolano, dictados en su territorio por la Asamblea Nacional y, por ende, no pueden ser revisados o desaplicados por la Corte. Los argumentos se toman del expediente público del caso (n° 19 Civ. 10023 (KPF).

En sentencia de 16 de octubre de 2020 la Corte del Distrito Sur declaró sin lugar la demanda, considerando, entre otros argumentos, que el Derecho de Venezuela no es relevante, en función a la cláusula que dispuso la aplicación del Derecho del estado de Nueva York[88]. Es decir, que la Corte asumió la tesis de la exclusión, a la cual hicimos referencia en la primera parte de este artículo. Asimismo, la Corte aceptó que los acuerdos dictados por la Asamblea Nacional son actos oficiales amparados por la doctrina del acto de Estado. Empero, para la Corte, esos acuerdos fueron dictados para impedir la ejecución de los contratos de emisión y garantía, con lo cual, al tener efectos extraterritoriales, ellos también debían someterse al principio de cortesía. En tanto el Gobierno de Estados Unidos decidió no exponer su posición sobre la compatibilidad de esos actos con sus políticas, la Corte asumió plena jurisdicción para derivar su contenido y, en tal sentido, concluyó que esos acuerdos pretendían desconocer derechos contractuales, con lo cual, no tenían efecto jurídico en Nueva York.

Los demandantes apelaron ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, alegando —entre otros motivos— que el Derecho constitucional y administrativo que rige a PDVSA sí rige a los contratos públicos, a pesar de la cláusula que somete a estos contratos a las Leyes del estado de Nueva York. Durante el juicio en la Corte de Apelaciones, un grupo de profesores de Derecho constitucional de Estados Unidos presentó un *amicus*, concluyendo que la sentencia de la Corte había dejado de aplicar, erróneamente, el marco constitucional que rige a los contratos de interés público en Venezuela, marco que por lo demás, responde a una previsión común en el Derecho constitucional del llamado Global Sur, que se orienta a fortalecer la transparencia y la rendición de cuenta[89].

La Corte de Apelaciones cambió la interpretación dada por la Corte de Distrito, al reconocer, en sentencia de 13 de octubre de 2022, que existían méritos para concluir que el Derecho público venezolano sí rige a la validez de los Bonos PDVSA 2020. Pero debido al impacto que esta decisión tendría en los contratos de deuda pública regidos por las Leyes del estado de Nueva York, decidió certificar diversas preguntas a la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York, que es el máximo tribunal de ese estado[90]. En sentencia de 20 de febrero de 2024, la Corte de Apelaciones del estado

---

[88] 495 F. Supp. 3d 257 (S.D.N.Y. 2020)

[89] "Brief of Comparative Constitutional Law Professors as Amici Curiae in Support of Plaintiffs-Counter-Defendants-Appellants in Petroleos de Venezuela *et al.* v. MUFG Union Bank, N.A.", en *FSU College of Law, Law, Business & Economics Paper No. 21-04,* p. 24. El amicus fue presentado por los profesores Diego A. Zambrano, David Landau, Mila Versteeg y Nelson Camino Sánchez León.

[90] En términos sencillos, el procedimiento empleado por la Corte de Apelaciones permite consultar, al máximo tribunal de Nueva York, sobre la interpretación de las Leyes de ese estado, según el principio según el cual las cortes federales están obligadas a seguir las interpretaciones sobre legislación estadal de los tribunales locales. Como bien apuntó David Landau, al comentar esta decisión, ella daba lugar a la aplicación extraterritorial del Derecho constitucional. *Vid.*: Landau, David, "The PDVSA Bonds, Autocracy, and the Venezuelan Constitution", en Transnational Litigation Blog, 22 de noviembre de 2022, tomado de: https://tlblog.org/the-pdvsa-bonds-autocracy-and-the-venezuelan-constitution/ (consulta 23.6.24).

de Nueva York respondió a las preguntas o consultas, concluyendo que el Derecho constitucional de Venezuela sí rige a la validez de los Bonos 2020.

Es importante explicar, procesalmente, la naturaleza de esta opinión. Los litigios de deuda pública externa suelen ventilarse en las cortes federales, debido al fuero de competencia de demandas en contra de Gobiernos extranjeros. Sin embargo, las cortes federales, al interpretar el Derecho de los estados, deben respetar los precedentes de las cortes de ese estado. Por ello, el Segundo Circuito, como corte federal de Nueva York, debía interpretar al Código Comercial Uniforme de conformidad con los precedentes del Poder Judicial de ese estado. Precisamente, el Segundo Circuito optó por elevar una opinión al máximo tribunal de Nueva York, para obtener un precedente vinculante sobre cómo debe interpretarse el citado Código a los contratos de deuda pública, por lo que respecta a su validez. Este dato es importante pues la opinión del máximo tribunal no se basó en las particularidades del caso sometido a la consideración del Segundo Circuito, ni tampoco actuó como tribunal de alzada. Por el contrario, la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York emitió una interpretación abstracta que, como tal, influencia a todos los contratos de deuda pública sometidos a las Leyes de Nueva York.

Esta fue la primera vez que la Corte interpretó el Código Comercial Uniforme, para concluir que más allá de la incidencia de ese Código en los derechos y obligaciones de los contratos de emisión de títulos valores, el Derecho local del emisor rige a la validez de estos títulos. La Corte, en todo caso, limitó esa interpretación únicamente a las normas de Derecho venezolano que inciden en la capacidad del emisor para emitir los títulos valores. En concreto, la Corte concluyó que los artículos 150 y 187.9 de la Constitución de Venezuela rigen a la validez de los títulos valores[91]:

> "Estos antecedentes nos llevan a la cuestión de si el término "validez" tal como se utiliza en el (Código Comercial Uniforme) 8-110 (a) (1) podría aplicarse al artículo 150 de la Constitución venezolana, de modo que un tribunal debería analizar el artículo 150 y sus disposiciones constitucionales relacionadas para determinar la validez de los valores emitidos por las entidades venezolanas en esta transacción. Concluimos que, a pesar del alcance limitado del término "validez" en UCC 8-110, determinar si los valores emitidos por estas entidades venezolanas son válidos requiere el análisis del artículo 150 y disposiciones conexas de la Constitución venezolana, porque esas disposiciones pueden regir el proceso por el cual un título valor es "debidamente autorizado".

Como se observa, esta conclusión conduce a un ejemplo, perfecto, de efectos trasnacionales del Derecho administrativo, o en este caso, del Derecho constitucional que aplica a la Administración, de acuerdo con la tesis de Arroyo Jiménez[92]. Así, PDVSA, como ente administrativo, celebró contratos públicos sometidos a las Leyes del estado de Nueva York y ejecutables en ese estado. No obstante, la capacidad de PDVSA para celebrar esos contratos no se rige —ni podría hacerlo— por las Leyes de ese estado, sino por el Derecho constitucional y administrativo. Precisamente, el máximo tribunal de Nueva York concluyó que a pesar de la cláusula que remite a las

---

[91] Traducción libre.

[92] "Las caras del derecho administrativo transnacional", cit., p. 112.

Leyes de ese estado, la validez del contrato solo puede regirse por el Derecho público venezolano. Esto dio lugar, y parafraseando a Arroyo Jiménez, a un caso de efectos trasnacionales por la aplicación del Derecho administrativo por cortes extranjeras, pero entendiendo que "*las normas y actos transfronterizos siguen siendo válidos solo en el marco del ordenamiento de origen, el único al que pertenecen, aunque sean eficaces también en el ordenamiento de destino*" [93]. Esto es, que el contrato público de deuda es un acto transfronterizo, en el sentido que es eficaz en el estado de Nueva York pero su validez solo puede determinarse por el ordenamiento de origen, o sea, Venezuela.

En el Derecho constitucional de Estados Unidos, Dixon y Jackson han estudiado los efectos extra-territoriales de la interpretación constitucional, esto es, cuando el Derecho constitucional de un país es interpretado y aplicado en otro, por sujetos que no pertenecen a la organización territorial de aquel Estado. Estos sujetos pueden ser organismos internacionales como la Organización de los Estados Americanos, Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) pero en especial, cortes. Los retos de tal interpretación son, sin duda, relevantes. Quizás el mayor reto es la falta de experticia, lo que suele suplirse con testimonios expertos preparados por juristas locales. Pero incluso así, las cortes extranjeras pueden verse en una delicada posición al tener que interpretar y aplicar el Derecho constitucional extranjero [94].

La interpretación del máximo tribunal de Nueva York fue considerada por la Corte del Segundo Circuito, en sentencia de 3 de julio de 2024, mediante la cual se declaró con lugar la apelación y se revocó la sentencia dictada por la Corte de Distrito en 2020. El Segundo Circuito concluyó que la Corte del Distrito Sur erró al señalar que el Derecho público venezolano no regía a la validez de los contratos. Además, clarificó la diferencia entre la aplicación trasnacional del Derecho administrativo y la doctrina del acto de estado.

En efecto, la validez de los contratos públicos de emisión y garantía se rigen por el Derecho constitucional y administrativo, que debe ser empleado por la Corte del Distrito Sur para decidir si esos contratos son o no válidos. Nótese así cómo la validez, en Nueva York, no se determina por las Leyes de ese estado sino por el Derecho administrativo, que pasa a ser trasnacional.

Pero sin perjuicio de lo anterior, y solo en el supuesto en el que la Corte de Distrito concluya que los contratos son válidos según el Derecho administrativo del emisor, entonces, la Corte del Distrito Sur tendrá que considerar los acuerdos de la Asamblea Nacional según la doctrina del acto de estado, lo que dará lugar a otro supuesto de aplicación trasnacional del Derecho constitucional que rige a la Administración pública. Nótese que no es el principio de cortesía el que resulta relevante, pues el acuerdo de 2016 que negó la autorización para celebrar el contrato de interés público nacional fue dictado en Venezuela, para surtir efectos allí.

---

[93] "Las caras del derecho administrativo transnacional", cit.

[94] Dixon, Rosalind, y Jackson, Vicki C., "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", UNSW Law Research Paper No. 2012-53, 2012, tomado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174134

Con lo cual, la trasnacionalidad del Derecho administrativo en contratos públicos de deuda externa, puede alcanzarse por dos vías: *(i)* por la aplicación del Derecho administrativo que rige a la validez de esos contratos, y *(ii)* por la doctrina del acto de Estado para emplear, extraterritorialmente, ese Derecho y, en especial, los actos de control sobre los contratos públicos. Esta conclusión rige a todos los contratos sometidos a las Leyes de Nueva York, que como explicamos, son la gran mayoría. Más allá de esa jurisdicción, esta opinión facilita la mejor comprensión de la interaplicación entre el Derecho administrativo del emisor y el Derecho extranjero que rige a las obligaciones y derechos de contratos de deuda pública externa.

CONCLUSIONES

El Derecho administrativo que comenzó a formarse hacia fines del siglo XIX y, en especial, durante la primera mitad del siglo XX, se basó en el orden jurídico internacional basado en el Estado como centro autárquico de poder fundado en la soberanía sobre su territorio. En América Latina —y en general, en el llamado Global Sur— esta teoría reforzó el principio de no-intervención y la llamada doctrina Calvo, diseñada para fortalecer la soberanía estatal y su efecto sobre las relaciones jurídicas entre el Estado y extranjeros, en especial, operadores económicos. Pero la globalización cambió esa realidad. Así, las relaciones jurídico-administrativas pasaron a someterse, también, al Derecho internacional y al Derecho extranjero. Uno de los ámbitos en los cuales esta expansión se ha llevado a cabo es la deuda pública.

De esa manera, la recaudación de ingresos necesarios para cubrir los gastos públicos abarca, entre otras políticas, al endeudamiento típicamente mediante la emisión de títulos valores sometidos al Derecho extranjero, como es el caso de las Leyes del estado de Nueva York. Las cláusulas que pactan la aplicación de esas Leyes se justifican para reducir los riesgos derivados de la deuda pública externa y, en especial, proteger su ejecución de cualquier interferencia del Estado emisor. Pero lo cierto es que, desde el Derecho del emisor, estos instrumentos se materializan en contratos públicos, sometidos por ende a su Derecho constitucional y administrativo.

Desde el punto de vista teórico, en contratos de deuda pública externa la interacción entre el Derecho administrativo doméstico y el Derecho extranjero presenta tres aristas, a saber, *(i)* el Derecho administrativo del emisor rige a la formación de la voluntad de la Administración, incluyendo su capacidad para suscribir el contrato y, por ello, emitir deuda; *(ii)* el Derecho extranjero —en nuestro caso, las Leyes del estado de Nueva York— rige a las obligaciones y derechos del contrato; y *(iii)* la cláusula que remite al Derecho extranjero también somete a la exclusiva jurisdicción de las cortes foráneas, la resolución de disputas contractuales. Pero estas aristas tienen una laguna importante: no queda claro si esas cortes — del estado de Nueva York, en nuestro caso— tienen jurisdicción para determinar la validez del contrato de deuda cuyos derechos y obligaciones se rigen por el Derecho extranjero, pero empleando el bloque de Derecho administrativo del emisor que rige a la capacidad de contratación.

La mayoría de los contratos de deuda pública externa con el sector privado se rigen por las Leyes de Nueva York, pues los acreedores consideran que ese marco jurídico provee suficiente seguridad y certidumbre jurídica a la deuda. En especial, las Leyes de Nueva York protegen al acreedor de los riesgos propios del Derecho del emisor, tanto más en tanto el emisor puede reformar su propio Derecho y, con ello, incidir unilateralmente en el contrato de deuda pública, como se desprende de la experiencia de Grecia. Por ello, las cortes de Nueva York son recelosas acerca de la incidencia del Derecho del emisor, como demuestran los litigios de la deuda pública de Argentina de inicios de siglo, y en los cuales ese país intentó incidir en la ejecución de contratos dictando la Ley n° 26.017, que limitaba la capacidad de la Administración de pagar la deuda.

Este recelo también queda en evidencia por el alcance más bien limitado que se ha dado a los efectos trasnacionales del Derecho del emisor, a través de la doctrina del acto de Estado y del principio de cortesía. El caso analizado de Costa Rica demuestra que los efectos trasnacionales del Derecho administrativo que incide directamente en la ejecución de contratos de deuda pública externa es más bien limitado, ante la tendencia de negar esos efectos trasnacionales frente a cualquier acto que unilateralmente incida en la ejecución del contrato.

Ninguna de estas dos figuras resuelve, adecuadamente, el problema de la invalidez del contrato de deuda pública externa por violación del Derecho del emisor. Este problema, sin éxito, ha querido ser abordado por la doctrina de la deuda odiosa. Más recientemente, casos como Ucrania y Mozambique han abierto la puerta a considerar la incidencia del Derecho del emisor ante vicios en la formación de la voluntad de la Administración, por ejemplo, por actos de corrupción, lo que ha querido también extenderse a casos en los cuales los contratos violan derechos humanos. Pero ninguna de estas tesis resuelve, apropiadamente, el problema de la validez.

Este problema fue finalmente abordado por la sentencia de 20 de febrero de 2024 de la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York, en el caso de los Bonos 2020 emitidos por la empresa estatal petrolera de Venezuela. Es necesario advertir que la Corte de Apelaciones —que es, en realidad, el máximo tribunal del estado de Nueva York— no emitió su decisión en función al mérito del juicio, pues el fondo de la demanda solo puede ser conocida por las cortes federales. Por el contrario, el máximo tribunal de Nueva York resolvió la consulta que le elevara el Segundo Circuito, sobre cómo debía interpretarse la Sección 8, número 110, literal a del Código Comercial Uniforme de Nueva York, según el cual, el Derecho del emisor rige a la validez de títulos valores.

La Corte del Distrito Sur optó por usar la tesis de la exclusión, sosteniendo que la cláusula que pacta el Derecho de Nueva York en contratos de deuda pública excluye completamente la incidencia de esa Sección. Sin duda, la Corte adoptó esta interpretación movida por la necesidad de proteger la efectividad de las Leyes de Nueva York, cerrando el paso a cualquier efecto trasnacional del Derecho administrativo nacional. El máximo tribunal, en su opinión, asumió el principio de complementariedad, dando con ello una respuesta acertada a la interacción entre el Derecho administrativo y el Derecho extranjero. Esta nueva interpretación pasa a influenciar a todos los con-

tratos de deuda pública regidos por el Derecho de Nueva York, que como vimos, son la mayoría de los contratos que remiten al Derecho extranjero. Así, las cortes federales quedan vinculadas a la interpretación del Derecho de Nueva York realizada por el máximo tribunal de ese estado. Ciertamente, esta solución no rige a los contratos en los cuales se pacta otro Derecho, como el Derecho Inglés. Pero incluso dentro de este ámbito específico, esta nueva interpretación otorga una respuesta racional a los efectos trasnacionales del Derecho administrativo para determinar la validez de contratos de deuda pública cuyos derechos y obligaciones se someten al Derecho extranjero. Así, a partir de este precedente, el efecto trasnacional del Derecho administrativo en contratos de deuda pública externa queda regido por los siguientes principios:

En *primer lugar*, la validez de contratos de emisión de títulos valores sometidos al Derecho extranjero, se rige por el Derecho administrativo del emisor, y en especial, las normas de Derecho constitucional vigentes al momento en el que el contrato se perfeccionó, y que determinan si el órgano o ente contratante está debidamente autorizado para celebrar el contrato. Esta conclusión es coherente con el primer elemento de la interacción entre el Derecho administrativo doméstico y el Derecho extranjero que explicamos antes, pues el Derecho administrativo nacional rige a la formación de la voluntad de la Administración Pública. Con lo cual, en los contratos de deuda pública externa, la relación entre el Derecho administrativo del emisor y el Derecho extranjero es de interaplicación.

En *segundo lugar*, las cortes tienen jurisdicción para interpretar el Derecho constitucional y administrativo del estado emisor, a los fines de decidir sobre la invalidez de contratos de deuda. Esta conclusión otorga una respuesta adecuada a la laguna que deriva de los tres elementos presentes en la interacción entre el Derecho administrativo doméstico y el Derecho extranjero. Así, en tanto en el contrato las partes pactan, con carácter exclusivo, que cualquier disputa será resuelta por cortes extranjeras, éstas tienen jurisdicción no solo para resolver disputas por incumplimiento contractual sino, en especial, disputas sobre la validez del contrato, interpretando y aplicando el Derecho administrativo del emisor. Esto da lugar, así, a un caso perfecto de efectos trasnacionales del Derecho administrativo doméstico.

Finalmente, y en *tercer lugar*, la aplicación trasnacional del Derecho administrativo también puede darse en el marco de la doctrina del acto de Estado, aun cuando con un alcance mucho menor. De esa manera, los actos —de Derecho constitucional y administrativo— del Estado emisor, dictados para ser cumplidos en su territorio pero que inciden en la ejecución de contratos en el extranjero, deben presumirse válidos, sin que las cortes puedan revisar o desaplicar esos actos, a los fines de no interferir en la política internacional. Esto incluye, en especial, a los actos de control parlamentario emitidos durante el procedimiento de formación de la voluntad de la Administración, y que pueden ser relevantes para determinar la invalidez del contrato de deuda pública externa.

La sentencia de 20 de febrero de 2024 de la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York permite replantear la teoría sobre la interacción entre el Derecho administrativo nacional y el Derecho extranjero en contratos de deuda pública externa,

de manera consistente con la teoría de los efectos trasnacionales del Derecho administrativo. Así, la formación de la voluntad de la Administración, de acuerdo con esta sentencia, se rige por el Derecho administrativo, el cual determina, entonces, la validez del contrato de deuda. En virtud de la cláusula que acepta la jurisdicción de los tribunales de Nueva York, son éstos los que tienen jurisdicción para interpretar y decidir en función al Derecho administrativo que rige a la validez del contrato, lo que supone un ejemplo perfecto de efectos trasnacionales del Derecho administrativo. Ello, además reduce el riesgo de modificación unilateral del Derecho del emisor, pues la validez se rige por el Derecho administrativo en vigor cuando el contrato de deuda fue celebrado. Esta solución, si bien fue inspirada en un caso excepcional de Venezuela, parte de una interpretación abstracta del Derecho de Nueva York, con lo cual ella incide en todos los contratos de deuda regidos por ese Derecho, avanzando de manera adecuada en la aplicación complementaria del Derecho administrativo doméstico y el Derecho extranjero.

BIBLIOGRAFÍA

Luis Arroyo Jiménez (2022), "Las caras del derecho administrativo transnacional", en *Revista de Administración Pública,* nº 218, pp. 101-122.

Luis Arroyo Jiménez *et al.*, "Presentación", en Luis ARROYO JIMÉNEZ *et al.*, (dir.), *Derecho público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid.

Rafal Badell Madrid (2019), "Consideraciones sobre el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* nº 158*,* pp. 818-892.

Rafael Badell Madrid, (2020), "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho público,* nº 159-160, pp. 18-31.

Ilias Bantekas, (2018), "The Right to Unilateral Repudiation of Odious, Illegal, and Illegitimate Sovereign Debt as a Human Rights Defence" en Illias Bantekas y Lumina Cephas (dir.), *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.

José Luis Benavides, (2016), "Tendencias generales de la contratación pública en América Latina", en José Luis Benavides y Pablo Moreno, Pablo (dir.), *La contratación pública en América Latina,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Carmine D. Boccuzzi, (2016), "Defences" en Rosa Lastra and Lee Buchheit (dir.), *Sovereign debt management,* Oxford University Press, Oxford.

Roger Bonnard, (1925) *Précis élémentaire de droit public,* Recueil Sirey, Paris.

François Bonneville, (2017), *Le système de la dette publique: pour une approche organique d'un phénomène social*. Droit. Université Panthéon-Sorbonne, Paris.

Isabel Boscán de Ruesta, (1982), "Consideraciones sobre la naturaleza legal de Petróleos de Venezuela, S.A.", en *Revista de Derecho público,* n° *9,* pp. 55-60.

Michael Bradley, *et al.* (2018), "Pricing Sovereign Debt: Foreign Versus Local Parameters", en *European Financial Management,* n° 24, pp. 261-297.

Allan R. Brewer-Carías, (1981), "Aspectos organizativos de la industria petrolera nacional en Venezuela", en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela, Tomo I,* Instituto de Derecho público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Allan R. Brewer-Carías (2013a), *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público en Iberoamérica. Volumen I.* Civitas Thomson Reuters, Madrid.

Allan R. Brewer-Carías (2013b), *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

Allan R. Brewer-Carías (2019), *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana.

Allan R. Brewer-Carías (2021), *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Allan R. Brewer-Carías (2024), *Crónica Constitucional del sofocamiento del poder legislativo 2016-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Allan R. Brewer-Carías y José Ignacio Hernández G., (2021), *The Defense of the Rights and Interests of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Lee Buchheit, "Act of State and Comity: Recent developments", en *Judicial enforcement of International Debt Obligations,* en David Sassoon and Daniel Bradlow (dir.), *Judicial enforcement of International Debt Obligations*, International Law Institute, Washington D.C., 1986.

Lee Buchheit *et al.* (2019), *How to Restructure Sovereign Debt: Lessons from Four Decades,* Peterson Institute for International Economics, Washington D.C.

Lee Buchheit *et al.* (2020), "The Restructuring Process" en S. M. Ali Abbas (dir.), *Sovereign Debt*, Oxford University Press, Oxford.

Jesús Caballero Ortiz, Jesús (2001), "Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999 en Fernando PARRA (dir.), *Libro Homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 20 años de especialización en Derecho Administrativo, Volumen I,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas.

Juan Cristóbal Carmona, (2016), *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas.

Francisco José Carrera Raya, (1988), "El empréstito como modalidad de la Deuda pública: su naturaleza jurídica", en *Revista española de derecho financiero,* n° 57, pp. 89-122.

Marcos Chamon, *et al.* (2018), "Foreign-law bonds: Can they reduce sovereign borrowing costs?", en *Journal of International Economics,* v. 114, pp. 164-179.

Pierre-Alain Collot (2022), "Propos introductifs. Constitutionnalisme abusif et régimes hybrides" en Pierre-Alain Collot, *Le constitutionnalisme abusive en Europe,* Mare & Martin, Paris.

Stephen Connelly (2021), "The Tuna Bond Scandal: The Continued Lack of Transparency in Bank-to-State Credit Facilities Agreements", en *Journal of International Economic Law,* n° 24-3, pp. 649-671.

Karen Cross (2015), "The Extraterritorial Reach of Sovereign Debt Enforcement", en *Berkeley Business Law Journal,* n° 111, pp. 111-143.

Jay Damie (2007), "The odious debt doctrine after Iraq", en *Law and Contemporary Problems,* n° 70, pp. 139-156.

Marin Daunton (2023), *The economic government of the world,* Farrar, Strauss and Giroux, Nueva York.

Rosalind Dixon y Vicki C. Jackson (2012), "Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests", UNSW Law Research Paper No. 2012-53.

Román Duque CorredoR (2020), "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", en *Revista de Derecho público,* nº 160-161, pp. 350-367.

Ersnt Forsthoff (1958), *Tratado de Derecho administrativo,* Instituto de Estudios Políticos.

Sergio Galvis, (2017). "Solving the Pari Passu Puzzle: The Market Still Knows Best" en *Capital Markets Law Journal,* n°12-2, pp. 204-214.

Alberto García Lema (2003), "Bases constitucionales y legales de restructuración de la deuda pública", en *La Ley,* n° 956, pp. 32-42.

Anna Gelpern (2014), "Debt Sanctions Can Help Ukraine and Fill a Gap in the International Financial System", en *Policy Brief*, Peterson Institute for International Economics, n° PB14-20, Washington D.C.

Agustín Gordillo (1982), "El contrato de crédito externo", en *Revista de Administración Pública,* nº 97, pp. 423-449.

Sebastián Grund (2017), "Restructuring government debt under local law: the Greek case and implications for investor protection in Europe", en *Capital Markets Law Journal,* v. 12, nº 2, pp. 253-273.

Mitu Gulati *et al.* (2007), "The Dilemma of Odious Debts", *Duke Law Journal,* nº 56, pp. 1.218-1.262.

José Ignacio Hernández G. (2016), *Derecho administrativo y arbitraje internacional de inversiones,* CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

José Ignacio Hernández G. (2018), "El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones", en Javier Barnes (dir.), *Entre Tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano,* Marcial Pons, Madrid, 2018.

José Ignacio Hernández G. (2021) "Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho administrativo venezolano. El caso de Citgo", en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* nº 16, 733-753.

José Ignacio Hernández G. (2022a), *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

José Ignacio Hernández G. (2022b), "The Statute That Governs the Transition to Democracy and the Int'l Recognition of the Venezuela Interim President", en *International Legal Materials,* nº 61-5, pp. 820-833.

Miriam Hood, (1983), *Gunboat diplomacy 1895-1905,* George Allen & Unwin, Londres.

Miriam Ivanega, (2013), *Instituciones de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Bogotá.

Gastón Jezè, (1922), *Cours de science de finances et de législation financière*, Marcial Giard, Paris.

Jeff King, (1996), *The doctrine of odious debt in international law: a restatemen*t, Cambridge University Press, Cambridge.

Hayk Kupelyants, Hayk (2018), *Sovereign Defaults Before Domestic Courts,* Oxford University Press, Oxford.

David Landau, (2013), "Abusive Constitutionalism", en *U.C. Davis Law Revie,* nº 47 (1), pp. 189-260.

Enrique Linde Paniagua, (2009), *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos,* UNED-Colex, Madrid.

Pedro López Elías, (1977), "Naturaleza jurídica del empréstito público internacional", en *Revistas de Ciencias Jurídicas,* nº 83, pp. 9-34.

Gregory Makoff, (2024), *Default. The Landmark Court Battle over Argentina´s $100 Billion Debt Restructuring,* Georgetown University Press, Washington, D.C., 2024.

Sebastián Martín-Retortillo Baquer (1996), "Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública,* nº 140, pp. 25-68.

Mauro Megliani (2015), *Sovereign debt*, Springer, Nueva York.

Mauro Megliani (2020), "Mozambican Illegal Debt: Testing the Odious Debt Doctrine", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* nº 53-1, pp. 1.637-1.686.

Kate Miles (2013), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge.

Alberto Montaña Plata, (2014), "El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo", en Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón, Andrés (dir.), *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Rodrigo Olivares-Caminal, (2009), "Understanding the Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments: A Complex Quest", en *International Lawyer,* v. 43 nº 3, pp. 1.217-1.236.

Antonio Parra (2012), *The History of ICSID*, Oxford University Press.

Gonzalo Pérez Luciani, (2013), "Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito públicos", en *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas.

Pablo Esteban Perrino (2015), "La regulación de la responsabilidad contractual del Estado en el Derecho Argentino", en *Derecho & Sociedad*, nº 44, pp. 329-346.

Jaime Rodríguez-Arana, y José Ignacio Hernández G., (dir.) (2016), *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI,* INAP, Madrid.

Jerome Roos, (2019), *Why Not Default? The Political Economy of Sovereign Debt,* Princeton University Press, Princeton, 2019.

Estela Sacristán (2010), "Naturaleza contractual del empréstito público", en *El Derecho. Jurisprudencia General. Tomo 232,* Buenos Aires, pp. 747-758.

Estela Sacristán (2011), "¿Es posible concebir a los empréstitos públicos como contratos?, en Juan Miguel Cuétara Martínez, (dir.), *Derecho administrativo y regulación económica, Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid.

Donald R. Shea, (1955), *The Calvo clause,* University of Minnesota Press.

Catherine Titi, (2014), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos.

René Ureña, (2017), "Global Administrative Law and the Global South", en Sabino CASSESE *et al.*, (dir.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Research Handbooks on Globalisation and the Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

Armin Von Bogdandy (2015), "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado,* nº 34, pp. 3-50.

Michael Waibel, (2011), *Sovereign Defaults before Internacional Courts and Tribunals,* Cambridge University Press, Cambridge.

Thomas Wälde, "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en David Sassoon and Daniel Bradlow (dir.), *Judicial enforcement of International Debt Obligations*, International Law Institute, Washington D.C., 1986.

Mark Weidemaier, (2019), "The New Guano: Legal Enforcement in Sovereign Debt Markets", en Horatia Muir Watt *et al.* (dir.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers,* Elgar, Cheltenham.

Philip Wood, (2020), "Choice of governing law for bonds", en *Capital Markets Law Journal,* v. 15, nº 2, pp. 3-17.

Diego A. Zambrano *et al.*, (2021) "Brief of Comparative Constitutional Law Professors as Amici Curiae in Support of Plaintiffs-Counter-Defendants-Appellants in Petroleos de Venezuela *et al.* v. MUFG Union Bank, N.A.", en *FSU College of Law, Law, Business & Economics Paper No. 21-04.*

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 157-184
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2863
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Tomás Cano Campos
ISSN: 2695-7191
Recibido: 02/12/2024 | Aceptado: 22/01/2025

ACTOS CONSENTIDOS Y CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS*

CONSENTED ACTS AND JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS

Tomás Cano Campos
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El presente trabajo analiza si el control judicial de las sanciones administrativas es pleno o si, por el contrario, está limitado por la firmeza de un acto administrativo previo que constituye antecedente lógico o presupuesto de la sanción. Se trata de determinar si, con motivo de la impugnación de una sanción, que tiene como antecedente lógico o presupuesto otro acto administrativo que ha venido firme por no haber sido recurrido, es posible volver a cuestionar y controlar la conformidad a Derecho de esa decisión anterior porque de ello depende la anulación de la sanción. Tras destacar los vaivenes de la jurisprudencia del TS sobre el tema, se analiza la solidez de los distintos argumentos que se han esgrimido o pueden sostenerse para erigir a los actos consentidos en límite o valladar a ese pleno control.

PALABRA CLAVE: actos consentidos, firmeza y fuerza vinculante de los actos, sanciones administrativas, seguridad jurídica, control judicial de las sanciones.

ABSTRACT: This paper analyzes whether judicial review of administrative sanctions is complete or if, on the contrary, it is limited by the finality of a previous administrative act that constitutes a logical precedent of the sanction. It is about determining whether, upon challenging a sanction, which has

* Proyecto de investigación PID2020-115714GB-I00, *La europeización de las sanciones administrativas*, de la Agencia Estatal de Investigación. Grupo de Investigación número 931089 de la Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Europeo de Integración regional de la Universidad Complutense de Madrid (IDEIR). Texto ampliado de la ponencia defendida en el I Congreso Internacional de Derecho Administrativo Sancionador, celebrado en la Universidad de Córdoba los días 7 y 8 de noviembre de 2024.

as its logical precedent another administrative act that has become final because it has not been appealed, it is possible to question again and control the legality of that previous decision because the legality of the sanction depends on it. After highlighting the ups and downs of the Supreme Court jurisprudence on the subject, the solidity of the different arguments that have been put forward or can be sustained to establish the consented acts as a limit or fence off that full control is analyzed.

KEYWORDS: consented acts, finality and binding force of acts, administrative sanctions, legal certainty, judicial control of sanctions

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS VAIVENES DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.— 3. EL ACTO CONSENTIDO NO DEVIENE VÁLIDO O CONFORME A DERECHO.— 4. LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO CONSENTIDO NO IMPIDE, POR SÍ MISMA, EL PLENO CONTROL DE LA SANCIÓN DE LA QUE AQUÉL ES PRESUPUESTO O CONDICIÓN.— 5. LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA NO REPRODUCE O CONFIRMA EL ACTO PREVIO CONSENTIDO QUE CONSTITUYE SU PRESUPUESTO.— 6. LA FUNCIÓN DE ESTABILIZACIÓN DEL ACTO NO SE VE CUESTIONADA POR EL PLENO CONTROL DE LA SANCIÓN POSTERIOR.— 7. LA FIRMEZA DEL ACTO CONSENTIDO TAMPOCO IMPIDE EL CONTROL EL PLENO DE LA SANCIÓN.— 8. EL PLENO CONTROL DE LA SANCION TANTO EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD COMO DE ANULABILIDAD DEL ACTO CONSENTIDO.— 9. ALGUNAS CONCLUSIONES.— 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN[1]

El control judicial de las sanciones administrativas por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa no presenta especialidades relevantes respecto del que realiza sobre cualquier otra actuación de la Administración. De un lado, se trata de un control de estricta legalidad, ya que el único canon de control de los Juzgados y Tribunales de dicho orden jurisdiccional es el Derecho y no razones de conveniencia u oportunidad (art. 106.1 CE); de otro, es un control de plena jurisdicción, que constituye la primera instancia de tutela judicial.

El tema del que aquí quiero ocuparme es si dicho control es pleno o si, por el contrario, está limitado por la firmeza de un acto administrativo previo que constituye antecedente lógico o presupuesto de la sanción. Se trata de determinar si, con motivo de la impugnación de una sanción que tiene como premisa o presupuesto

[1] Abreviaturas y acrónimos utilizados: AN: Audiencia Nacional; CE: Constitución Española; CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; CP: Código Penal; LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; LJCA: Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LOPJ; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; TS: Tribunal Supremo; TSJ: Tribunal Superior de Justicia; FJ: Fundamento Jurídico; TEAC: Tribunal Económico-Administrativo Central; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

un acto administrativo previo que ha devenido firme por no haber sido recurrido, es posible volver a cuestionar y controlar la conformidad a Derecho de esa decisión anterior porque de ello depende la anulación de la sanción [2]. Desde la perspectiva del particular, la cuestión afecta al alcance de los motivos impugnatorios de que dispone frente a la sanción, en particular si puede fundar su recurso en que el acto consentido no es conforme a Derecho. Desde la posición del Juez, se trata de precisar el alcance de su control, en concreto si está limitado por la firmeza de ese acto previo que forma parte o se integra en el tipo infractor.

El tema se ha planteado, sobre todo, a propósito de las liquidaciones tributarias determinantes de la sanción posterior. Pero también ha surgido con relación a actos previos diferentes, como el denominado test de replicabilidad en el ámbito de las telecomunicaciones (al que luego me referiré). Y, desde luego, se puede plantear respecto de otros actos distintos cuya conformidad a Derecho puede constituir el presupuesto o antecedente lógico de la imposición de una sanción, de los que hay ejemplos en diversas normas sectoriales como la de industria, del sector eléctrico, de telecomunicaciones o de defensa de la competencia [3].

Se trata de un tema en el que, como es fácil advertir, se ven implicadas instituciones claves del Derecho administrativo, como la firmeza de los actos administrativos, su presunción de validez, la función de clarificación y estabilización de las relaciones jurídicas que cumple el acto al aplicar el Derecho al caso concreto; principios del Derecho como el de seguridad jurídica y el de legalidad de la Administración; y, en fin, derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva, todo ello relacionado con el alcance del control judicial de la actuación de la Administración.

---

[2] El supuesto es diferente al que analiza Alejandro HUERGO LORA en su trabajo «Heráclito y el Derecho Administrativo: la retroacción de actuaciones y los actos firmes dictados con posterioridad al anulado», en Alejandro HUERGO LORA (coord.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 215-236. En el supuesto analizado en dicho trabajo, el encadenamiento o la secuencia de los actos es, en cierto modo, la opuesta a la que trato aquí, pues se refiere a aquellos casos en los que el Juez anula un acto que constituye la base o presupuesto de otros actos posteriores y lo que se plantea es si la Administración, que tiene que retrotraer actuaciones y tramitar el procedimiento para dictar una nueva resolución en sustitución de la anulada, tiene que respetar esos otros actos (favorables) posteriores que se han dictado sobre la base del anulado y han devenido firmes por no haber sido recurridos en plazo. El tema del que me ocupo aquí se asemeja, más bien, al denominado recurso indirecto contra actos del que habló Manuel Rebollo al estudiar la presunción de validez. Véase Manuel REBOLLO PUIG, «La presunción de validez», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 128, 2005, pp. 622-628. Precisamente, durante el proceso de evaluación del presente artículo ha aparecido publicado en el núm. 225 de la *Revista de Administración Pública* un trabajo del propio profesor REBOLLO PUIG, titulado «impugnación indirecta de actos consentidos», en el que, junto a otros supuestos, se ocupa de lo que denomina «impugnación indirecta de actos consentidos al recurrir resoluciones sancionadoras». Las conclusiones a las que llega y los argumentos esgrimidos coinciden en buena medida con los que sostengo en el presente trabajo.

[3] Véase, por ejemplo, el art. 31.2. l) de la Ley 21/1993, de 16 de julio, de Industria; el art. 64.8 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; el art. 106.13 y 14 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones; o el art. 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Reconozco que no es fácil ofrecer una respuesta categórica y segura a esta cuestión. Probablemente por la tensión que en ella subyace entre seguridad jurídica, de un lado, y legalidad y tutela judicial efectiva, de otro.

En mi exposición me voy a referir, en primer lugar, a los vaivenes de la jurisprudencia del TS sobre el tema, para lo cual tendré que analizar y exponer de forma un tanto descriptiva las sentencias recientes más importantes sobre el particular. Después, con un planteamiento analítico ya más crítico, iré analizando la solidez de los distintos argumentos que se han esgrimido o pueden sostenerse para erigir a los actos consentidos en límite o valladar a ese pleno control. Terminaré con unas breves conclusiones.

2. LOS VAIVENES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En la jurisprudencia más reciente que he consultado, las sentencias más relevantes que abordan el tema planteado son las que paso a exponer y sintetizar.

i) La firmeza de la liquidación no interrumpe la prescripción de la sanción cuando las actuaciones inspectoras superan el plazo legalmente previsto: la STS 734/2020, de 10 de junio (Sección 2ª. Ponente Montero Fernández)[4].

La referida sentencia es una de las primeras que se ocupa del tema. El TEAC confirmó los acuerdos de liquidación y de imposición de la sanción por el impuesto de sociedades y el IVA de varios ejercicios. La AN ratificó la liquidación porque devino firme al haberse presentado fuera de plazo la reclamación económico-administrativa, pero anuló la sanción porque, como las actuaciones inspectoras habían sobrepasado el plazo de 12 meses que establecía en ese momento la LGT (ahora con carácter general son 18 según su art. 150.1), el plazo de prescripción para imponer la sanción no se había interrumpido, de modo que cuando la Administración tributaria inició el procedimiento sancionador ya había transcurrido el plazo de 4 años para sancionar[5]. En el recurso de casación contra la sentencia, el Abogado del Estado alegó que, al haber quedado firme la liquidación, ya no se puede cuestionar la duración del procedimiento inspector, sino que debe entenderse que ha interrumpido tanto el plazo de prescripción para liquidar la deuda como para imponer la sanción.

En la citada sentencia, el TS considera que la AN actuó correctamente, pues ni entra a analizar la validez de la liquidación ni prescinde de sus efectos ya que es un acto firme, sino que únicamente considera los motivos alegados contra la sanción, entre los cuales está el exceso del plazo de procedimiento inspector que provoca el que no se interrumpa el plazo de prescripción ni para liquidar la deuda ni para imponer la sanción. Lo que fundamenta en la separación de los procedimientos para liquidar y sancionar y en el derecho a la tutela judicial efectiva.

---

[4] ECLI:ES:TS:2020:1662.

[5] SAN de 29 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:3837).

ii) Frente a las sanciones también se pueden esgrimir los motivos de nulidad que afecten a los actos firmes anteriores que constituyen su presupuesto o condición: la STS 1197/2020, de 23 de septiembre (Sección 2ª. Ponente Navarro Sanchís)[6]

Esta sentencia, que se hace eco parcialmente de la anterior, es, sin duda, la más completa y sugerente de todas las que voy a exponer, pues plantea expresamente la importancia y trascendencia del tema, destaca los principios enfrentados que subyacen en él y ofrece numerosos argumentos para apoyar la solución que adopta.

Se trataba también de determinar si una sanción tributaria puede ser impugnada y anulada con fundamento en que la liquidación tributaria firme de la que trae causa (que concluyó con un acta de conformidad) se dictó cuando ya había prescrito el plazo para liquidar. La prescripción se debía igualmente a que las actuaciones inspectoras habían superado el plazo de los 12 meses previsto en ese momento y, por tanto, no habían interrumpido la prescripción. El recurrente esgrimía que «sin liquidación no hay sanción». Pero el TSJ de Madrid consideró que en el recurso contra la sanción ya no se pueden analizar cuestiones que concluyeron con el acta de conformidad del obligado tributario, que podría haberla impugnado alegando los motivos oportunos, y que ello no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues es la inactividad del recurrente frente a la liquidación la que impide entrar a analizar la prescripción invocada[7].

El TS no comparte este criterio. Tras precisar que el núcleo del problema reside, de un lado, en el efecto obstativo de la firmeza administrativa derivada de la falta de impugnación de un acto y su prolongación a otros posteriores, y, de otro, en el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la libertad para formular pretensiones y alegar motivos y argumentos, concluye que este derecho fundamental no consiente que los motivos que puedan aducirse frente a un acto fiscalizado jurisdiccionalmente queden restringidos por la firmeza administrativa de un acto anterior y condicionante del que se impugna, por lo que estima el recurso de casación. Los argumentos los desarrolla en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia bajo el expresivo título de «la firmeza administrativa y sus efectos en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva». Son, fundamentalmente, los siguientes:

— La sentencia considera que la mal llamada cosa juzgada administrativa sólo discurre en el terreno formal, lo que supone que la liquidación firme ya no se puede revisar (salvo en los supuestos excepcionales que prevé el ordenamiento) y despliega sus propios efectos, entre ellos la posibilidad de ejecución forzosa. Pero ello no significa que los actos posteriores, fruto del ejercicio de una potestad diferente como la sancionadora, queden constreñidos por esa limitación. El sancionado puede esgrimir los motivos jurídicos que considere convenientes, incluso los que afecten a la validez de la liquidación de la que dimana, pero a los solos efectos de su traslación a la sanción.

---

[6] ECLI:ES:TS:2020:3059.

[7] STSJ de Madrid núm. 203/2019, de 27 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2019:6610).

— La resolución del TSJ de Madrid impugnada, continua la sentencia del TS, parte de un concepto de firmeza administrativa más propio de las resoluciones judiciales, ya que no se limita a su aspecto formal, sino que se extiende al aspecto material para sostener una presunción legal e irrebatible de certeza y acierto del acto previo no recurrido que lo dota de una suerte de ultraactividad, pues sus efectos no se limitan a su inatacabilidad, sino que se proyecta sobre otros actos posteriores y de naturaleza distinta.

— Lo que es válido y admisible para determinar la deuda tributaria (la firmeza provocada por la voluntad del comprobado) no lo es como freno al empleo de los motivos jurídicos que cabe esgrimir frente a la sanción derivada del incumplimiento fiscal constatado en dicho acto firme. El consentimiento y la firmeza solo afectan al acto no impugnado (la liquidación), pero no a la sanción, sobre la que no ha habido aquiescencia ni siquiera tácita.

— Por ello, continua el TS, para determinar si una sanción es o no conforme a Derecho cabe analizar si la liquidación fue dictada y notificada en plazo, pues si se ha extinguido la deuda por prescripción ya no hay ningún deber de naturaleza fiscal que se haya incumplido y cuya inobservancia sirva de tipo infractor de la sanción impuesta. «Sin liquidación (por prescripción) no hay sanción», afirma también el Alto Tribunal. Además, la prescripción se aprecia de oficio y la prescripción ganada extingue la deuda tributaria (art. 69 LGT), por lo que sus efectos no se pueden hacer depender de la actividad del afectado[8].

— A lo que añade que la posibilidad de basar la nulidad de un acto en las irregularidades imputables a otro que lo precede o del que trae causa está presente en muchos ámbitos: en la impugnación de los actos de derivación de responsabilidad solidaria o subsidiaria, donde se pueden esgrimir los motivos determinante de la invalidez del acto principal arrastrando al derivado; en los actos de ejecución, donde se pueden combatir en algunas situaciones de nulidad los actos recaudatorios; o en la impugnación de los actos de aplicación de los reglamentos fundada en los defectos de estos, por mucho que no quepa hablar de de firmeza de las normas, sino de caducidad de su impugnación directa[9].

— No hay, en definitiva, ninguna regla ni principio que impida la alegación de los vicios del acto condicionante de la sanción, por lo que el TS sienta esta doctrina general: frente a una sanción pueden oponerse, administrativa y judicialmente, cua-

[8] Lo referido a la prescripción —añade— también vale para los demás elementos o presupuestos de la liquidación como determinantes de la legalidad de la sanción y, por tanto, son susceptibles de ser esgrimidos, con plena libertad, por quien pretenda que se anule.

[9] La reciente STS de 24 de abril de 2024 (ECLI:TS:2024:2290) da un paso atrás en este sentido ya que no admite la impugnación indirecta de un reglamento con motivo del recurso del recurso directo contra otro reglamento. Véase la certera crítica que realiza a esta sentencia Gabriel DOMENECH PASCUAL, «Impugnación indirecta de un reglamento con ocasión del recurso directo interpuesto contra otro reglamento», en *Almacén de Derecho*, 28 de octubre de 2024 (https://almacendederecho.org/impugnacion-indirecta-de-un-reglamento-con-ocasion-del-recurso-directo-interpuesto-contra-otro-reglamento).

lesquiera motivos jurídicos determinantes de su nulidad, no sólo los directamente imputables a tal acto, sino también aquellos que forman parte del presupuesto de hecho de otros actos anteriores, como el de liquidación, que han quedado firmes por no haber sido recurridos por el interesado. Ese derecho del recurrente, con apoyo directo en el art. 24.1 CE, comporta el correlativo deber de los tribunales de examinar tales motivos para verificar si concurren o no, sin que puedan abstenerse de hacerlo con el pretexto de que el acto originario o determinante ha ganado firmeza.

iii) Ratificación de la doctrina anterior y primera fisura: la STS 1540/2021, de 20 de diciembre (Sección 3ª. Ponente Calvo Rojas) y el voto particular[10]

Esta sentencia consagra la doctrina de la anterior y, lo que es más importante, la aplica a un caso diferente, si bien presenta un sucinto pero importante voto particular. La CNMC dictó el 11 de marzo de 2017 una resolución en la que concluyó que, en la oferta presentada en la licitación de un contrato de servicios del Gobierno vasco, Telefónica había incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica contraria a las obligaciones que tiene contraídas en las resoluciones de la CNMC de 22 de enero de 2009, relativa a la definición y análisis del mercado de acceso al por mayor a infraestructura de red, y de 11 de abril de 2013, relativa a la definición y análisis del mercado de segmento de terminación de líneas arrendadas al por mayor[11].

Aquella resolución de la CNMC fue recurrida por Telefónica, pero finalmente no presentó la demanda en plazo, por lo que devino firme. Tras ello, se incoó un procedimiento sancionador que concluyó con otra resolución de la CNMC por la que se le impuso a Telefónica una multa de 8.500.000 euros por la comisión de la infracción grave del art. 76.12 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, que tipifica como tal el incumplimiento de determinadas resoluciones firmes en vía administrativa de la CNMC. La sanción fue recurrida por Telefónica y anulada por la AN al considerar que, para determinar si concurre o no el elemento objetivo de la infracción, procede analizar y revisar el carácter irreplicable de la oferta y los criterios tenidos en cuenta a la hora de aplicar el test de replicabilidad económica que sirvió de base al expediente sancionador[12]. La CNMC recurrió en casación por entender que no solo se estaba impugnando la sanción, sino también su resolución previa de 2017 en la que concluyó que la oferta de telefónica no era replicable.

El TS considera de interés casacional determinar si en un expediente sancionador, incoado como consecuencia de una previa resolución firme que señala que se ha

[10] ECLI:ES:TS:2021:4841. Se hace eco de esta sentencia y de su voto particular, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 776-777.

[11] El test de replicabilidad es el conjunto de reglas y criterios que emplea la CNMC para evaluar si Telefónica cumple la obligación de que determinados servicios mayoristas de fibra puedan ser replicados, esto es, que un operador alternativo eficiente que utilice esos servicios mayoristas de fibra pueda ofrecer un servicio equivalente a un precio similar.

[12] SAN de 23 de octubre de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:3126).

incurrido en una práctica de irreplicabilidad económica, pueden o no analizarse de nuevo, a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción, los criterios tenidos en cuenta al aplicar el test de replicabilidad.

Para responder a la cuestión se apoya en la sentencia anterior de 23 de septiembre de 2020, cuyos argumentos considera trasladables a este caso y de la que reproduce algunos apartados. Señala así que: i) la firmeza de un acto administrativo no le confiere una virtualidad equiparable al efecto positivo de cosa juzgada que es exclusivo de las resoluciones judiciales; ii) la firmeza supone que el acto es válido (afirmación que me parece errónea, como luego argumentaré), ya no puede ser impugnado y despliega los efectos que le son propios, pero en modo alguno obliga a suponer el acierto de su contenido ni a considerarlo presupuesto intangible de un acto posterior en el que se ejerce una potestad administrativa diferente; iii) el derecho a la tutela judicial efectiva y la libertad de ejercicio de pretensiones, motivos y argumentos impide que los motivos de nulidad esgrimidos contra una sanción se vean limitados por la firmeza de un acto anterior que motivó la incoación del procedimiento sancionador, por lo que el recurrente tiene derecho a la revisión de la sanción en un proceso de plena jurisdicción.

Por ello, concluye, la existencia de una resolución anterior firme de la CNMC, en la que considera que la oferta económica de Telefónica presentada en un concurso público no era replicable por un operador generalista como Euskatel, no excluye que, una vez iniciado el expediente sancionador a raíz de aquélla resolución, Telefónica pueda combatir la concurrencia del elemento objetivo de la infracción cuestionando los criterios y estándares aplicados por la CNMC al realizar aquel test de replicabilidad.

La sentencia cuenta con un importante voto particular del Magistrado Córdoba Castroverde, al que se adhiere Arozamena Laso. El voto comienza afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva no se vulnera por el hecho de que no se pueda volver a cuestionar aquello que quedó firme y consentido, mientras que la seguridad jurídica exige que los actos administrativos no puedan ser impugnados indefinidamente, razón por la que su revisión está sujeta a plazos (lo que tampoco vulnera la tutela judicial efectiva) y solo de forma excepcional se permite que un acto firme pueda ser revisado (mediante el recurso extraordinario de revisión o la revisión de oficio). Ello determina, continua el voto, que «una resolución administrativa firme incorpora un contenido que no puede ser revisado fuera de los cauces y los plazos legalmente establecidos, sin que la decisión adoptada en ellos pueda ser analizada de nuevo por el hecho de que su contenido se incorpore total o parcialmente como presupuesto a una resolución administrativa posterior […]. La resolución administrativa es el soporte de una decisión y su inimpugnabilidad no solo afecta al aspecto formal del acto sino al contenido material de la decisión que se incorpora». A lo que añade que, «si con motivo de la impugnación de una sanción, que toma como presupuesto el contenido de una decisión administrativa firme, se puede volver a revisar la ilegalidad de esta última se corre el riesgo de que una misma decisión sea al mismo tiempo conforme y contraria al ordenamiento jurídico», de lo que pone algún ejemplo como señalaré más adelante.

Por ello concluye que, en el caso analizado, al enjuiciar la sanción no se puede volver a reabrir el debate sobre la legalidad de la irreplicabilidad económica, pues de ese modo se respeta la seguridad jurídica sin merma para la tutela judicial, por lo que el recurso de casación debería haber sido desestimado.

iv) Cambio de doctrina: la firmeza de un acto impide que su contenido pueda ser cuestionado de nuevo cuando se incorpora a una sanción. La STS 1489/2023, de 20 de noviembre (Sección 2ª. Ponente Merino Jara)[13]

También en este caso hay una liquidación previa (del impuesto de sociedades y del IVA) que devino firme y un procedimiento sancionador a partir de las actuaciones inspectoras que concluyó con la imposición de una multa. La empresa sancionada impugnó la sanción esgrimiendo que la liquidación era contraria a Derecho porque cuando se dictó ya había prescrito el derecho a liquidar (de nuevo por superar el plazo de las actuaciones inspectoras), pero la AN desestimó el recurso[14].

En realidad, este caso es diferente a los dos primeros analizados, pues en ellos la sanción derivaba de la liquidación y la infracción era la prevista en el art. 191 LGT (dejar de ingresar la deuda tributaria resultante de la autoliquidación), mientras que ahora la infracción cometida es la tipificada en el art. 201 LGT (el incumplimiento de las obligaciones de facturación), por lo que la liquidación no es antecedente lógico o premisa de la sanción. Así lo puso de manifiesto el Abogado del Estado en el recurso de casación.

El TS, que había apreciado el interés casacional en la necesidad de «reafirmar, reforzar o, en su caso, completar o corregir la doctrina de la STS 1197/2020, de 23 de septiembre», desconoce tales diferencias, reproduce parte los argumentos del voto particular a la sentencia de 20 de diciembre de 2021 y corrige frontalmente la doctrina anterior. El TS sostiene ahora que la decisión administrativa firme no sólo impide su impugnación, «sino también que su contenido pueda ser cuestionado de nuevo si se incorpora en una resolución administrativa posterior de carácter sancionador, *máxime cuando el tipo infractor no tiene como presupuesto ineludible que la liquidación que no fue recurrida forme parte de él*». Es evidente que si la sanción no tiene como presupuesto el acto previo que ha devenido firme, éste no se puede revisar con motivo del control de la sanción, pero no porque haya devenido firme sino porque su invalidez en nada afecta a la sanción. Sin embargo, el TS, que podría haber dicho perfectamente esto, aprovecha la ocasión para corregir por completo la doctrina anterior y afirmar ahora que: «La tutela judicial efectiva, entendida como el derecho de acceso a la jurisdicción para poder plantear sus pretensiones, no se vulnera por el hecho de que no se pueda volver a cuestionar aquello que quedó consentido y firme. La seguridad jurídica también abona esta conclusión». Por lo que desestima el recurso de casación.

---

[13] ECLI:ES:TS:2023:5035

[14] SAN de 8 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:5910)

v) Vuelta a la casilla de salida: la firmeza del acto previo no impide el pleno control de la sanción. La STS 408/2024, de 7 de marzo de 2024 (Sección 2ª. Ponente Berferoff Ayuda)[15]

También se trata de una sanción anudada a una liquidación previa que se había recurrido fuera de plazo. La AN anuló tanto la liquidación como la sanción al considerar que, el exceso en las actuaciones inspectoras había dado lugar a la prescripción, la cual debe apreciarse de oficio[16]. La sentencia es recurrida en casación ante el TS, que fija como cuestión de interés casacional determinar si los órganos económico-administrativos y los tribunales del orden contencioso-administrativo pueden apreciar de oficio la prescripción del derecho de la Administración a liquidar cuando la reclamación haya sido interpuesta de forma extemporánea.

El TS considera que la prescripción debe ser apreciada de oficio, pero siempre que se respeten los plazos de interposición de los recursos. Por eso señala que los referidos órganos y tribunales «no pueden anular una liquidación tributaria, apreciando de oficio la prescripción del derecho de la Administración a liquidar, cuando la reclamación haya sido interpuesta de forma extemporánea», por lo que casa la sentencia de la AN.

Tras ello, como Sala de instancia, analiza si frente a la sanción (que se recurrió en plazo) es posible esgrimir como motivo impugnatorio la prescripción de una liquidación firme. A lo que responde que ello es posible cuando «la liquidación opera como presupuesto del tipo infractor», como ocurría en el caso el caso resuelto por la STS 1197/2020, de 23 de septiembre, que reproduce en parte, y a diferencia, precisa, de lo que se apreció en la sentencia 1489/2023, de 20 de noviembre, donde la infracción consistía en el incumplimiento de las obligaciones de facturación. Por ello, concluye que «procede anular las sanciones ante la prescripción de las liquidaciones de las que trae causa».

Como puede verse, la sentencia vuelve a la doctrina anterior y aclara, o rectifica, la confusión a la que condujo la sentencia anterior de 20 de noviembre de 2023, en la que la liquidación no era presupuesto de la sanción y, por tanto, con motivo de la impugnación de esta no cabía cuestionar la ilegalidad de aquella.

3. EL ACTO FIRME NO DEVIENE VÁLIDO O CONFORME A DERECHO

En varias de las sentencias analizadas, incluso en las que sostienen que los actos consentidos no suponen un límite al pleno control judicial de las sanciones, aparece la afirmación de que los actos consentidos son actos válidos o conformes a Derecho.

---

[15] ECLI:ES:TS:2024:1577.

[16] SAN de 10 de junio de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:2567).

La primera sentencia a la que he me he referido, la de 10 de junio de 2020, señala que cuando la reclamación contra la liquidación es extemporánea, «estamos anta una liquidación válida, pero sus efectos se detienen en dicha validez» (FJ 3). Por su parte, la de 20 de diciembre de 2021, sobre el test de replicabilidad de Telefónica, también señala que «El hecho de que una resolución administrativa adquiera firmeza implica que existe un acto válido que no puede ser impugnado y que puede desplegar los efectos que le son propios, pero no obliga a suponer el acierto de su contenido ni determina que deba ser considerado como presupuesto intangible de un acto posterior en el que se ejerce una potestad administrativa distinta» (FJ 3). Mientras que la posterior de 20 de noviembre de 2023 afirma, en parecidos términos, que: «Nos hallamos ante una resolución administrativa que ha adquirido firmeza, lo que significa que existe un acto válido y lo que se suscita es si este puede volver a ser cuestionado cuando se incorpora a un acto posterior, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora» (FJ 3).

También el voto particular de los magistrados Córdoba Castroverde y Arozamena Laso a la sentencia de 20 de diciembre de 2021, afirma lo mismo, aunque lo expresa de otro modo: «si con motivo de la impugnación de una sanción, que toma como presupuesto el contenido de una decisión administrativa firme, se puede volver a revisar la legalidad de esta última se corre el riesgo de que una misma decisión sea al mismo tiempo conforme y contraria al ordenamiento jurídico». Y pone el siguiente ejemplo: «Supongamos que una resolución administrativa declara que una construcción es ilegal por ser contraria al planeamiento urbanístico vigente y que dicha decisión deviene firme, pero con motivo del ejercicio posterior de la potestad sancionadora, en la que se parte de la ilegalidad de lo construido, se pudiese volver a cuestionar si la construcción es no con conforme con el planeamiento y tras realizar una nueva valoración se llega a la conclusión de que es conforme al Plan. Se estaría admitiendo que una misma construcción es contraria y conforme al planeamiento urbanístico al mismo tiempo y en virtud de decisiones diferentes»[17].

[17] Incluso lo extrapola al ámbito penal, de modo que, añade, un Tribunal penal, al enjuiciar si se ha cometido o no el delito de realizar construcciones o edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable (art. 312 CP), no puede volver a reproducir el debate sobre si la construcción era o no legalizable conforme al planeamiento urbanístico que ya se analizó en una decisión administrativa previa. Esto, en lo que ahora no puedo detenerme, es harto discutible. Como ha señalado Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Comares, Granada, 2009, bajo el expresivo título de «El fantasma de la cuestión prejudicial administrativa», en la prejudicialidad subyace un enfoque jurídico y no fáctico , ya que la cuestión de fondo es siempre la interpretación de elementos de la normativa administrativa que se incorporar por remisión al tipo penal, pero «desde el momento en que ciertos conceptos o normas pasan a integrar un tipo penal dejan de ser "privativamente" administrativos y se convierten en elementos de la norma criminal de los que los tribunales de este orden jurisdiccional ya no conocen "incidentalmente" sino originariamente, pudiendo incluso establecer una interpretación deliberadamente autónoma de su contenido» (p. 129), Vid. también su trabajo «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Problemas de legalidad ordinaria y legalidad constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 80, 2005, pp. 107-144. Sobre el tema de las cuestiones prejudiciales devolutivas y su actual inviabilidad es también muy sugerente, como siempre, Manuel REBOLLO PUIG, «El control de la administración por la jurisdicción penal»,

Esto no es así. Los actos que devienen firmes no adquieren por eso validez. Ni siquiera cuando el vicio es de anulabilidad, que es otro de los mitos que suelen utilizarse para diferenciar la nulidad de pleno derecho de la anulabilidad.

El paso del tiempo no hace válido lo inválido, lícito lo ilícito o regular lo irregular, como tampoco cabe pensar que el tiempo prive al acreedor de su condición de tal o convierta el asesinato en una acción lícita; y, sin embargo, el crédito y la acción para perseguir el delito están sujetos a la disciplina del tiempo, es decir, a los plazos de prescripción[18]. El transcurso del tiempo no sana o convalida la irregularidad, sino que impide el ejercicio de la acción impugnatoria[19]. La irregularidad subsistirá, pero, por razones de seguridad jurídica, ya será tarde para discutir si existe o no y la situación creada por el acto ya no podrá removerse, salvo, claro está, que incurra en nulidad de pleno derecho y se acuda a la revisión de oficio y no operen sus límites; o, cabe añadir, salvo que se pueda cuestionar de algún otro modo y de forma incidental la invalidez de acto que devino firme.

Por tanto, si con motivo del control de una sanción, se permite cuestionar la validez de un acto previo que le sirvió de presupuesto o condición, aunque haya devenido firme, no se corre con ello riesgo alguno de que una misma decisión administrativa sea al mismo tiempo conforme y contraria al ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, este riesgo existe nuestro ordenamiento jurídico y se puede materializar en muchos casos, tal y como ha aceptado la jurisprudencia y consagran algunas normas. Es el caso, por ejemplo, de la derivación de responsabilidad del pago de las deudas o sanciones a los responsables solidarios o subsidiarios, donde incluso se ha admitido que, aunque se haya desestimado por sentencia firme el recurso contra la liquidación y sanción del deudor principal, dichos responsables pueden cuestionar su validez, si bien a los solos efectos de determinar la no conformidad a Derecho del acto de derivación de responsabilidad[20].

---

en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, pp. 151-190 (especialmente pp. 166-174), con abundante bibliografía sobre el tema.

[18] Miguel PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Cívitas, Madrid, 1997, quien añade que lo que ocurre es que la prescripción no mira al contrato, sino a la acción de nulidad» (p. 286); *Idem*, «La acción de nulidad sí prescribe», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Aranzadi Cizur Menor, 2007: «lo ilícito no se convierte en lícito por el transcurso del tiempo, pero la situación, salvo decisión del legislador, deja de ser removible a partir de cierto tiempo» (p. 233). Véase también Tomás CANO CAMPOS, «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», en *InDret*, octubre 2017, p. 7. HUERGO LORA (2018: 235) destaca igualmente que la firmeza del acto es indiferente o independiente a su posible invalidez.

[19] Como señaló Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, en tales casos se prefiere la seguridad jurídica a la estricta legalidad, de modo que los actos ilegales seguirán gozando de una eficacia que en principio no les corresponde (p. 35).

[20] STS 44/2023, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2023:183), STS 45/2023, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2023:193), STS 240/2023, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:649) y STS 337/2023, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:1050), todas ellas de la Sección 2ª, que interpretan en términos muy amplios el art. 174.5.1º LGT. Tales sentencias precisan que la estimación del recurso no afectaría a la validez y eficacia de los actos del responsable principal enjuiciados por sentencia firme, sin perjuicio de que se pueda declarar la invalidez del acuerdo de derivación por razón de la concurrencia de los vicios

También en las cuestiones prejudiciales no devolutivas puede darse la circunstancia, que tan rara le parece a voto particular, de que una misma decisión sea conforme y contraria al ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el juez civil ante el que un trabajador demanda a un empresario y le reclama una indemnización por daños y perjuicios, puede considerar válido un contrato de trabajo que para el juez laboral no es conforme a Derecho.

El TC tiene señalado que cabe una diferente valoración de los hechos cuando los principios y reglas aplicables en uno y otro caso exigen o conducen a una valoración jurídica distinta: por ejemplo, a afectos de acreditar la comisión de una infracción, puede que los hechos (una relación laboral) no queden suficientemente probados en virtud de la presunción de inocencia, pero sí a los efectos de exigir el pago de las cuotas de la seguridad social. No es que en este caso unos mismos hechos existan para unos órganos del Estado y dejen de existir para otros (algo que no es posible, como destacó la STC 24/1984), sino que la perspectiva jurídica adoptada y el estándar de prueba aplicable a los mismos hechos difiere en uno y otro caso [21]. Por eso, el propio TC, ha reiterado que «por las peculiaridades propias de cada orden jurisdiccional resulta posible admitir eventuales contradicción en aquellos casos en que el análisis jurídico se aborde desde perspectivas jurídicas diversas» [22].

La doctrina también ha destacado que la utilización de los diferentes estándares de prueba que rigen en el proceso penal (donde el estándar es el de más allá de toda duda razonable) y en el proceso civil (en el que rige el estándar de la probabilidad preponderante) pueden dar lugar a que una conducta no se considere realizada (probada) a efectos criminales, pero sí a efectos de una indemnización por daños [23].

---

jurídicos en aquellos actos firmes, lo que se fundamenta en la inexistencia de cosa juzgada material en el sentido del art. 222 LEC, ya que no hay identidad de sujetos. Sobre el tema, Francisco José NAVARRO SANCHÍS (2023): «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el controvertido carácter sancionador de algunas instituciones tributarias», en Manuel REBOLLO PUIG, Alejandro HUERGO LORA, Javier GUILLÉN CARAMÉS y Tomás CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023,* Civitas, Cizur Menor, pp. 371-418, especialmente 402-410; Manuel REBOLLO PUIG, *Responsables de las infracciones administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, pp. 330-338. Lo mismo ocurre, como ya había señalado antes este mismo autor, cuando la sanción a la persona jurídica deviene firme y se impone una sanción posterior a los administradores, los cuales pueden esgrimir que la entidad no cometió sanción alguna (p. 184, nota 378).

[21] STC 34/2003, FJ 5.

[22] STC 172/2016, FJ 9.

[23] Luis MEDINA ALCOZ e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 147-190. Así, ya antes, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2009: 128).

4. LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ DEL ACTO CONSENTIDO NO IMPIDE, POR SÍ MISMA, EL PLENO CONTROL DE LA SANCIÓN DE LA QUE AQUÉL ES ANTECEDENTE LÓGICO O PRESUPUESTO

Los actos administrativos no devienen válidos o conformes a Derecho cuando no son recurridos dentro de los plazos establecidos. Pero, se siguen presumiendo válidos en virtud de lo dispuesto en el art. 39.1 de la LPAC: «Los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten»[24]. Sin embargo, la presunción de validez de la que gozan los actos firmes por consentidos tampoco impide el control judicial pleno de los actos posteriores de los que aquéllos constituyen presupuesto o condición.

El referido precepto impone el deber de aceptar el acto administrativo y actuar sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que un órgano competente para ello, a través del procedimiento legalmente previsto, declare su invalidez[25]. La presunción de validez es una cualidad o un atributo que una norma predica de los actos, pero, en rigor, la presunción no deriva de ninguna cualidad intrínseca del acto, sino de una norma jurídica (la referida) que utiliza como presupuesto al acto y obliga a actuar respecto a él sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que no sea declarado inválido por algún órgano (administrativo o judicial) competente para ello[26].

---

[24] Sobre la presunción de validez, véase el estudio capital de Manuel REBOLLO PUIG (2005: 587-638). Véase, también, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «El principio de presunción de validez», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2020, pp. 1031-1060; Tomás CANO CAMPOS «La presunción de validez de los actos administrativos», en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 14, 2020, pp. 6-28.

[25] Como señaló DE OTTO Y PARDO (1989: 319), para evitar la inseguridad jurídica y quizá la total anarquía, el ordenamiento jurídico exige que la nulidad de los actos del poder público (se está refiriendo a las normas y a los actos) y la consecuencia que ha de seguirse de su antijuridicidad (la falta de fuerza para obligar en cualquier sentido) no se produzcan de modo automático, sino que requieren la intervención del poder público mediante un nuevo acto que las declare. Por su parte, Alejandro NIETO GARCÍA, «Estudio Preliminar» al libro de Margarita BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, considera que la invalidez (tanto en lo supuestos de nulidad como de anulabilidad) no es automática, sino que debe ser declarada formalmente o bien por la Administración o bien por los Tribunales (p. 13), de modo que acto inválido es aquel sobre el que pesa una declaración de ilegalidad relevante realizada por el órgano constitucionalmente legitimado para ello (p. 22). Es preciso, por ello, una declaración autoritativa de invalidez; autoritativa no por la corrección o solidez del pronunciamiento, sino por el estatus del órgano que lo dicta y, por tanto, con independencia de su contenido. Sobre ello, con carácter general, Herbert Lionel Adolphus HART (1982), «Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad», en *Isonomía*, núm. 6, 1982, pp. 94-99; Frederick SCHAUER, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al ordenamiento jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 78.

[26] Manuel REBOLLO PUIG (2005: 591) señala que la presunción de validez es una cualidad de los actos, pero de inmediato precisa que el deber de actuar como si el acto fuera válido no nace de cada acto sino del ordenamiento jurídico, pues el acto no es más que el supuesto de hecho para que opere

La presunción de validez no va dirigida al juez, como ocurre con otros tipos de presunciones, ni está llamada a operar en el seno de un proceso, como acaece normalmente, sino que se dirige a todos los demás sujetos que operan en el tráfico jurídico, incluidas las propias Administraciones públicas (art. 39.4 y 5 LPAC). Estos sujetos, mientras no se declare su invalidez, tendrán que aceptar y tratar al acto como válido y, por tanto, en función de las circunstancias de cada caso, tendrán que cumplir o respetar su contenido, podrán exigir su complimiento y deberán adoptar sus decisiones como si el acto fuera conforme a Derecho. Si bien, claro está, podrán poner en marcha los mecanismos previstos normativamente para que se declare su invalidez si lo reputan contrario a Derecho. De este modo, la presunción que establece el art. 39.1 LPAC no vincula a los órganos competentes para pronunciar juicios de invalidez revestidos de autoridad, como es el caso de la Jurisdicción o incluso de la propia Administración autora del acto cuando entiende de un recurso contra él o procede a su revisión de oficio. Por eso se habla de la eficacia extraprocesal (y extraprocedimental, habría que añadir) de la presunción de validez[27].

En consecuencia, la presunción de validez no opera en los procedimientos o procesos en los que el objeto principal es declarar la no conformidad a Derecho del acto y, en su caso, anularlo [art. 71.1.a) LJCA]. Como, con mayor razón si cabe, tampoco es un obstáculo en aquellos otros procedimientos o procesos en los que el órgano (administrativo o judicial) puede apreciar la invalidez del acto simplemente con carácter incidental, porque ese juicio forma parte del presupuesto de hecho de la norma que ha de aplicar, pero cuya consecuencia es distinta a la anulación de dicho acto (su simple inaplicación, el reconocimiento de responsabilidad de la Administración, la anulación de otro acto distinto del que el primero es premisa o presupuesto, etc.)[28].

Esto último, anulación de otro acto distinto posterior como la sanción, es lo que ocurre en los supuestos que estoy analizando. En este caso, la presunción de validez del acto firme ni es un obstáculo ni, si se aprecia la invalidez del acto, se destruye con carácter general, sino únicamente a efectos puramente incidentales y simplemente como presupuesto de una decisión distinta: la anulación de la sanción de la que el acto firme es presupuesto o condición[29].

---

esa norma imperativa. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, también destaca que este tipo de presunciones son normas de comportamiento que obligan a reconocer una conclusión en presencia de un hecho o estado de cosas en ausencia de prueba (aquí declaración de invalidez) contraria (pág. 124).

[27] Manuel REBOLLO PUIG (2005: 606, 612, 622). En la jurisprudencia, por ejemplo, STS de 3 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8724) (FJ 2).

[28] Tomás CANO CAMPOS (2020:20). Manuel REBOLLO PUIG (2005: 624) señaló concluyentemente que «cuando se ejerza una pretensión de nulidad de un acto basada precisamente en la nulidad de otro del que es aplicación o directa consecuencia, la presunción de validez de este no desplegará sus efectos. O sea, que la presunción no vinculará al órgano administrativo o judicial que haya de resolver cuando la invalidez del acto que da soporte al impugnado constituye una de las alegaciones en sentido estricto o propio de manera que integra el objeto del procedimiento o proceso».

[29] Manuel REBOLLO PUIG (2005: 595-603) considera que en estos casos ni siquiera se destruye la presunción de validez, sino solo la presunción de legalidad que es diferente a la anterior. En su opi-

Podría señalarse, ciertamente, que se está afirmando apodícticamente que la presunción de validez de los actos firmes no constituye un obstáculo al pleno control de las sanciones, pues se parte de la premisa de que esa presunción no vincula en los procedimientos o procesos en los que se cuestiona incidentalmente la validez del acto firme a efectos de anular la sanción posterior. Pero el argumento es reversible, pues también se puede replicar que, si no se esgrimen argumentos distintos a la propia presunción de validez para que opere en tales casos, dicha presunción no tiene por qué suponer un límite al pleno control de las sanciones, máxime cuando ni se anula el acto firme ni se niegan o cuestionan sus efectos.

Por tanto, la presunción de validez de los actos firmes no constituye por sí misma un obstáculo al pleno control judicial de las sanciones de las que tales actos constituyen premisa o condición[30].

5. LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA NO REPRODUCE O CONFIRMA EL ACTO PREVIO CONSENTIDO QUE CONSTITUYE SU PRESUPUESTO O CONDICIÓN

Tampoco parece que pueda negarse ese pleno control con el argumento de que se está revisando un acto (la sanción) que reproduce o confirma un acto consentido anterior, pues, en rigor, no hay tal reproducción o confirmación. La sanción cuyo control pleno se pretende no se limita a reproducir o confirmar el acto consentido que constituye su premisa o presupuesto (la liquidación, el test de replicabilidad, etc.), sino que tiene un contenido por completo diferente. La sanción goza de autonomía y es independiente del acto consentido previo, pues contiene un *novum* que impediría la concurrencia de las tradicionales tres identidades (subjetiva, objetiva y fundamento) que se exigen para aplicar la causa de inadmisibilidad del art. 28 LJCA[31].

---

nión, la presunción de validez se destruye cuando se hace un pronunciamiento expreso de invalidez del acto y, cuando por su ilegalidad, se niegan todos o parte de sus efectos, mientras que sólo se afecta a la presunción de legalidad cuando se extraen de la ilegalidad del acto otras consecuencias diferentes sin negar los efectos propios del acto.

[30] Como señaló Manuel REBOLLO PUIG: «El control contencioso-administrativo de la potestad sancionadora», en *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2020: «el control judicial es pleno respecto a cada uno de los elementos de legalidad de las sanciones, sin que la presunción de validez de los actos administrativos constituya aquí, como tampoco en ningún otro ámbito, obstáculo de ningún género» (p. 927).

[31] Sobre esta causa de inadmisibilidad, entre otros, José Luis VILLAR PALASÍ, «La doctrina el acto confirmatorio», en *Revista de Administración Pública*, núm. 8, 1952, pp. 11-66; María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 208 y ss.; José Luis VILLAR PALASÍ y José Luís VILLAR EZCURRA, «Comentario al artículo 28», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 110 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, 1998, pp. 276-293; Alejandro HUERGO LORA: «La irrecurribilidad de los actos confirmatorios y reproductorios y prescripción de derecho», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, 1999, pp. 551-573; María José ALONSO MAS, «La modulación de la doctrina del acto consentido en la jurisprudencia del Tribunal

La cuestión apenas aparece en las sentencias del TS comentadas más arriba. Tan solo se ocupa de ella la STS núm. 1540/2021, de 20 de diciembre, y, sobre todo, el voto particular que la acompaña. La sentencia, en efecto, cita al art. 28 de la LJCA entre los preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación (Antecedente de Hecho 3), pero luego lo descarta con el argumento de que en ningún momento se adujo la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativa ni dicho precepto fue examinado o mencionado siquiera por la sentencia recurrida de la AN. Nadie cuestionó, añade, que Telefónica pudiese impugnar la resolución sancionadora para combatirla en sus diferentes aspectos, salvo aquellos a los que aludía la parte demandada. La SAN rechazó el planteamiento de la CNMC por entender que, en el marco de la revisión de una sanción, y a fin de determinar si concurre o no el elemento objetivo de la infracción, el Tribunal puede examinar el carácter irreplicable de la oferta y los criterios tenidos en cuenta a la hora de aplicar el test de replicabilidad, y esta es, precisamente, concluye la sentencia, la cuestión controvertida en casación (FJ 4).

El voto particular, sin embargo, invoca expresamente el art. 28 de la LJCA para reforzar su argumento de que, en el caso analizado, debe imponerse la seguridad jurídica. Esta, afirma, justifica la existencia de plazos para recurrir, por lo que la interposición de un recurso fuera de plazo no vulnera la tutela judicial efectiva. Como tampoco se vulnera cuando se impide la impugnación de los actos posteriores que reproducen o confirman otros anteriores que han devenido firmes como establece el referido precepto, el cual, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, tiene el sentido de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza, por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o que no son independientes, respecto de los primeros. Todo ello, añade, unido a la circunstancia de que los actos administrativos no pueden ser impugnados indefinidamente y su contenido solo se puede revisar de forma excepcional, determina que una decisión administrativa que ha quedado firme y consentida «no pueda ser analizada de nuevo por el hecho de que su contenido se incorpore total o parcialmente como presupuesto a una resolución administrativa posterior».

El que la sanción no sea reproducción o confirmación del acto consentido previo, porque goza de autonomía e independencia respecto de ese acto que constituye su antecedente lógico sirve, desde luego, para negar la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del art. 28 LJCA. Pero conviene no quedarse en la superficie, pues no es esto lo que aquí está en cuestión. De lo que se trata, como señala el voto particular, es

---

Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, 1999, pp. 451-458; Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011, pp. 76-81; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 319-322. Juan ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Blanca LOZANO CUTANDA, Juan Pedro QUINTANA CARRETERO, Ramón CASTILLO BADAL: *1700 Preguntas sobre Contencioso-Administrativo*, Lefebvre, Madrid 2017 pp. 291-299; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo II. Actos administrativos y sanciones administrativas*, BOE, Madrid, 2017, pp. 36-42.

de determinar si es posible cuestionar la conformidad a Derecho del acto consentido que se incorpora como premisa o presupuesto de la sanción. Lo cual, si se responde de forma negativa, servirá, lógicamente, no para inadmitir el recurso presentado en plazo contra la sanción, sino para desestimarlo si la invalidez se fundamenta en este único motivo. El recurso contra la sanción debe admitirse si se presenta dentro de plazo, pero el problema que se plantea es si en el proceso se reabre también el debate sobre la validez de lo decidido en el acto firme que constituye antecedente lógico de la sanción, pues, aunque la sanción no es una decisión sobre el mismo asunto, al decidir sobre el asunto nuevo no puede desconocerse que se pone de algún modo en cuestión lo que ya se decidió.

La respuesta, por ello, exige ahondar en el fundamento material del art. 28 LJCA y ver en qué medida dicho fundamento se ve afectado en este caso, así como el peso que se le ha de dar frente al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción y de esgrimir los motivos y argumentos que procedan [32]. La regla que establece dicho precepto se apoya, como reconoce expresamente la propia Exposición de Motivos de la LJCA, «en elementales razones de seguridad jurídica, que no sólo deben tenerse en cuenta a favor del perjudicado por un acto administrativo, sino también en favor del interés general y de quienes puedan resultar individual o colectivamente beneficiados o amparados por él» [33].

Ahora bien, la seguridad jurídica que justifica el art. 28 LJCA o que se puede invocar en este caso como límite no se ve afectada del mismo modo cuando lo que se pretende es cuestionar la conformidad a Derecho de un acto que ha ganado firmeza, mediante la impugnación de otro posterior que lo reproduce o confirma sin más, que cuando, como ocurre en este caso, se cuestiona a los solos efectos incidentales de lograr la anulación de otro acto distinto y posterior. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no es lo mismo abrir de nuevo el debate de la validez del acto consentido para anularlo aprovechando o provocando otro posterior que lo confirma o reproduce, que reabrir ese debate incidentalmente para anular otro acto que toma al consentido como presupuesto, pero que es autónomo e independiente y del que surge una relación jurídica distinta con la Administración. Lo que enlaza con la función del acto administrativo de proporcionar certeza y seguridad a las relaciones jurídico-administrativas, que paso a analizar.

---

[32] Sobre la necesidad de analizar la justificación institucional de la regla del art. 28 y el peso que se le ha de dar frente a los bienes y derechos afectados por ella, HUERGO LORA (1999: 562), quien añade que dicha justificación reside en la seguridad jurídica, mientras que la fatalidad de los plazos procesales es un instrumento a su servicio y el consentimiento tácito sirve para explicar cómo se puede entender consentido o aceptado una acto respecto del que el particular no se ha pronunciado favorablemente (nota 21).

[33] A lo que añade que: «el relativo sacrificio del acceso a la tutela judicial que se mantiene por dicha causa resulta hoy menos gravoso que antaño» si se tiene en cuenta la ampliación de los plazos del recurso administrativo y la ampliación de las facultades de revisión de oficio (que se redujeron con la Ley 4/1999 y se han mantenido en la LPAC). Sobre el art. 28 LJCA como expresión del principio de seguridad jurídica y la necesidad de interpretarlo restrictivamente para hacerlo compatible con la tutela judicial efectiva, véase la STC 132/2005 [FJ 4 b)].

6. LA FUNCIÓN DE ESTABILIZACIÓN DEL ACTO NO SE VE CUESTIONADA POR EL PLENO CONTROL DE LA SANCIÓN POSTERIOR

Una de las funciones que cumple el acto administrativo al aplicar el Derecho al caso concreto es, en efecto, la de crear unas relaciones jurídicas claras y estables entre los particulares y la Administración. El acto administrativo crea seguridad jurídica pues define de forma imperativa y con vocación de permanencia las relaciones jurídico-administrativas y por ello se afirma que cumple una función de clarificación y estabilización de tales relaciones[34]. Como también se ha señalado, el acto administrativo reduce la inseguridad, proporciona a los ciudadanos una expectativa clara de lo que va a llevarse cabo bajo la responsabilidad de la Administración y hace posible la certidumbre jurídica y la claridad en el reparto de responsabilidades[35]. Esta función se afianza una vez que el acto deviene firme por haberse consentido.

Pero, como se infiere de lo señalado en el apartado anterior, la función de clarificación y estabilización del acto (consentido) no se ve negada o cuestionada por el hecho de que se considere contrario a Derecho a los puros efectos incidentales de (eventualmente) anular la sanción posterior.

La relación jurídica creada por el acto consentido (la liquidación, el test de replicabilidad, o cualquier otro acto que constituya antecedente lógico de la sanción) no se ve por ello alterada, pues las correlativas y concretas situaciones jurídicas del particular y la Administración en que la relación jurídica consiste, esa vinculación interindividual disciplinada por el Derecho Administrativo que es la relación jurídica, se mantiene[36]. Desde la perspectiva de la eficacia, los efectos del acto firme por consentido, que seguramente ya se habrán materializado por su cumplimiento o ejecución, no quedan privados de tutela o protección por la circunstancia de que se analice la conformidad a Derecho de tal acto a propósito del control de la sanción posterior.

Es a lo que apuntan algunas de las sentencias referidas más arriba. Así, como señala la STS 1197/2020, de 23 de septiembre, ya comentada, «la liquidación, al no

---

[34] HUERGO LORA (1999: 563, 572); Javier GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 39; Harmut MAURER, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 241, 299; Xavier ARZOZ SANTISTEBAN (2024): «Actos Administrativos», en Francisco VELASCO CABALLERO y María Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 429.

[35] Eberhard SCHIMIDT-ASSMANN, *La teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, pp. 319-320; *Idem*, *La dogmática del Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2021, pp. 141, 142, 145, 146, 149.

[36] Sobre las relaciones jurídico-administrativas, Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, «La relación jurídica en el sistema de Derecho Administrativo», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, vol. 2, 2020, págs. 73-124. También «Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas», en Francisco VELASCO CABALLERO y María Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 195-203.

haber sido impugnada, despliega sus propios efectos, entre otros la posibilidad de ejecución forzosa» (FJ 4, apartado 3), la firmeza administrativa de la liquidación tiene un alcance propio que no puede extrapolarse a la sanción (apartado 9). La sentencia de 20 de diciembre de 2021 reitera que el hecho de que una resolución administrativa adquiera firmeza implica que no puede ser impugnada y que puede desplegar los efectos que le son propios, pero no obliga a suponer el acierto de su contenido ni que deba ser considerada presupuesto intangible de otra resolución posterior (FJ 6).

7. LA FIRMEZA DEL ACTO CONSENTIDO TAMPOCO IMPIDE EL PLENO CONTROL DE LA SANCIÓN

La firmeza del acto por consentido tampoco se opone a que se cuestione su conformidad a Derecho a propósito del control de la sanción posterior. Lo que la firmeza impide es la impugnación del acto a través de los recursos administrativos o judiciales ordinarios, pero no cierra el paso a las vías extraordinarias o excepcionales de revisión que permiten la anulación del acto (recurso extraordinario de revisión, revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, declaración de lesividad de los anulables declarativos de derechos, revocación de los actos anulables de gravamen, etc.)[37]. Esta firmeza del acto, si acaso, guarda alguna semejanza con la denominada cosa juzgada formal que se predica de las resoluciones judiciales[38]. Pero la firmeza administrativa presenta una menor vinculación, pues el efecto negativo de la cosa juzgada formal supone que la resolución judicial firme es invariable e inimpugnable, de modo que el tribunal no puede ya revocarla y sustituirla por otra distinta (art. 207 LEC), salvo la revisión (arts. 509 a 516) y el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ)[39].

---

[37] SANTAMARÍA PASTOR (2010: 317). Como señala FERNÁNDEZ FARRERES (2024: 774) «la condición de acto firme impide la impugnación de una decisión de la Administración por los cauces ordinarios, administrativos y judiciales, cuando han pasado los plazos para hacerlo. Firmeza equivale a irrecurribilidad y, en cierto modo, se equipara a la sentencia firme, sin concurrir, claro está la fuerza de cosa juzgada […] De este modo, la firmeza se justifica en la protección de la seguridad jurídica» (p. 774). MAURER (2011), por su parte, habla de «firmeza formal» y señala que «equivale a la imposibilidad de impugnación; supone, por tanto, que el acto administrativo no puede o no pueda ya ser impugnado con los recursos ordinarios» (p. 300).

[38] Para MAURER (2011: 300) la firmeza formal «equivale a la fuerza de cosa juzgada formal en el ámbito del Derecho procesal».

[39] Para algunos autores, como DE OTTO Y PARDO (1989: 20), precisamente la única nota que diferencia la jurisdicción de cualquier otra función de aplicación del Derecho es la irrevocabilidad de la decisión con que la jurisdicción se ejerce, irrevocabilidad que consiste «en la imperatividad inmutable, esto es, en el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión (cosa juzgada formal) y el la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre le mimos objeto resuelto de manera firme (cosa juzgada material). Tal cualidad no concurre en ninguna resolución administrativa, pues incluso los actos administrativo no recurribles —que no existen en nuestro ordenamiento actual por obra del art. 24.1 de la CE— son anulables de oficio por la propia Administración»). Véase también José Luís REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 90. Para otros autores, como Luís María DÍEZ-PICAZO JIMENEZ, «La

Lo relevante y problemático, en cualquier caso, es si hay una suerte de firmeza material del acto administrativo equiparable a la denominada cosa juzgada material que se predica de algunas (no de todas) las resoluciones judiciales (art. 222 LEC) y que se concreta en la fuerza de vincular a otros órganos jurisdiccionales que tiene el contenido de tales resoluciones en otros procesos distintos y posteriores[40]. Debe tenerse en cuenta que la cosa juzgada material conlleva una vinculación especialmente intensa sobre otros tribunales en el marco de otros procesos, lo que supone una limitación de la independencia de tales tribunales a la hora de resolver los casos que se les someten. Por eso su ámbito no es absoluto, pues ni siquiera todas las resoluciones judiciales firmes producen esa vinculación, sino únicamente las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto en un proceso plenario y, además, con sujeción a ciertos límites subjetivos, objetivos y temporales[41].

Trasladar este efecto prejudicial a las decisiones firmes de la Administración no parece admisible. La seguridad jurídica no lo impone y ninguna norma establece, ni de ninguna norma cabe inferir, una fuerza vinculante tal de los actos administrativos. La posición de la Administración ante el Derecho y su función es por completo diferente a la del Juez y al ejercicio de la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente atribuida en exclusiva, por lo que la vinculación e irrevocabilidad de las decisiones administrativas no es equiparable a la de las resoluciones judiciales[42].

---

potestad jurisdiccional: características constitucionales», en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, pp. 67-77, la irrevocabilidad es una característica constitucionalmente necesaria de la potestad jurisdiccional, pero no es monopolio de la jurisdicción (p. 77). En su opinión, la llamada "fuerza de cosa juzgada" no es monopolio de la jurisdicción, pues, formalmente, un acto administrativo no recurrido en tiempo y forma deviene firme; materialmente, la Administración pública no es siempre libre de venir sobre sus propias decisiones, especialmente cuando se trata de actos declarativos de derechos (p. 70).

[40] En su vertiente negativa o excluyente, como es sabido, la cosa juzgada material implica que un mismo objeto procesal no puede ser enjuiciado dos veces (*non bis in idem*), de modo que la primera sentencia firme obliga al Tribunal que conozca del segundo proceso a ponerle fin de inmediato; mientras que en su función positiva o prejudicial, el tribunal del segundo proceso en el que la sentencia firme aparece como antecedente lógico de lo que sea su objeto está vinculado por ella y no puede resolverlo en sentido contrario o diferente (art. 222.4 LEC). Sobre el tema, Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1991; Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 535 y ss.; María Teresa DE PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 21 y ss.; Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., UCM Madrid, 2024, p. 380.

[41] DE LA OLIVA SANTOS y DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ (2004: 538, 543-546); GASCÓN INCHAUSTI (2024: 383).

[42] DE OTTO Y PARDO (1989: 20-21). GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Curso de Derecho Administrativo II, Civitas, Cizur Menor, 2024, señalan por ello que únicamente la heterotutela jurisdiccional, por el hecho de ser impartida por órganos independientes (vinculados sólo a la Ley sin otra función que la jurisdiccional, sin ninguna dependencia jerárquica y además inmune a los órganos propiamente políticos), puede beneficiarse de una presunción general de objetividad que convierte a sus decisiones en definitivas e inmutables, en «fuerza de cosa juzgada» (p. 596)..

Esto es lo que afirman tajantemente las SSTS de 23 de septiembre de 2020 y de 20 de diciembre de 2021 (aunque parecen no admitirlo el voto particular a esta última y la sentencia de 22 de noviembre de 2023). La primera de ellas señala, como vimos, que «la mal llamada cosa juzgada administrativa —expresión errónea en tanto referida a la tarea de juzgar, que no es propia del ejecutivo, sino exclusiva del poder judicial— sólo discurre en el terreno formal», por lo que no puede aceptarse una idea de firmeza material «más propia de las resoluciones judiciales que de los actos de la administración, en tanto incorpora una especie de presunción *ultra vires*, no sólo de validez del acto de liquidación, porque no fue impugnado, sino de acierto de su contenido», que se tomaría como «presupuesto intangible en actos posteriores, que quedarían así mutilados [… en sus posibilidades de revisión» (FJ 4, apartados 3 y 4). Mientras que la segunda destaca explícitamente que «la firmeza del acto administrativo en modo alguno confiere a este una virtualidad equiparable al efecto positivo de la cosa juzgada (artículo 222.4 de la LEC), que es exclusivo de las resoluciones judiciales firmes», por lo que esa firmeza «no obliga a suponer el acierto de su contenido ni determina que deba ser considerado como presupuesto intangible de un acto posterior en el que se ejerce una potestad administrativa distinta» (FJ 6).

No hay, en definitiva, una función positiva o efecto prejudicial del acto administrativo firme que vincule a la Jurisdicción en un proceso ulterior en el que el acto aparezca como antecedente lógico o condición, en nuestro caso que vincule al Juzgado o Tribunal que enjuicia la sanción, por lo que el control que de esta puede ser pleno.

8. EL PLENO CONTROL DE LA SANCIÓN TANTO EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD COMO DE ANULABILIDAD DEL ACTO CONSENTIDO

Cabe plantearse, por último, si la posibilidad de cuestionar y controlar la conformidad a Derecho del acto consentido a propósito del control judicial de la sanción es posible tanto en los supuestos de nulidad de pleno derecho como de anulabilidad de aquél. Las sentencias analizadas y el voto particular referido no hacen ninguna distinción.

Como se ha señalado, aunque los límites entre una y otra categoría no se fijan en nuestro Derecho en atención al criterio de la evidencia ni reservando la nulidad de pleno derecho a los vicios más graves y groseros, lo que subyace en el diverso régimen jurídico de la nulidad y la anulabilidad es un juicio de relevancia y gravedad (equivocado o no) por parte del legislador[43]. Para el ordenamiento jurídico no todos los requisitos de validez de un acto tienen la misma importancia o idéntico valor y, por tanto, su incumplimiento u omisión no se somete al mismo régimen jurídico. El ordenamiento trata a ciertos vicios con condescendencia porque considera que no son excesivamente graves y por ello debe primar la seguridad jurídica sobre la legalidad,

[43] Véase CANO CAMPOS (2017: 12-13).

mientras que otros los trata con mayor severidad y rigor debido a que los intereses subyacentes en las normas vulneradas son considerados dignos de una mayor tutela o protección, primando por ello la legalidad sobre la seguridad [44]. Por eso, en el primer caso, que correspondería a los actos anulables, el legislador se muestra más proclive a la consolidación de los actos y de las relaciones jurídicas por ellos creadas (pues esa es, como se ha visto, una de las funciones de los actos administrativos), mientras que en el caso de los actos nulos de pleno derecho tiende a obstaculizar su consolidación y la situación jurídica que hayan creado.

Esto se lleva a cabo a través de unos regímenes típicos que se articulan en torno, esencialmente, a las siguientes instituciones: la convalidación por subsanación de los actos anulables (art. 52 LPAC), la revisión de oficio y la acción de nulidad en el caso de los actos nulos de pleno derecho que se pueden ejercer en cualquier momento (art. 106 LPAC), o el régimen de suspensión más proclive también en el caso de los actos anulables (art. 117. 2 LPAC) [45].

Esta prevalencia de la legalidad frente a la seguridad en el caso de los actos nulos de pleno derecho es la que explica que la causa de inadmisión del art. 28 LJCA no se considere aplicable cuando se impugna un acto que reproduce o confirma un acto firme nulo de pleno derecho, en la medida, se afirma, en que en tales casos cabe en cualquier momento la revisión de oficio y el ejercicio de la acción de nulidad (art. 106) [46]. Y, si esto es así para los actos que reproducen o confirman los actos

---

[44] Esto no quiere decir que no haya supuestos de anulabilidad que no sean graves o de nulidad de pleno derecho que realmente no lo sean tanto ni, desde luego, que no sea posible otro sistema diverso y más flexible.

[45] Otras supuestas diferencias como la ineficacia *ab initio* e *ipso iure* de la nulidad de pleno derecho, el carácter *ex tunc* de la nulidad y *ex nunc* de la anulabilidad o la naturaleza declarativa de los pronunciamientos de aquellas y constitutiva de los de esta, no solo carecen de apoyo normativo, sino que los desmiente el propio ordenamiento jurídico. Sobre ello, Tomás CANO CAMPOS, «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», en *Documentación Administrativa*, Nueva Época, núm. 5, 2028, pp. 9-12.

[46] Como señalan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, (2024), la excepción de acto consentido del art. 28 de la LJCA no es oponible en relación a los actos nulos de pleno derecho, tesis que tiene a su favor el art. 106 de la LPAC que permite la declaración de nulidad en cualquier momento a solicitud del interesado, pues, aunque el precepto se refiere a la revisión de oficio por parte de la propia Administración, «ninguna razón podrá darse para que el juez contencioso-administrativo no pueda hacer lo mismo por sí sólo ante una excepción de acto consentido, sin necesidad de declarar la nulidad de actuaciones, para que la Administración se pronuncie previamente sobre la revisión de oficio del acto nulo; la regla general del artículo 33 LJ, que faculta a los órganos jurisdiccionales a decidir "dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso *y la oposición*", así lo permite, sin que tuviera el menor sentido tener que volver en este caso, en el que no está en juego cualquier interés gestor de la Administración, sino una actuación de ésta meramente declarativa, el viejo mito del carácter estrictamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa» (págs. 658, 685-686). En el mismo sentido, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Cívitas, Madrid, 1991, p. 206; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (1999: 282); A. HUERGO LORA (1999: 554-555); FERNÁNDEZ FARRERES (2024: 621); GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH (2001:80), aunque reconocen que la tesis no es pacífica; MUÑOZ MACHADO (2027: 38). Sin embargo, SANTAMA-

consentidos nulos de pleno derecho, donde lo que se pretende en la anulación del acto, con mayor razón o fundamento ha de serlo cuando lo único que se pretende es apreciar incidentalmente la invalidez del acto consentido a efectos de anular otro acto distinto y posterior, la sanción, que no supone su reproducción o confirmación. En cualquier caso, sin necesidad de utilizar el argumento *a fortiori* del art. 28 LJCA, la circunstancia de que la nulidad pueda ser alegada en cualquier momento, me parece suficiente para llegar a la conclusión de que, si el acto consentido incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho, el particular lo puede esgrimir con ocasión de la impugnación de la sanción y el Juzgado o Tribunal así lo puede, en su caso, apreciar para anular la sanción posterior.

En el caso de los actos consentidos anulables, creo que se puede sostener la misma solución. En este caso la seguridad jurídica pesa más que la legalidad y, por eso, la estabilidad e inatacabilidad de los actos firmes anulables es mayor ya que, a diferencia de los nulos, no pueden ser revisados en cualquier momento. Pero conviene no olvidar que los actos anulables desfavorables, como serían los que constituyen premisa o presupuesto la sanción (y que, como señalo más abajo, se integran en la parte objetiva del tipo infractor), se pueden revocar en cualquier momento por la Administración en virtud del art. 109 LPAC; revocar no sólo por razones de oportunidad, sino también de ilegalidad, originaria o sobrevenida[47].

Pero la razón fundamental para sostener la misma solución que para los actos nulos no es esta, sino, como ya he señalado en varias ocasiones, la ausencia de una firmeza administrativa equiparable a la cosa juzgada material de las sentencias firmes y en la escasa afección a la seguridad jurídica que se produce cuando se cuestiona la contrariedad a Derecho del acto consentido a los puros efectos incidentales de anular un acto distinto y posterior. Así, aun en el supuesto de que la sanción se anule con apoyo en que el acto consentido que constituye su antecedente lógico o presupuesto es contrario a Derecho, el acto consentido anulable se mantiene y sus efectos se protegen, de modo que sigue cumpliendo su función de clarificación y estabilización de la relación jurídica que ha creado entre el particular y la Administración[48].

RÍA PASTOR, LOZANO CUTANDA, QUINTANA CARRETERO, CASTILLO BADAL (2017: 296) señalan que la jurisprudencia mantiene actualmente la tesis contraria.

[47] Manuel REBOLLO PUIG y Eloísa CARBONELL PORRAS, «Revisión de oficio», en Manuel REBOLLO PUIG y Diego José VERA JURADO (dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2023, págs. 184-185.

[48] La anulabilidad del acto consentido, como ya se ha referido, solo se enjuicia a efectos prejudiciales, esto es, como antecedente de la decisión que corresponda respecto de la sanción y a los solos efectos de anular ésta, por lo que lo resuelto al respecto carece de eficacia respecto del acto consentido previo, que permanece incólume. En tales casos, se trata de un pronunciamiento de invalidez desde el punto de vista de los antecedentes, no desde el consecuente o los efectos propios de la invalidez de ese acto. En este sentido conviene precisar que, a propósito de la invalidez, podemos referirnos tanto a sus condiciones o antecedentes (los vicios de invalidez) como a sus consecuencias (a cuáles son los efectos de que un acto administrativo inválido). Así, en ocasiones decimos que un acto es inválido, para significar que de ello se derivan determinados efectos o consecuencias jurídicas (por ejemplo, que el acto debe ser ineficaz), mientras que otras veces la invalidez apunta a las condiciones o antecedentes de

También puede resultar relevante, para reforzar la conclusión, la ubicación del acto consentido en la estructura de la norma jurídica sancionadora. El acto consentido forma parte del supuesto de hecho de la norma, constituye un elemento objetivo de la infracción[49]. Analizar la conformidad a Derecho o no del acto consentido resulta relevante desde la perspectiva de la tipicidad y antijuridicidad del comportamiento infractor, pues puede que dicho comportamiento únicamente sea sancionable si el acto consentido es conforme a Derecho, es decir, si, como venimos diciendo, su validez constituye un antecedente lógico o presupuesto de la sanción, lo que dependerá de cada norma sancionadora. Por eso, si al enjuiciar la sanción no se puede reabrir incidentalmente el debate sobre la legalidad del acto consentido se está dejando al margen del control judicial un elemento cuya concurrencia o no puede dar lugar a la nulidad de la sanción. De este modo, la anulabilidad del acto previo, dada su ubicación en la norma sancionadora a aplicar, se transforma en motivo de nulidad desde el punto de vista de la sanción. Lo que creo que refuerza el argumento de que el control debe ser pleno y tanto en los supuestos de nulidad del acto previo como de anulabilidad..

9. ALGUNAS CONCLUSIONES

La posibilidad de cuestionar un acto firme por consentido a propósito de la impugnación de una sanción de la que constituye presupuesto o condición no conduce a que el acto firme se considere, a la vez, conforme y contrario al ordenamiento jurídico, pues cuando un acto deviene firme no se convierte por ello en válido o conforme a Derecho.

La presunción de validez de que goza el acto consentido tampoco impide el pleno control de la sanción posterior, pues dicha presunción tiene carácter extraprocesal y, por tanto, no vincula a los Juzgados y Tribunales encargados de enjuiciar la adecuación a Derecho de la sanción de la que aquél acto es presupuesto o condición.

La sanción no es reproducción o confirmación del acto consentido previo, por lo que la causa de inadmisibilidad del art. 28 LJCA no constituye un límite al pleno control de la sanción. Además, el alcance de control del acto previo consentido es muy limitado desde el punto de vista de la seguridad jurídica que garantiza el precepto, pues no se trata de anularlo con motivo del recurso contra la sanción, sino de que

---

lo que calificamos como tal, y entonces decimos, por ejemplo, que un acto es inválido porque ha sido dictado cumpliendo los requisitos de producción y contenido previstos en el art. 34 de la LPAC. Sobre ello, SANTAMARÍA PASTOR (1975: 49, 61-69); Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ y Juan RUIZ MANERO (2003), «Seis acotaciones para una teoría de la validez jurídica», *Doxa*, núm. 26, 2003, pág. 720; CANO CAMPOS (2017: 4).

[49] La STS 1540/2021, de 20 de diciembre, señala que se trata de determinar si se pueden revisar de nuevo o no los «criterios tenidos en cuenta al aplicar el test de replicabilidad a los efectos de establecer la concurrencia del elemento objetivo de la infracción» (FJ 4 *in fine*) y concluye que «cabe combatir la concurrencia del elemento objetivo de la infracción a base de cuestionar los criterios y estándares aplicados por la CNMC al realizar aquel test de replicablidad» (FJ 6, *in fine*).

el Juez aprecie incidentalmente su invalidez a los efectos de anular otro acto distinto e independiente como es la sanción posterior.

Por ello, la función del acto de clarificación y estabilización de las relaciones jurídicas no se ve cuestionada por el hecho de que el acto consentido se considere contrario a Derecho a los puros efectos incidentales de anular la sanción posterior. La relación jurídica creada por el acto consentido se mantiene y no sufre ninguna alteración.

La firmeza del acto tampoco se opone a que se cuestione su legalidad a propósito del ulterior control de la sanción. Las decisiones firmes de la Administración no pueden vincular a los Jueces y Tribunales como si de una sentencia firme se tratara. Reconocer a los actos administrativos una fuerza vinculante tan amplia como la que se deriva de la cosa juzgada material no tiene sustento normativo alguno.

La atribución de una fuerza vinculante tal supondría, además, una carga desproporcionada para el particular, pues no solo le obliga a analizar el perjuicio que le supone el contenido del acto si no lo recurre en plazo, sino también a realizar un juicio prospectivo de las consecuencias negativas que pueden derivarse de otros actos posteriores de los que el consentido constituya presupuesto o condición[50]. El particular tendría así que ponderar no sólo las consecuencias presentes e inmediatas de un acto, sino también las eventuales o futuras. Lo que le aboca, en cierto modo, a interponer recursos preventivos.

Puede que la tesis sostenida deje cierto halo de insatisfacción, pero me parece menos convincente y satisfactoria la solución opuesta que antepone la seguridad jurídica (que aquí se ve escasamente afectada) al principio de legalidad y al derecho a una plena tutela judicial.

10. BIBLIOGRAFÍA CITADA

María del Rosario ALONSO IBAÑEZ, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1996..

María José ALONSO MAS, «La modulación de la doctrina del acto consentido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, 1999, pp. 451-458.

Xavier ARZOZ SANTISTEBAN, «Actos Administrativos», en Francisco VELASCO CABALLERO y María Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 427-450.

Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ y Juan RUIZ MANERO (2003), «Seis acotaciones para una teoría de la validez jurídica», *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 719-735.

Tomás CANO CAMPOS, «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», en *InDret*, octubre 2017.

Tomás CANO CAMPOS, «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», en *Documentación Administrativa*, Nueva Época, núm. 5, 2018, pp. 9-12.

[50] La STC 132/2005 señala que la imposición de impugnar el acto consentido preventivamente supone una carga desproporcionada para el ciudadano [FJ 4 b)].

Tomás CANO CAMPOS, «La presunción de validez de los actos administrativos», en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 14, 2020, pp. 6-28.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1991.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *DERECHO PROCESAL CIVIL. EL PROCESO DE DECLARACIÓN*, 3ª ED., EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, MADRID, 2004

María Teresa DE PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Luís María DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, «La potestad jurisdiccional: características constitucionales», en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, pp. 67-77.

Gabriel, DOMÉNECH PASCUAL, «El principio de presunción de validez», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1031-1060.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Impugnación indirecta de un reglamento con ocasión del recurso directo interpuesto contra otro reglamento», en *Almacén de Derecho*, 28 de octubre de 2024, disponible en: https://almacendederecho.org/impugnacion-indirecta-de-un-reglamento-con-ocasion-del-recurso-directo-interpuesto-contra-otro-reglamento

Germán FERNÁNDEZ FARRERES (2024), *Sistema de Derecho Administrativo I*, 7ª ed., Aranzadi Cizur Menor, 2004.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2011.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 18ª ed., Cívitas, Cizur Menor, 2024.

Javier GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002.

José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Cívitas, Madrid, 1991.

Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., UCM, Madrid, 2023-2024.

Herbert Lionel Adolphus HART, «Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad», en *Isonomía*, núm. 6, 1982, pp. 94-99.

Alejandro HUERGO LORA, «La irrecurribilidad de los actos confirmatorios y reproductorios y prescripción de derechos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, 1999, pp. 551-573.

Alejandro HUERGO, «Heráclito y el Derecho Administrativo: la retroacción de actuaciones y los actos firmes dictados con posterioridad al anulado», en A. Huergo Lora (coord.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 215-236.

Harmut MAURER, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

Luís MEDINA ALCOZ e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2019), «Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 147-190.

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo II. Actos administrativos y sanciones administrativas*, BOE, Madrid, 2017.

Francisco José NAVARRO SANCHÍS (2023): «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el controvertido carácter sancionador de algunas instituciones tributarias», en Manuel REBOLLO PUIG, Alejandro HUERGO LORA, Javier GUILLÉN CARAMÉS y Tomás CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*, Civitas, Cizur Menor, pp. 371-418.

Alejandro NIETO GARCÍA (1994), «Estudio Preliminar» al libro de M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 9-31.

Ignacio de OTTO Y PARDO I, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.

Miguel PASQUAU LIAÑO (1997) *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, Cívitas.

Miguel PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 225-246.

Manuel REBOLLO PUIG, «La presunción de validez», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 128, 2005, pp. 587-638.

Manuel REBOLLO PUIG, «El control contencioso-administrativo de la potestad sancionadora», en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO y Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, Antonio Mª BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 911-995.

Manuel REBOLLO PUIG: «El control de la administración por la jurisdicción penal», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, pp. 151-190.

Manuel REBOLLO PUIG, *Responsables de las infracciones administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023.

Manuel REBOLLO PUIG y Eloísa CARBONELL PORRAS (2023), «Revisión de oficio», en Manuel REBOLLO PUIG y Diego José VERA JURADO (dirs.), *Derecho Administrativo*, Tomo II, 5ª ed., Madrid, Tecnos, pp.

José Luís REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Comares, Granada, 2009.

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Problemas de legalidad ordinaria y legalidad constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 80, 2005, pp. 107-144.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Blanca LOZANO CUTANDA, Juan Pedro QUINTANA CARRETERO, Ramón CASTILLO BADAL, *1700 Preguntas sobre Contencioso-Administrativo*, Lefebvre, Madrid, 2017.

Frederick SCHAUER, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al ordenamiento jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Eberhard SCHIMIDT-ASSMANN, La teoría General del Derecho Administrativo como sistema, Marcial Pons-INAP, Madrid- Barcelona, 2003.

Eberhard SCHIMIDT-ASSMANN, *La dogmática del Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2021.

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2020), «La relación jurídica en el sistema de Derecho Administrativo», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, vol. 2, pp. 73-124.

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, «Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas», en Franciso VELASCO CABALLERO y María Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 195-203.

José Luis VILLAR PALASÍ, «La doctrina el acto confirmatorio», en *Revista de Administración Pública*, núm. 8, 1952, pp. 11-66.

José Luís VILLAR PALASÍ y José Luís VILLAR EZCURRA (1998): «Comentario al artículo 28», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 110 de la Revista Española de Derecho Administrativo*, pp. 276-293.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 185-231
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2673
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Juan de la Cruz Ferrer
ISSN: 2695-7191
Recibido: 20/09/2024 | Aceptado: 06/02/2025

UN ANÁLISIS INSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL DINERO: DERECHOS SUBJETIVOS, POTESTAD MONETARIA Y REGULACIÓN

AN INSTITUTIONAL ANALYSIS ON MONEY LAW: INDIVIDUAL RIGHTS, MONETARY POWER, AND REGULATION

Juan de la Cruz Ferrer
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
j.cruz@der.ucm.es
ORCID ID: 0000-0002-2428-5966

RESUMEN: Ante la escasez de estudios jurídicos sobre el dinero, este trabajo plantea que las políticas fiscal y monetaria deben ser potestades sometidas al Derecho, analizando el origen del dinero, su concepto, y su naturaleza como propiedad e institución social. Aborda los patrones monetarios, el mercado de dinero y los efectos de la creación de dinero por los bancos centrales, y en qué medida las recientes revoluciones industriales y la monetización de la deuda pública pueden exacerbar el aumento de la desigualdad social.

PALABRAS CLAVE: Derecho del dinero; naturaleza jurídica del dinero; patrones monetarios; potestad fiscal y potestad monetaria; monetización de la deuda pública; fallos del gobierno.

ABSTRACT: Given the scarcity of legal studies on money, this paper argues that fiscal and monetary policies should be powers subject to law. It presents the origin of money, its concept, and its nature as a property right and a social institution. It analyses monetary standards, the money market, the effects of money creation by central banks, and the extent to which recent industrial revolutions and the monetisation of public debt may exacerbate the rise of social inequality.

KEYWORDS: Money law; legal aspects of money; legal nature of money; monetary standards; fiscal and monetary power; public debt monetisation; government failures.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.— 2. ORIGEN: 2.1. La revolución agrícola; 2.2. La revolución institucional: el intercambio indirecto mediante el dinero.— 3. CONCEPTO Y FUNCIONES: 3.1. El dinero es un instrumento; 3.2. El dinero surge de una desvinculación de derechos; 3.3. Funciones del dinero.— 4. LA CAUSA DEL DINERO: EL TRABAJO Y LA CREACIÓN DE RIQUEZA.— 5. NATURALEZA: 5.1. El dinero como propiedad; 5.2. El dinero como institución social y potestad.— 6 PRECISIONES Y DISTINCIONES CONCEPTUALES: DINERO, PATRIMONIO, CAPITAL, TRABAJO Y CREACIÓN DE RIQUEZA.— 7. LOS GRANDES MODELOS DE REGULACIÓN DEL DINERO O PATRONES MONETARIOS Y UN APUNTE SOBRE LAS CAUSAS DE LAS CRISIS FINANCIERAS: 7.1. El patrón oro y las causas del crack de 1929; 7.2. El patrón fiduciario o "dinero fiat"; 7.3. Las criptomonedas y el patrón bitcoin. 8.— EL MERCADO DE DINERO Y SU PRECIO: 8.1. El precio del dinero; 8.2. Demanda y oferta de dinero; 8.3. Consecuencias de la expansión monetaria artificial: 8.3.1. La inflación; 8.3.2. El beneficio de unos sectores y el perjuicio de otros; 8.3.3. La distorsión de las inversiones empresariales y la exacerbación de las crisis económicas en los ciclos económicos.— 9. DESAFÍOS PARA LAS POLÍTICAS Y POTESTADES FISCAL Y MONETARIA.

1. PLANTEAMIENTO

El dinero es un término esencial del Derecho, un bien objeto de la propiedad como derecho fundamental, y una institución[1]. El Código Civil lo menciona cerca

[1] Utilizamos el término institución con el significado amplio (sistemas para lograr la colaboración social, como la familia, la propiedad, los contratos o el dinero) que le da el neoinstitucionalismo económico. Según Douglass North: "Las instituciones son las restricciones humanamente diseñadas que estructuran la interacción política, económica y social. Consisten tanto en restricciones informales (sanciones, tabúes, costumbres, tradiciones y códigos de conducta) como en reglas formales (constituciones, leyes, derechos patrimoniales). A lo largo de la historia, las instituciones han sido ideadas por el ser humano para crear orden y reducir la incertidumbre en el intercambio. Junto con las restricciones estándar de la economía, definen el conjunto de opciones, determinan los costes de transacción y producción y, por lo tanto, la rentabilidad y la viabilidad de la actividad económica. Las instituciones evolucionan gradualmente, conectando el pasado con el presente y el futuro. La historia, en consecuencia, es en gran medida una historia de evolución institucional en la que el rendimiento histórico de las economías solo puede entenderse como parte de una historia secuencial. Las instituciones proporcionan la estructura de incentivos de una economía. A medida que esa estructura evoluciona, da forma a la dirección del cambio económico hacia el crecimiento, el estancamiento o el declive". D. North, (1993), "Economic Performance through Time". Conferencia en la recepción del Premio Nobel de Economía, https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1993/north/lecture/ consultado el 13 de agosto de 2024; (1991) "Institutions", Journal of Economic Perspectives, 5 (1); (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance.* Cambridge University Press.

El Premio Nobel de Economía de 2024 se ha otorgado a Daron Acemoglu, Simon Johnson y James A. Robinson, por sus estudios sobre cómo se forman las instituciones y afectan a la prosperidad, lo que facilita comprender las diferencias entre las naciones. Las sociedades con un Estado de derecho deficiente e instituciones extractivas, que explotan a la población, no generan crecimiento ni cambios para mejor. Algunos países quedan atrapados en una situación de instituciones extractivas y bajo crecimiento económico. La introducción de instituciones inclusivas crearía beneficios a largo plazo para todos, pero las instituciones extractivas proporcionan beneficios a corto plazo para las personas en el poder. "Reducir las enormes diferencias de ingresos entre países es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo y los galardonados han demostrado la importancia de las instituciones sociales para lograrlo".

de cuarenta veces, refiriendo sus funciones esenciales. Sin embargo, su significado y contenido jurídico no parecen merecer mayor interés para los juristas. Difícilmente encontraremos una lección sobre el dinero en algún Curso de Derecho Civil o de Derecho Mercantil y tampoco es tarea fácil encontrar alguna monografía sobre Derecho del dinero o Derecho monetario[2].

La misma aridez encontramos en el Derecho Constitucional y Administrativo. Aunque las políticas fiscal y monetaria deben ser para los iuspublicistas potestades sometidas al Derecho, cuyo ejercicio debe servir a los derechos de las personas, y son trascendentales para la vida económica y social, como por desgracia demuestra la inflación en cuanto impuesto regresivo que impacta de manera salvaje en las rentas más bajas, estas potestades suelen ser poco estudiadas.

Jorge García-Andrade ha llamado la atención sobre esta cuestión en un estudio que abre una sugerente e inaplazable agenda de investigación[3]. Su planteamiento no puede resultar más sugerente y constituye una llamada de atención y de alarma: "el Derecho público se desarrolló bajo un paradigma en el que la intervención del Estado sobre la economía era aún reducida y fundamentalmente se proyectaba de manera individualizada sobre los ciudadanos y empresas, lo que determinó que sus técnicas respondieran a este enfoque. Cuando comenzó a desarrollarse la macroeconomía, a partir de los años treinta del siglo pasado, desde el Derecho público no se supo ver la profundidad de la transformación que aquella supuso para el Estado. Por lo que el Derecho público continuó su desarrollo conforme a un enfoque que ya se había visto parcialmente superado, sin adaptarse a la nueva realidad. Sólo recientemente se ha cobrado conciencia de la extraordinaria importancia que tiene la política macroeconómica en el Derecho, por lo que se ha iniciado una regulación tendente a reducir la discrecionalidad de las autoridades económicas. Sin embargo, el resultado se antoja insuficiente para las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho contemporáneo y plantea el reto de una renovación en importantes parcelas del Derecho público".

En 1962, Eduardo García de Enterría denunciaba los poderes discrecionales de la Administración, los actos políticos o de gobierno y los poderes normativos de la Administración, como ámbitos en los que ésta disfrutaba de inmunidad frente al control judicial, y planteaba como obligada tarea de los juristas y de su lucha por el Derecho el diseño de técnicas para la supresión de esa inmunidad: "el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto

---

[2] Resulta significativo que Ediciones Olejnik haya considerado de interés reimprimir en 2023 la traducción al español del libro de A. Nussbaum (1925), *Teoría jurídica del dinero.* Santiago de Chile; o las sucesivas ediciones de W. Brough (1896), *The Natural Law of Money*, Nueva York: G.P Putnam's Sons, por distintas editoriales (Jazzybee Verlag 2022, Educa Books 2015, Cosimo Classics 2005…). Interesante excepción es la reciente monografía de P. Boettke, A. Salter y D. Smith (2021), *Money and the Rule of Law.* Cambridge University Press. Evidentemente, no nos referimos al Derecho bancario ni al Derecho bursátil.

[3] J. García-Andrade (2020), "La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el derecho público". *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Vol. 2 | 2020, 125-160.

de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales"[4]. En la actualidad, es evidente que una tarea inaplazable de los administrativistas es facilitar técnicas concretas para que las políticas macroeconómicas (tributaria, gasto público, monetaria…) y las potestades mediante las que se ejercen dejen de esconderse bajo una jerga arcana e incomprensible, estén mejor reguladas, y puedan ser sometidas al control judicial de su sometimiento al Derecho y al servicio de los intereses generales.

El abandono de los problemas monetarios y financieros por los juristas es tan importante que, en línea con lo que planteaba García de Enterría, supone un grave perjuicio para el concierto de las ciencias sociales. En este concierto, un instrumento esencial como el Derecho ni está, ni se le espera; su ausencia pasa desapercibida y ni siquiera se detecta como algo anormal. Cuando Richard Posner publicó su explicación y diagnóstico sobre las causas de la Gran Recensión de 2008, en su opinión, los principales responsables de semejante catástrofe fueron los políticos y los economistas[5]. Los juristas —abogados internos y externos de las entidades financieras, letrados de la Federal Reserve, de la Securities and Exchange Commission y de otros organismos supervisores, profesores de universidad, etc.— ni siquiera son dignos de aparecer en el drama argumental de Posner, aunque evidentemente contrajeron su responsabilidad en el diseño y supervisión de los títulos valores y de los contratos que estructuraron, entre otras operaciones, el empaquetado de hipotecas basura como Colateralized Debt Obligations (CDOs) cubiertas por Credit Default Swaps (CDS), que fueron una de las principales causas de la crisis.

Una de las consecuencias más dramáticas de esta ausencia de los juristas es que algunos ni siquiera consideran necesaria la presencia del Derecho en los grandes debates sociales. Según Piketty[6]: "En realidad, la economía jamás tendría que haber intentado separarse de las demás disciplinas de las ciencias sociales, y no puede desarrollarse más que en conjunto con ellas. Se sabe muy poco de las ciencias sociales como para dividirse absurdamente. Para progresar en temas como la dinámica histórica del reparto de las riquezas y la estructura de las clases sociales, es evidente que se debe proceder con pragmatismo y emplear métodos y enfoques utilizados tanto por *los historiadores, los sociólogos y los politólogos, como por los economistas…".*

De esta forma, el Derecho solamente se considera por muchos como el envoltorio o la forma accidental y circunstancial de las soluciones sociales, sin que tenga nada que aportar a su contenido. El título del excelente libro de Ogus me parece

---

[4] "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)". *Revista de Administración Pública* Nº 38, 1962, pp. 159-208.

[5] R. Posner (2011), *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Harvard University Press. Posner es Juez, Profesor de Derecho y uno de los primeros especialistas en el análisis económico del Derecho: R. Posner (1972), *Economic Analysis of Law*, 1ª ed. Boston:Little Brown & Co. Por el contrario, sí que se atribuye responsabilidad a los juristas y a la regulación en uno de los primeros documentales y libros sobre la crisis: C. Ferguson (2012), *Inside Job*. Bilbao: Deusto.

[6] T. Piketti (2014), *El capital en el siglo XXI*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, p. 48.

significativo de este fenómeno: *Regulation. Legal Form and Economic Theory*[7]. Cabe preguntarse entonces quién se preocupa por la justicia, y analiza la correcta definición y equilibrio entre derechos, obligaciones y responsabilidades, la suficiencia de garantías y controles, los procedimientos necesarios para recabar elementos de juicio, la dotación de organizaciones, etc.; es decir, el entramado que dota de verdadero contenido a la regulación.

Por el contrario, el Derecho no solo da forma sino auténtico contenido. En una de sus magistrales explicaciones-apreciaciones, Ronald Coase expone uno de los principios esenciales de su análisis de las instituciones: "lo que se intercambia en el mercado no son, como suelen suponer los economistas, entidades físicas, sino los derechos para realizar ciertas acciones; y los derechos de los individuos son establecidos por el sistema jurídico… Por eso, el sistema jurídico tiene una gran influencia en el funcionamiento del sistema económico y, en algún sentido, puede decirse que lo controla"[8].

Al asumir este desafío de intentar analizar el dinero no solo como una cosa, sino como un bien sobre el que recaen un conjunto de derechos y obligaciones, uno de los mayores problemas que encuentra el jurista son las propias explicaciones de la ciencia económica, en las que nos encontramos con posiciones divergentes y que ni siquiera hablan el mismo idioma, obligando a los juristas a intentar aclarar conceptos moviéndose entre arenas movedizas. Entrar en semejantes parajes causa no pocas prevenciones y perplejidades.

Pero, en realidad, la situación es todavía peor: no es solo que los juristas hayan desatendido las debidas explicaciones del dinero y que las explicaciones de los economistas resulten confusas, sino que el dinero sigue siendo un misterio y un tabú. Según Hernán Díaz, "el discurso en torno al dinero es intencionadamente obtuso y oscuro, está diseñado para no ser comprendido"[9].

Por eso, el presente estudio solo pretende ofrecer algunas explicaciones básicas y ubicarlas en los procesos jurídicos, económicos y sociales[10], presentando también

---

[7] A. Ogus (1994), *Regulation. Legal Form and Economic Theory*. Oxford University Press.

[8] R. Coase (1994), *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, p. 213.

K. Pistor (2020), *El Código del Capital. Cómo la ley crea riqueza y desigualdad*, Madrid: Capitán Swing, también adopta el planteamiento de que el Derecho determina la actividad económica, pero sin tener en cuenta la razón de ser de las instituciones.

[9] Hernán Díaz, autor de la novela *Fortuna*, Premio Pulitzer 2023: "El dinero es un inmenso tabú, algo de lo que no hablamos. Esa disonancia entre la omnipresencia del dinero y el silencio que lo rodea a mí me llama mucho la atención y creo que es algo fascinante. El dinero está en todos lados, y sin embargo los mecanismos de su funcionamiento siguen siendo un misterio para la inmensa mayoría de las personas. Muy poca gente entiende cómo se mueven los engranajes del dinero, pese a que nos afecta de un modo directo y nos puede cambiar la vida, porque podemos perder nuestra casa, nuestra hipoteca… Esos engranajes tienen un efecto muy real, y, sin embargo, no los entendemos. El discurso en torno al dinero es intencionadamente obtuso y oscuro, está diseñado para no ser comprendido". Entrevista en El Confidencial, 20/4/2024, *https://www.elconfidencial.com/cultura/2024-04-20/el-escritor-que-ha-deslumbrado-con-fortuna_3870195/*

[10] Coincidimos con el planteamiento metodológico de M. M. Darnaculleta (2023): "existe un enorme consenso sobre la necesidad de superación de las delimitaciones disciplinares que han marcado

opiniones y perspectivas personales; pero con el objetivo esencial de contribuir a que el dinero y la política monetaria dejen de ser percibidos como misterios inaccesibles a su estudio jurídico y se desarrollen las investigaciones y debates sobre estos temas.

2. ORIGEN

2.1. La revolución agrícola

El dinero surgió como consecuencia de la revolución agrícola del Neolítico, iniciada entre el 6000 a. C. y el 4000 a. C. según las diferentes zonas. En este período, algunos grupos humanos abandonan la vida nómada y su dedicación a la caza y a la recolección, para dedicarse a trabajar en la agricultura, dando origen a las sociedades agrarias. En el "Creciente Fértil" comprendido entre los ríos Éufrates y Tigris y el Valle del Nilo comenzó a cultivarse cebada y trigo. En torno a los ríos Indo, Yangtsé y Amarillo se extendieron los campos de arroz y mijo. En Mesoamérica arraigó el maíz. A los cereales siguieron el olivo, la vid, las legumbres y las frutas. Se fabricaron recipientes de barro, que permitieron almacenar harina, agua o aceite y también hervir agua para cocinar los alimentos, eliminando las bacterias sin saberlo. También se fabricaron otras herramientas para la elaboración de alimentos como los molinos de mano, que permitían moler el grano y producir harinas para elaborar formas primitivas de pan.

La otra gran revolución productiva fue el desarrollo de la ganadería, al conseguir domesticar algunas especies animales e ir obteniendo de ellas leche, huevos y carne para complementar la alimentación, y lana y cuero para confeccionar abrigo y calzado. Según las zonas, se domesticaron la cabra, la oveja, el cerdo, la vaca, la gallina y el pavo; que también potenciaron la producción agrícola puesto que los animales de tiro podían utilizarse para el arado de los campos y el transporte de cosechas y herramientas. El estiércol que generaban comenzó a usarse para el abono de la tierra multiplicando su productividad. El incremento en la disponibilidad de alimento generó un gran crecimiento de la población.

---

la evolución científica hasta la segunda mitad del siglo pasado. El avance de las ciencias sociales debe fundamentarse en la interacción conceptual y metodológica entre la economía, la historia, la sociología, la ciencia política y, por descontado, también del Derecho, ahondando en el diálogo entre estas disciplinas y entre los científicos provenientes de todas las partes del mundo. La apertura metodológica del Derecho administrativo se basa en el diálogo con diversas disciplinas afines, empezando por una apertura hacia el conjunto de disciplinas parciales que conforman el Derecho y transitando por otras ciencias". "Lección 2 Derecho Administrativo", ep. 52. En Velasco Caballero y Darnaculleta Gardella (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

2.2. La revolución institucional: el intercambio indirecto mediante el dinero

La división del trabajo, la especialización, y el aumento de la productividad plantearon el problema de cómo intercambiar los bienes y servicios producidos. El sistema más fácil e inicialmente seguido era el trueque, facilitado cuando se efectúa entre grupos y trocando una variedad de bienes que permite efectuar compensaciones de bienes de mayor y menor valor en el grupo aportado por cada parte y llegar a una cierta equivalencia recíproca. Pero cuando el trueque pretende realizarse entre individuos, plantea grandes problemas. En primer lugar, una doble coincidencia de necesidades y disponibilidades entre las personas que intercambian: solamente puede producirse el intercambio cuando las dos partes coinciden en necesitar lo que ofrecen. El segundo problema es que la coincidencia de necesidades tiene que darse al mismo tiempo. El tercero es que muchos bienes no son divisibles y por ello no pueden intercambiarse por bienes de menor valor. El cuarto problema es que cada bien tiene tantos precios como bienes por los que se puede intercambiar, por lo que la cantidad de precios que hay que tener en mente crece de forma exponencial cuando aumenta el número de bienes a trocar, haciendo inviable alcanzar una mínima complejidad comercial.

Para solucionar estos problemas, el dinero fue surgiendo en un proceso evolutivo, de forma espontánea y de manera coetánea en diferentes partes del mundo, según se descubrieron las ventajas del "intercambio indirecto" de bienes[11]. Si tomamos el caso de un alfarero, este se dará cuenta de que las personas que tienen bienes que a él le interesan posiblemente no necesiten sus vasijas, pero sí estarían dispuestas a aceptar granos de trigo o cebada, que es algo que todo el mundo necesita. No todos los bienes son demandados por igual, pero la demanda de grano está mucho más extendida y es más constante; es un bien más fácil de intercambiar, más vendible o "líquido" que las vasijas. De esta manera, el alfarero descubrirá que puede obtener los bienes que necesita mediante el intercambio indirecto: le es más fácil vender sus vasijas a cambio de excedentes de grano y luego intercambiar ese grano por pan, huevos, abrigo o leña. El intercambio indirecto permite al alfarero especializarse en producir vasijas, aumentar su producción, y obtener a cambio una cantidad de bienes muy superior a la que podría producir por sí mismo. Su éxito hará que otros le imiten y que la división del trabajo y la especialización se extiendan, a medida que el grano se va volviendo cada vez más vendible y, por ello,

[11] I. Arellano Salafranca (2021), *El dinero. Crónica de una impostura permanente. De dónde salió, qué es, a donde lo quieren llevar.* Santiago de Compostela: Andavira Ediciones; G. Davies (2002), *A History of Money. From Ancient Times to the Present Day*. Cardiff: University of Wales Press; Goetzmann, W.N. (2017), *Money Changes Everything. How Finance Made Civilization Possible.* Princeton University Press; J. Goldstein (2020), *Money. The True Story of a Made-up Thing*. Nueva York: Hachette Books; N. Ferguson (2020), *El triunfo del dinero. Una historia financiera del mundo*, 5ª ed. Barcelona: Debate; V. Lannoye (2023), *The History of Money for Understanding Economics*, North Haven: Le Cri édition; I. Moncada (2023), *La Odisea del Dinero.* Santa Cruz de Tenerife: Gaveta Ediciones; J. Rueff (1948), *L'Ordre Social*. París: Librairie de Médicis.

cada vez más utilizado en los intercambios, empezando a utilizarse como medio de intercambio indirecto [12].

Posiblemente, el primer dinero conocido de la historia apareció en Mesopotamia hacia el 3000 a. C., en la misma época, lugar y circunstancias en las que apareció la escritura. El dinero sumerio eran cantidades fijas de granos de cebada, utilizadas como una medida universal para evaluar e intercambiar todos los demás bienes y servicios. La medida más común era la sila, equivalente aproximadamente a un litro. Cuencos normalizados de cerámica con un litro de capacidad para una sila se produjeron en masa para que, siempre que la gente tuviera necesidad de comprar o vender algo, fuera fácil medir las cantidades de cebada necesarias. También los salarios por el trabajo se establecían y se pagaban en silas de cebada. Un obrero ganaba 60 silas al mes, una obrera 30 silas, y un capataz podía ganar entre 1200 y 5000 silas,

Una vez descubiertas las ventajas del intercambio indirecto frente al trueque, los individuos comenzaron a experimentar con distintos bienes como medio de intercambio, por lo que este proceso evolutivo fue seleccionando ciertos bienes como medios de intercambio de uso generalizado, en función de su idoneidad para cumplir esta función —divisibilidad, duración, facilidad de transporte…—: así se utilizaron durante milenios los cereales, los cauris o conchas blancas de porcelana, el ámbar, las perlas, el ganado, la sal, o las hojas de tabaco, etc. El transcurso del tiempo y la valoración de las ventajas e inconvenientes, hicieron que la "ley del desplazamiento natural" [13] acabara imponiendo las ventajas de los metales: el cobre, la plata, y el oro, en función de la mayor o menor envergadura económica de las transacciones.

Según Harari [14], el gran avance en la historia del dinero se produjo cuando la gente llegó a confiar para cumplir la función del dinero en bienes que carecían de valor intrínseco, pero que eran más fáciles de almacenar y transportar. Este dinero, que apareció también en la antigua Mesopotamia a mediados del tercer milenio a. C., era el siclo de plata, que no era una moneda sino 8,33 gramos de plata: cuando el Código de Hammurabi declaraba que un hombre superior que matara a una mujer esclava tenía que pagar a su dueño 20 siclos de plata, esto significaba que debía pagar 166 gramos de plata, no 20 monedas. La mayor parte de los términos dinerarios en el Antiguo Testamento se dan en términos de plata y no de monedas. Los hermanos de José lo vendieron a los ismaelitas por 20 siclos (166 gramos de plata), el mismo precio que una esclava, pues era un joven. A diferencia de la sila de cebada, el siclo de plata no tenía un valor intrínseco, la plata no se puede comer, beber ni hacer vestidos

---

[12] La teoría o explicación evolutiva del dinero se debe especialmente a C. Menger en sus *Principios de Economía Política* (1871-2000), Madrid: Unión Editorial, y en *El dinero (1892-2013),* Madrid: Unión Editorial. Casi simultánea, más expeditiva y divertida es la explicación de W. S. Jevons (1875), *Money and the Mechanism of Exchange*, Nueva York: D. Appleton and Co.

[13] A lo largo de la historia, la "ley del desplazamiento natural" ha llevado a imponer como moneda los instrumentos más idóneos para facilitar el cumplimiento de las funciones del dinero: Brough (1896, p. 141).

[14] Y. N. Harari (2015), *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Barcelona: Debate, p. 205.

con ella y es demasiado blanda para producir herramientas. Cuando son usados para algo, la plata y el oro son transformados en joyas y otros símbolos de ostentación: como bienes de lujo que los miembros de una determinada cultura identifican con un nivel social elevado su valor es puramente cultural.

Los pesos fijados de metales preciosos dieron origen a las monedas. Una de las primeras monedas de la historia fue acuñada hacia el año 640 a. C. por el rey Aliates de Lidia, en Anatolia (actual Turquía)[15]. Estas monedas tenían un peso normalizado de oro o plata, y se acuñaban con una marca de identificación. La marca acreditaba dos cosas: cuánto metal precioso contenía la moneda y la autoridad que la emitía y garantizaba su contenido. Las monedas tenían dos ventajas importantes sobre los lingotes de metal sin marcas: no tenían que pesarse en cada transacción y ostentaban una cierta garantía de su valor.

Con excepción de la familia que apareció antes, la revolución agraria del neolítico fue desarrollando de manera espontánea las instituciones sociales, económicas, políticas y jurídicas fundamentales que permitieron o facilitaron sus procesos esenciales: la propiedad, pues, de lo contrario, nadie hubiera acometido el trabajo de cultivar las tierras; el contrato que permitió los acuerdos e intercambios; el dinero que permitió obtener los bienes y servicios necesarios mediante intercambios indirectos; la responsabilidad por daños e incumplimientos; y el gobierno[16] que, mediante la organización de hombres armados, fue imprescindible para proteger y defender las anteriores instituciones.

El impacto de la utilización del dinero fue enorme porque permitió la expansión del comercio. Las permutas permitían una economía de trueque, pero las compraventas, mediante el dinero y la formación de precios, facilitaron la actividad puramente mercantil —comprar para revender— y el desarrollo del sistema empresarial, jurídico, y social de una economía comercial[17]. Resulta sugerente el planteamiento de Harari (2015: 194), de que el primer milenio a. C. contempló la aparición de tres órdenes universales en potencia, cuyos partidarios podían imaginar por primera vez a todo el mundo y a toda la raza humana como una única unidad gobernada por un único conjunto de leyes. El primer orden universal que apareció fue económico: el orden monetario. El segundo orden universal fue político: el orden imperial. El tercer orden universal fue religioso: el orden de las religiones universales, como el budismo, el cristianismo y el islamismo. Comerciantes, conquistadores y profetas fueron los primeros que consiguieron trascender la división evolutiva binaria de "nosotros frente a ellos" y prever la unidad potencial de la humanidad. Para los comerciantes,

---

[15] Según Heródoto I, 94, "Los lidios, por otra parte, tienen costumbres muy similares a las de los griegos, con la excepción de que prostituyen a sus hijas. Fueron los primeros hombres que sepamos, que acuñaron y utilizaron monedas de oro y plata y, asimismo, los primeros en comerciar al por menor".

[16] Preferimos emplear el término gobierno frente al término Estado, que a veces se emplea para explicar este proceso, porque el primero tiene el significado genérico de organización política, mientras que el segundo es una forma concreta e histórica que surge con la Edad Moderna.

[17] De interés al respecto, M. E. Aubet (2017), *Tiro y las colonias fenicias de occidente,* 3ª ed. Barcelona: Edicions Bellaterra.

todo el mundo era un mercado único y todos los humanos eran clientes potenciales. Intentaron establecer un orden económico que se aplicara a todo en todas partes.

3. CONCEPTO Y FUNCIONES

Algunas instituciones jurídicas se definen por su naturaleza o imagen social, como el contrato ("El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio": art. 1254 CC); mientras que otras instituciones se definen por sus funciones o por los intereses que satisfacen, como es el caso de la propiedad ("La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes": art. 348 CC) [18].

En el caso del dinero existe un amplio consenso sobre sus funciones, por lo que parece lógico utilizarlas también para la definición jurídica que proponemos: *el dinero es un instrumento representativo de una unidad ideal de valor, generalmente aceptado como medio de intercambio, reserva de valor, y unidad de cuenta.* Esta formulación con-

[18] La STC 11/1981, de 18 de abril, ECLI:ES:TC:1981:11, sobre el contenido esencial de los derechos y el derecho de huelga, presenta las vías para tratar de definir el contenido de un derecho y explica: "(8.) Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de 'contenido esencial', que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por 'contenido esencial' de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse".

tiene cuatro elementos: primero, el dinero es un *instrumento representativo de valor*; segundo, requiere una *aceptación social* para ser generalmente aceptado y constituir una unidad de cuenta; tercero, satisface un *interés individual* como medio de intercambio y reserva de valor; y cuarto, cumple *tres funciones esenciales*[19].

Ahora vamos a analizar su carácter instrumental y sus funciones; y, más adelante, al abordar su naturaleza jurídica, analizaremos su función individual como objeto del derecho de propiedad y la aceptación social del dinero como institución.

3. 1. El dinero es un instrumento

El carácter instrumental del dinero nos permite aclarar el mito de su perversidad. El dinero es una institución social que, a semejanza del lenguaje, cumple funciones fundamentales en la estructura y funcionamiento de la sociedad, actuando como un sistema de comunicación y coordinación entre individuos. Pero no constituye más que un instrumento, cuyo servicio al bien o al mal dependerá de la cualidad moral y legal de las personas que lo utilicen[20].

Además, en la cultura cristiana, y en cuanto resultado del trabajo, el dinero puede tener una valoración positiva, pues en el Libro del Génesis se dice que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza (1,26) para trabajar (2,15). Según explicó Max Weber, tras siglos de olvido y de pensar que la plena realización humana exigía apartarse del mundo, la ética protestante desarrollada por el calvinismo proporcionaría uno de los elementos constitutivos del espíritu capitalista, al proponer una concepción ascética del trabajo como algo muy grato a Dios, y la ganancia de dinero y la acumulación de capital como único medio para llegar a tener certeza de la salvación[21]. Siglos más tarde, desde finales del XIX, la doctrina católica comenzaría a proponer el trabajo como un valor y una virtud esenciales y un instrumento imprescindible para la plena realización de la persona humana[22].

---

[19] Según Díez Picazo, "de las funciones que desempeña parece desprenderse que el dinero, tanto si se le considera como pura entidad ideal que cumple una función de medida de valor, como si se le considera como cosas o signos que son utilizados como medio de cambio y de pago, no representa un bien en sí mismo, sino en cuanto es objeto de un reconocimiento social y de una significación jurídica. Por ello puede decirse que, aquí como en el ordenamiento jurídico, existen de un lado "un consensus social", y por otro lado, una regulación normativa. El dinero adquiere su sentido porque existe una normativa que lo establece como medio general de cambio y como unidad de valor, pero también porque una determinada comunidad o grupo humano le otorga su confianza y admite en general su vigencia", L. Díez-Picazo (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias.* Madrid: Ed. Civitas, p. 255.

[20] Evidentemente no vamos a ignorar la importancia de los valores imperantes en cada entorno histórico y cultural. Es, por ejemplo, ilustrativo sobre la importancia del dinero en la cultura norteamericana L. Morrow (2020), *Gold and Mammon. Chronicles of American Money.* Nueva York: Encounter Books.

[21] M. Weber (1904), *La ética protestante y el "espíritu" del capitalismo*. Madrid: Alianza Editorial (2001).

[22] Santa Sede (2004), *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. *https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html* consultado el 28 de agosto de 2024.

El dinero, como instrumento esencial de la "economía de mercado abierta y de libre competencia" (artículo 119. 1 y 2 TFUE), solamente permite obtener por los bienes y por el trabajo, no lo que estima quien los transmite, sino lo que valen para la persona que los adquiere. El dinero solo permite establecer los acuerdos que resulten mutuamente beneficiosos según el juicio libre y no coaccionado de las partes (autonomía de la voluntad). Ningún otro sistema económico ha conseguido hasta ahora respetar de igual manera la libertad, ni crear sistemáticamente riqueza cuando se han respetado estos principios.

El carácter instrumental subyace en la esencia del concepto de dinero de Nussbaum (1925, 26). Llama la atención el énfasis con el que persigue identificar la "esencia jurídica del dinero", la "differentia specifica del dinero", o el "alma del dinero" [23]. Para presentar la "differentia specifica del dinero", Nussbaum identifica, como criterio negativo, que, en oposición a la inmensa mayoría de las cosas fungibles, el dinero no se determina por su carácter físico, no se concreta en el comercio por unidades corpóreas o por masas materiales, el dinero no se da ni se toma como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de oro, o ahora una anotación en cuenta o un código digital encriptado. Y, como criterio positivo de naturaleza exclusiva, que el dinero se da y se recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad monetaria ideal (euro, dólar, yen, etc.) o, más exactamente, como un equivalente, múltiplo o submúltiplo de esa unidad. Es de naturaleza ideal o abstracta en sí mismo, pero se materializa con arreglo al criterio del comercio en cada momento (monedas, billetes, códigos específicos), según una relación numérica determinada por la clase de moneda de que se trata. Por tanto, define como dinero "aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo (x veces) de una unidad ideal de intercambio".

La unidad monetaria ideal es la piedra angular de la teoría jurídica del dinero [24]. Como tal no puede ser jamás objeto del comercio jurídico. Ahora bien, las leyes

---

[23] Nussbaum no incluye las funciones del dinero dentro de su concepto, lo cual le plantea problemas, pues indica que las leyes no emplean siempre la expresión "dinero" con igual sentido: cuando una ley o un negocio jurídico habla de dinero hay que empezar por interpretar el sentido de la expresión (se está refiriendo a las diferentes funciones que tiene en cuenta cada artículo del CC que se refiere al dinero), poniéndola en relación con el fin particular que el precepto legal o la determinación jurídica de la voluntad se hayan propuesto. Desde este punto de vista, según Nussbaum, no se puede decir que exista un concepto jurídico unitario del dinero; pero reconoce que sería un error teórico y práctico detenerse en este resultado porque se trata de modalidades de un "concepto unitario que se presume conocido por su contenido esencial".

[24] "El dinero es, ante todo, una unidad de medida. Suele ser definido como aquello que es reconocido como medida común de valor. Por ello se ha dicho que el dinero es una "unidad de cuenta". Cumple así el dinero una función semejante a las demás unidades de medida. Como el metro sirve para medir longitudes y el gramo para medir el peso, el dinero se utiliza para establecer el valor económico que en una comunidad o grupo humano es asignado a los bienes. En cuanto unidad de medida, el dinero es una pura entidad intelectual, que no tiene porqué concretarse en realidades materiales o en cosas. Se ha señalado, por ejemplo, la costumbre inglesa de determinar los valores en guineas, cuando la

de todos los países y de todas las épocas entienden por dinero en primer lugar las cosas empleadas como tal; solamente partiendo de este punto cabe desarrollar una teoría del Derecho monetario. Es la práctica del comercio jurídico lo que, a juicio de Nussbaum, insufla en una cosa el "alma del dinero", quien decide que la cosa en cuestión sea dada y recibida meramente como x veces la unidad ideal. Refiriendo a la práctica del comercio el proceso psicológico constitutivo del concepto de dinero, el elemento de la confianza adquiere una importancia determinante para la teoría jurídica.

La esencia del dinero, a diferencia de otros bienes, reside en su carácter instrumental; constituye un valor abstracto, no real, carente de una utilidad directa e inmediata, porque su destino es adquirir en el futuro bienes y servicios que sí reportarán esa utilidad directa. La única utilidad que presta el dinero es la sensación de seguridad de disponer de la riqueza con la que poder adquirir los bienes que se necesitarán en un futuro próximo o lejano.

3. 2. El dinero surge de una desvinculación de derechos

Para desentrañar el proceso en virtud del cual la utilidad de los bienes o servicios, al incorporarse al dinero tras su enajenación, pasa de ser real a ser instrumental y abstracta, puede resultar de utilidad recurrir a la técnica de la "desvinculación o separación de derechos"[25] . Al plantearse un intercambio, y frente a las dificultades que plantea la permuta —en la que ambas partes transmiten y reciben bienes o servicios con una utilidad directa e inmediata—, una de las partes prefiere transmitir un bien o un derecho con un valor real, pero renunciando a percibir a cambio otro bien, y acepta recibir como contraprestación un bien instrumental determinado, que tiene un valor abstracto en el que queda incorporado y escondido el valor del bien que ha transmitido; bien instrumental que le sirve como garantía de que más adelante podrá adquirir algún bien o derecho mediante su entrega en pago.

---

guinea es una moneda inexistente, pues desapareció ya hace algún tiempo. Sin embargo, la guinea sirve o puede servir como unidad de valor", L. Díez-Picazo (1996, 255).

[25] Me han resultado de utilidad los razonamientos y la explicación como técnica jurídica o técnica de regulación de R. Gómez-Ferrer Rincón (2018), *La desvinculación como técnica de regulación. De las transferencias de aprovechamiento urbanístico al comercio de derechos de emisión*. Madrid: Thomson Reuters; y, en especial, su explicación de R. Coase (1960-1994) en "El problema del coste social" como fundamento de la desvinculación como técnica de regulación (p. 142).

Ante situaciones como la contaminación del aire o de un río por una fábrica, Coase plantea el problema de cómo evitar el daño más grave en favor del menos grave, cuando existe una alternativa institucional (responsabilidad por daños frente a negociación contractual de la transmisión de derechos), para máximizar el valor de la producción, es decir, de la riqueza; mediante el análisis del valor de lo que se consigue y el valor de lo que se deja de conseguir

Este planteamiento nos parece aplicable para justificar porqué es preferible recibir dinero en la compraventa (algo sin utilidad directa e inmediata, pero con mayor valor) frente a percibir algo con una utilidad directa e inmediata, pero con menor valor, en la permuta.

Este tipo de operación jurídico-económica es posible porque los miembros de una determinada comunidad han aceptado, fiados en la confianza recíproca, que el valor de la propiedad sobre los bienes y servicios pueda desvincularse de los bienes y servicios, dejando de ser un valor real, e incorporarse a un bien instrumental previamente convenido (la sal, un billete de banco, una anotación en cuenta o un algoritmo) en el que se convierte en un valor abstracto. La desvinculación (abstracción y ocultamiento del valor) hace olvidar el bien o servicio incorporado, que constituye la sustancia material de la operación jurídico-económica, y fijarse en el dinero como instrumento, que solamente es un accidente formal del valor.

A partir de esta situación, el problema radica en que, después del proceso de separación o desvinculación entre el valor y el bien, lo que va a quedar a la vista va a ser el dinero y su valor abstracto aunque efectivo, quedando oculto el anterior valor real de los bienes o servicios que fue necesario producir y entregar para obtenerlo. Este proceso genera dos riesgos graves para la riqueza de una comunidad. En primer lugar, pensar que la riqueza es el dinero y no el trabajo humano (esfuerzo, innovación, servicio…) y la producción de bienes y servicios. Y, en segundo lugar, el riesgo de la falsificación del dinero, por el gran incentivo a obtener de manera más o menos fácil y expedita un gran valor —contenido— fabricando el envoltorio —la forma del dinero—. Este riesgo no solo se presenta por la actuación de delincuentes del sector privado, sino de una manera mucho más sutil y perjudicial, por la actuación de los gobernantes encargados de emitir las unidades monetarias, que pueden ser "falsificadas institucionalmente", cuando dejan de incorporar el valor real y efectivo de la riqueza generada por el trabajo y la producción de bienes y servicios, y son puestas en circulación como signos huecos, vacíos de valor.

3.3. Funciones del dinero

Cuando Nussbaum escribe en 1925 no se había desarrollado la "técnica del contenido esencial", como medio de definición, interpretación y protección de los derechos y libertades, frente a las limitaciones de los poderes públicos, especialmente del legislador; técnica que se desarrolla en el constitucionalismo post Weimar, para cerrar el paso en el futuro a las aniquilaciones de los derechos y libertades impuestas por mayorías partidistas. La técnica del "contenido esencial" nos parece imprescindible para completar la definición del dinero, en función de las necesidades o intereses vitales que satisface mediante sus funciones específicas, que, lejos de quedar enclaustradas en la teoría económica, deben quedar integradas en la esencia de la teoría jurídica del dinero.

En cuanto a estas funciones que debe cumplir el dinero, sí es una cuestión en la que puede encontrarse concordancia entre los economistas[26]. El dinero sirve de

[26] E. g. Krugman, Wells, Graddy (2021), *Fundamentos de Economía*, Barcelona: Ed. Reverté; Mankiw y Taylor (2017), *Economía*., Madrid: Eds. Paraninfo.

instrumento generalmente aceptado como (1) medio de intercambio, (2) reserva de valor, y (3) unidad de cuenta o estándar de valor, que permite fijar el precio de bienes y servicios. Importa llamar la atención sobre este acuerdo entre los economistas, porque la interpretación lógica de estas funciones debería permitir mayores acuerdos en cuanto a la naturaleza y características del dinero y, por tanto, sobre las reglas que deben regir el ejercicio de las políticas y potestades fiscal y monetaria, que, en lo esencial, convergen en la estabilidad económica y monetaria (artículo 127.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE: "El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) será mantener la estabilidad de precios").

Nos parece interesante la explicación de Aristóteles sobre las funciones del dinero porque contiene algunas observaciones de interés jurídico relevante. En la Ética a Nicómaco, y después de analizar la justicia distributiva y la correctiva, explica el dinero dentro de la justicia y la reciprocidad o de la justicia conmutativa, que es imprescindible para mantener unida a la comunidad. Los hombres se mantienen unidos, forman una comunidad, a causa de la necesidad, porque si los hombres no necesitaran nada o no lo necesitaran por igual, no se verían obligados a intercambiar bienes y servicios y aquí entra en escena el dinero.

En primer lugar, tenemos la *función del dinero como instrumento de intercambio*. Según Aristóteles, en los intercambios es necesaria la reciprocidad y no la igualdad. Pero, la retribución proporcionada requiere la unión de factores completamente distintos: cómo van a intercambiar sus servicios el arquitecto que hace una casa con el zapatero que hace unas sandalias, o las personas que trabajan en las demás artes y se encuentran ante problemas similares. Para lograr el intercambio es necesaria una igualdad proporcionada, es preciso que todas las cosas se igualen y, para eso, todas las cosas que se intercambian deben ser, de alguna manera, comparables. Para esto se ha introducido la moneda que es, de alguna manera, algo intermedio porque todo lo mide, de suerte que mide también el exceso y el defecto: cuántos pares de sandalias equivalen a una casa o a un determinado alimento. La moneda es la solución al problema de la necesidad, que las partes acuerdan dar en los intercambios y, por este motivo, recibió el nombre de nómisma[27] porque no es una solución por naturaleza sino por ley, lo cual hace que esté en nuestras manos cambiarla o inutilizarla.

Interesa subrayar que Aristóteles explica que es imprescindible comprender todo el ciclo funcional del dinero porque éste cumple sus funciones mediante el intercambio indirecto: la parte que vende y obtiene dinero no ha conseguido lo que necesita hasta que pueda pagar con ese dinero el bien o servicio que necesita[28]. Según su explicación: "nosotros usaremos esta especie de proporción no después del cambio (porque, de otro modo, uno de los sujetos no tendrá lo que necesita), sino cuando ambas partes tengan cada uno lo suyo"[29]. Y, así, son iguales y capaces de asociación,

---

[27] De ahí la etimología de la palabra numismática.

[28] Por eso en este estudio utilizamos la expresión "medio de intercambio" y no "medio de pago".

[29] "Cuando ambas partes tengan *cada uno lo suyo*": Aristóteles explica el ciclo del dinero como un instrumento de la justicia conmutativa. Con toda la frase deja claro que el intercambio inicial que faci-

porque esta igualdad puede realizarse en su caso. Sea A el agricultor, C el alimento que produce, B el zapatero y D *su producto una vez igualado a* C. Si no fuera posible la reciprocidad, no existiría la colaboración o asociación. Que la necesidad lo mantiene todo unido está claro por el hecho de que, cuando las dos partes, ya ambas o una sola, no tienen necesidad una de otra, no hacen el cambio como cuando una necesita lo que tiene la otra, por ejemplo, vino o trigo. Debe tener lugar, por tanto, esta ecuación.

En segundo lugar, la *función de reserva de valor*, resultando llamativo que Aristóteles realice una "explicación jurídica" al considerar que *el dinero constituye una garantía*. Podríamos decir que constituye una prenda de que el dinero nos permitirá adquirir las cosas que necesitemos: "en cuanto al cambio futuro, si ahora no necesitamos nada, pero podemos necesitar luego, *la moneda sirve como garante, porque el que tiene dinero debe poder adquirir.* Ahora bien, la moneda está sujeta a la misma fluctuación, porque no tiene siempre el mismo valor, pero, con todo, tiene una tendencia mayor a permanecer la misma".

Y, en tercer lugar, la *función de constituir una unidad de medida de valor*. "*Todas las cosas deben tener un precio*, porque, así, siempre habrá cambio, y con él asociación de hombres". Así pues, la moneda, como una medida, iguala las cosas haciéndolas *conmensurables*: no habría asociación, si no hubiese cambio, ni cambio, si no hubiera igualdad, ni igualdad, si no hubiera conmensurabilidad. En realidad, es imposible que cosas que difieran tanto lleguen a ser conmensurables, pero esto puede lograrse suficientemente con la necesidad. Debe existir, entonces, una *unidad de medida de valor* establecida en virtud de un acuerdo, porque esto hace todas las cosas conmensurables. *En efecto, con la moneda todo se mide.* Sea A una casa, B diez minas, C una cama. A es la mitad de B, si la casa vale cinco minas o su equivalente; la cama C, es la décima parte de B. Es claro, entonces, cuántas camas valdrán lo mismo que una casa, es decir, cinco. Es evidente que el cambio se haría de este modo antes de existir la moneda. No hay diferencia, en efecto, entre cinco camas por una casa y el precio de cinco camas[30].

4. LA CAUSA DEL DINERO: EL TRABAJO Y LA CREACIÓN DE RIQUEZA

Los economistas no suelen abordar la causa del dinero. Sin embargo, para el Derecho, la causa del dinero no es una cuestión prescindible porque determina la

---

lita el dinero (el intercambio directo) solamente es un medio y no el fin, que solo se logra cuando cada una de las partes haya logrado obtener el bien o servicio que realmente satisfaga su necesidad (intercambio indirecto) en función del valor aportado (cada uno lo suyo): cuando el zapatero compre la casa que necesita pagándola con el dinero obtenido mediante la venta de sus sandalias.

[30] Aristóteles (circa 340), *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1133a, 1133b, 1134a. He tenido en cuenta las traducciones de J. Pallí Bonet (2010), Madrid: Ed. Gredos; y la de S. Ros Rufino y J.E. Meabe (2015), Madrid: Ed. Tecnos.

licitud o ilicitud de su origen, así como la calidad del bien jurídico protegido por la institución; mucho más, teniendo en cuenta que la causa del dinero es el trabajo[31], un fenómeno que ostenta una importancia y significado extraordinariamente relevante para todas las ciencias sociales y especialmente para el Derecho, puesto que el trabajo es posiblemente el medio más eficaz para facilitar el libre desarrollo de la personalidad, el respeto y la realización de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 CE), fundamento y fin esencial de nuestro proyecto constitucional.

Planteamos el análisis jurídico de la causa del dinero "sin prejuicios de escuela, sin atender más que a su significado, a lo que sirve y para lo que se ha venido utilizando en la realidad social", de manera que podamos reflexionar sobre el valor que para el Derecho tiene lo que los hombres pretenden conseguir, ejercitando la autonomía de la voluntad, y en qué medida les legitima para poner en marcha el aparato coactivo del Estado que vela por la justicia y la seguridad jurídica[32].

La exposición del origen y de las funciones del dinero permite explicar su causa final, pero no su causa eficiente, que es el trabajo[33]. El análisis del trabajo como causa eficiente del dinero permite explicar con mayor claridad su constitución y sustancia, y poder valorar sus dinámicas de creación e intercambio.

El dinero es un instrumento que facilita a través de intercambios directos los intercambios indirectos con los que cada persona consigue efectivamente los bienes y servicios que desea. En casi todos los intercambios su objeto es la transacción de bienes y servicios por dinero; pero, como hemos visto en la explicación de Aristóteles, estos bienes y servicios existen gracias al trabajo de las personas que los producen y los prestan. Los recursos naturales están inicialmente en la tierra, pero siempre hace falta trabajo para convertirlos en bienes o servicios. La riqueza también puede ser adquirida por herencia, donación o legado, pero, en algún momento, tuvo que ser producida por el trabajo de alguien.

A lo largo de la historia, la riqueza y el dinero han sido y son creados por el trabajo; pero el dinero y las riquezas pueden ser obtenidos mediante su intercambio voluntario, fraudulento, coactivo… y regulatorio. Si estamos de acuerdo en que la violencia y el fraude no son medios admisibles de obtención de dinero y riqueza, podemos afirmar que el dinero solamente puede existir si hay personas que adoptan la decisión moral y jurídica de no utilizar la violencia o el fraude para ganarse la vida u obtener riquezas; dedicando su inteligencia y su trabajo a la producción de bienes y a la prestación de servicios que otras personas necesitan y quieren adquirir, libre y voluntariamente, entregando algo a cambio de su valor: dinero. Por eso, si queremos construir un discurso jurídico racional, utilizando la lógica jurídica y aplicando el

---

[31] Nos referimos al trabajo en su más amplio sentido, no limitándolo al trabajo por cuenta ajena.

[32] F. de Castro y Bravo (1971), *El negocio jurídico.* Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp.164-165.

[33] El Diccionario de la Real Academia Española define la causa eficiente como "causa que con su acción produce o crea algo".

principio de causalidad correctamente, es esencial comprender que *la causa final del dinero es la necesidad de intercambiar la riqueza* creada por el trabajo, por lo que *la causa material y eficiente del dinero es el trabajo de las personas que producen bienes y servicios susceptibles de intercambiarse mediante el dinero.*

No obstante, en la medida en que los Gobiernos aumentan su intervencionismo sobre los procesos económicos, se desarrollan, en la terminología de Acemoglu y Robinson[34], "instituciones extractivas" que permiten a estratos cada vez más amplios de la población obtener rentas, astronómicas o de mera subsistencia, únicamente debidas a la regulación y al favor de las élites políticas, que aseguran de esta forma su perpetuación y captura de rentas. Para las personas que solamente han obtenido este tipo de rentas resulta casi imposible comprender los procesos económicos de creación de la riqueza y la naturaleza del dinero.

En nuestros días, la obtención de dinero por el fraude o la violencia no es admisible, lo cual se traduce en toda una serie de regulaciones sobre su interdicción y sobre las obligaciones de transparencia propias de los sistemas democráticos. Durante siglos, las riquezas, el dinero y los procesos de producción podían obtenerse por la fuerza, mediante la guerra, la conquista y la esclavitud, que permitían apropiarse y traficar con territorios, personas y recursos para enriquecer a las oligarquías de reinos, imperios y Estados-nación. Pero, tras la Segunda Guerra Mundial, surgió un nuevo consenso en la humanidad en contra de la guerra, de la violencia, y en favor de la paz como valor superior; formulado jurídicamente en la Carta de las Naciones Unidas, como tratado internacional fundador de la organización, firmado el 26 de junio de 1945, en el que se proclama la paz como valor fundamental: " Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra … a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común".

Desde este momento, quedó claro que los modos de adquisición de las riquezas no eran indiferentes, considerándose inadmisible el dinero obtenido por la fuerza, la violencia, el fraude y la guerra. Desde entonces, ha ido adquiriendo una gran importancia desvelar la causa u origen del dinero; y, frente a una valoración cada vez mayor de la inteligencia, el esfuerzo, el trabajo y la innovación, ha eclosionado el rechazo, la interdicción y la ilegalización del dinero obtenido mediante las conquistas bélicas, la violencia, el tráfico de drogas, armas, órganos humanos o personas, la corrupción, etc.

El Derecho ha incorporado este proceso de obligada transparencia causal del dinero. A simple título de ejemplos significativos, la legislación tributaria (artículo 29 de la Ley 58/2003 General Tributaria) obliga a informar sobre el origen y proceden-

[34] Acemoglu, D. y Robinson, J. E. (2014), *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona: Deusto.

cia de todos los bienes y derechos integrantes del patrimonio de los obligados tributarios. Con carácter más específico, las obligaciones de información se hacen más extensas e intensas cuando entran en juego los supuestos de hecho de la Ley 10/2010, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo.

También en esta línea de repudio del dinero y de los activos obtenidos mediante la fuerza, podemos encontrar las medidas adoptadas por la Unión Europea contra Rusia por la invasión de Ucrania, como la Decisión (PESC) 2022/266, o el Reglamento (UE) 2022/263, relativos a medidas restrictivas en respuesta al reconocimiento, la ocupación o la anexión ilegales de determinadas zonas de Ucrania. Uno de los núcleos esenciales de estas medidas es el bloqueo de los activos y flujos financieros rusos mediante el embargo o confiscación de activos y mediante el bloqueo de los flujos financieros desde o hacia Rusia mediante la denegación del acceso a los circuitos bancarios internacionales. También es significativa en el plano internacional, la Declaración conjunta del G-7, de 6 de diciembre de 2023, que reitera los valores internacionales esenciales y formula algunas de las medidas adoptadas, especialmente en el ámbito financiero.

Para una mayor aportación de perspectivas jurídicas a la comprensión de las grandes cuestiones, como los procesos de creación y reparto de la riqueza, la ruptura de los círculos de la pobreza, o la etiología de las crisis financieras y económicas, es esencial valorar que *la riqueza se crea por el trabajo y se incorpora, primero, en el producto o servicio, y, después, en el dinero tras su intercambio*. Cuando una persona produce un bien o presta un servicio mediante su trabajo, y alguien los adquiere, pagándoselos con dinero, ha ganado el dinero mediante su trabajo; es decir, con su trabajo ha creado riqueza y ha ganado el dinero, al entregar los bienes y servicios.

Esta concepción causal del dinero queda refrendada por la teoría del negocio jurídico[35] y por la definición de los requisitos esenciales de los contratos que efectúa el Código Civil, si entendemos su regulación como teoría general del derecho formulada por el Derecho común[36]. Su artículo 1261 dispone que los requisitos esenciales de los contratos son el consentimiento de las partes, un objeto cierto, y una causa de las obligaciones que se establecen. Según el artículo 1271, pueden ser objeto de contrato todas las cosas y servicios que no sean ilegales. Y el artículo 1274 entiende que la causa, para cada parte contratante, es la prestación de una cosa o servicio por la otra parte. Si tenemos en cuenta que: (1) las cosas y los servicios son el resultado del trabajo de las personas; (2) las personas trabajamos para obtener bienes y servicios necesarios, convenientes o deseables; y (3) que esas cosas y servicios no las podemos obtener directamente, sino adquiriéndolas de otras personas mediante el dinero; podemos concluir que, en la mayoría de los contratos, su objeto y su causa es, o bien trabajar para ganar dinero, o bien adquirir bienes y servicios fruto del trabajo de otros mediante el pago de dinero. Por eso la producción de bienes y servicios mediante el

[35] De Castro y Bravo (1971).

[36] Es decir, prescindiendo de que los intercambios sean efectivamente regulados en el Derecho positivo por el Derecho Civil, el Mercantil, el Laboral o el Administrativo.

trabajo, en cuanto prestación de una parte, a cambio de su pago en dinero, como prestación de la otra parte, constituyen el objeto y la causa del contrato; así como la causa eficiente del dinero, en cuanto instrumento imprescindible que facilita la eficacia del contrato, mediante la incorporación en el patrimonio del transmitente del valor de la cosa o servicio transmitido.

Desconocer la realidad dinámica en que la riqueza es producida por el trabajo lleva al error de pensar que la riqueza es algo estático, imaginando una tarta que debe ser repartida. Este error lleva a pensar que la riqueza solamente puede ser distribuida, mendigada, heredada, o saqueada, imaginando un juego de suma cero, en el que si unos ganan es porque otros pierden; juego que, además, lleva a pensar en las dinámicas de relación interpersonal en términos proclives al conflicto[37]. Esto es un error porque la riqueza es constantemente creada gracias al trabajo y a la colaboración entre las personas; aunque, evidentemente, la riqueza también es consumida y también puede ser destruida.

A veces, cuando las empresas tienen dificultad para vender sus productos, se quejan de que "falta el dinero" para adquirirlos y también es frecuente la queja de no poder adquirir determinados productos por carecer de dinero. Luego, cabe plantearse si es el dinero lo que proporciona la riqueza o es la riqueza la que facilita el dinero. El protagonismo de los Bancos Centrales en la escena económica, especialmente durante la Gran Recesión de 2008 y tras la pandemia del Covid-19, "inyectando dinero o ayudas", también contribuye a esta idea del imaginario colectivo; por no hablar de que sigue teniendo una gran influencia el planteamiento de Keynes, de que la demanda del sector público mediante dinero público resultó clave para superar la Gran Depresión de 1929 y resulta determinante en épocas de crisis y como elemento importante del crecimiento económico.

Esto nos lleva a una pregunta clave: ¿qué determina el crecimiento económico: la demanda o la oferta de la producción? Podemos encontrar una respuesta simple en la denominada "Ley de los Mercados" del economista clásico francés Jean-Baptiste Say, según la cual: "el hombre que dedica su trabajo a dar valor a las cosas, de manera que presten una utilidad, solo puede esperar que ese valor sea apreciado y pagado donde haya hombres que dispongan de medios para adquirirlo. Y ¿en qué consisten esos medios? Pues en otros valores y productos fruto de su trabajo, de su capital o de sus tierras: de donde resulta que, aunque a primera vista parezca una paradoja, es la producción la que permite vender los productos"[38] .

---

[37] Voltaire (1764): "Ser buen patriota es desear que la ciudad donde hemos nacido se enriquezca por medio del comercio, y sea poderosa por medio de las armas; pero es evidente que un país no puede ganar sin que otro país pierda, y que no se puede vencer sin causar muchas víctimas. Tal es la condición humana, que desear la grandeza de nuestro país es desear la decadencia de otros países; el que deseara que su patria no fuese nunca ni más grande ni más pequeña, ni más rica ni más pobre, ése sería el verdadero ciudadano del universo", artículo "Patria" en *Diccionario Filosófico.*

[38] J. B. Say (1838), *Tratado de Economía Política. Exposición sencilla de cómo se forman, se distribuyen y se consumen las riquezas. Traducción de la quinta edición francesa. Madrid: Imprenta que fue de Fuentenebro.*

Para Say, lo que determina el crecimiento económico es el aumento de la producción y no el aumento del dinero; porque la moneda, que ha servido para la venta de los productos de un empresario y para las compras que este ha hecho de los productos de otros empresarios, servirá enseguida para el mismo uso entre otros dos contratantes; después servirá para otros y otros en una serie infinita; "del mismo modo que un vehículo trasporta el producto que el empresario ha vendido y, después, trasporta otro, enseguida otro, y así sucesivamente". Si un empresario no vende fácilmente sus productos ¿dice por ventura que es porque los compradores no tienen vehículos para llevárselos? Pues bien, "*el dinero no es más que el vehículo del valor de los productos*. Todo su uso se ha reducido a transportar a su casa el valor de los productos que vendió el comprador para comprar los de usted; y asimismo trasportará a casa de aquel a quien usted haga una compra el valor de los productos que habrá vendido a otros."

Así pues, continúa Say, todas las cosas se compran con el valor de los productos transformado transitoriamente en una suma de dinero. Cuando se dice que está parada la venta porque escasea el dinero se confunde el efecto con la causa, cometiéndose un error que proviene de que casi todos los productos se reducen a dinero antes de cambiarse por otras mercancías y de que, como el dinero se presenta tan frecuentemente, la gente cree que es la mercancía por excelencia y el *término* de todas las transacciones, no siendo más que una mercancía *intermediaria*.

Say extrae de su planteamiento una consecuencia de interés: "cuánto más se multipliquen las producciones, tanto más fáciles, variadas y vastas resultarán también las ventas. *En los lugares en que se produce mucho se crea la única sustancia con la que se compra, esto es, valor*. *El dinero desempeña un oficio pasajero en este doble cambio y, una vez completados los cambios, se ve que siempre se han pagado productos con productos*".

Así pues, podemos decir que el trabajo es la causa del dinero porque el trabajo hace el dinero. Como argumento lingüístico es significativa la expresión inglesa *to make money*, *hacer dinero*, que tiene tanto significado para los norteamericanos. En Estados Unidos, la frase *make money* tiene un importante significado cultural porque expresa valores sociales y económicos esenciales: la creencia de que cualquier persona, independientemente de su extracción social, puede alcanzar el éxito y la prosperidad a través del trabajo y la iniciativa; el espíritu emprendedor frente al riesgo como clave del éxito económico; la capacidad del individuo para mantenerse a sí mismo y a su familia, sin depender de otros; la innovación y la competitividad en el contexto del avance tecnológico e industrial de mercados abiertos a la libre competencia. En definitiva, la frase *hacer dinero* expresa las posibilidades de un entorno dinámico y competitivo en el que el trabajo y el esfuerzo por desarrollar y aplicar nuevas ideas y tecnologías pueden proporcionar importantes recompensas económicas. Este entorno tiene sus resultados: casi todas las grandes empresas que han impulsado la tercera y la cuarta revolución industrial son norteamericanas.

Pero volvamos al argumento lingüístico de la expresión *hacer dinero* porque da aún más de sí. No es correcto atribuir la creación de la expresión a los norteamerica-

nos. Según explica el Oxford English Dictionary[39], la expresión puede encontrarse en escritos desde finales del siglo xv, en los que *make money* tiene el sentido de trabajar, crear, producir, o vender, extendiéndose para significar generar riqueza. En esencia, *make money* implica el acto de crear valor o ganancias, ya sea a través del trabajo, las actividades comerciales (que también son trabajo) o la inversión. Este uso se ha mantenido constante a lo largo de los siglos, manteniendo su relevancia para describir el proceso de generación del dinero.

Aún más significativo es que, si nos remontamos hasta la antigüedad, podemos encontrar la frase "hacer dinero" en el siguiente comentario de Cicerón en *De divinatione* (1.49): "A tales hombres podemos llamarlos previsores, es decir, capaces de prever el futuro; pero no podemos aplicarles el término divinos más de lo que podemos aplicarlo a Tales de Mileto, quien, según cuenta la historia, para confundir a sus críticos y mostrar así que incluso un filósofo, si lo considera oportuno, puede hacer dinero, compró toda la cosecha de olivos en los campos de Mileto antes de que comenzaran a florecer" .

5. NATURALEZA

Posiblemente, el desinterés de los juristas por el dinero viene de considerarlo únicamente como un objeto de derechos [40]. Sin embargo, en la actualidad, el dinero no puede considerarse solamente como un objeto o una cosa: entendemos que debe considerarse como una propiedad y como una institución. Siguiendo la distinción de Biondi entre cosa y bien[41], frente al Derecho romano, que solamente dispone de la noción de "cosa" o "res", referida a cualquier entidad física o material, susceptible de ser objeto de relaciones jurídicas pero que no necesariamente tiene un valor económico o una utilidad directa; en el Derecho moderno, "cosa" sigue siendo un término general, que abarca tanto lo que tiene un valor comercial como lo que no lo tiene, mientras que el término "bien" se ha especializado para referirse específicamente a aquellas "cosas" que tienen una utilidad económica y pueden ser objeto de derechos y transacciones patrimoniales. El término "bien" adquiere una dimensión normativa, está relacionado con el reconocimiento legal y la protección de derechos

[39] *https://www.oed.com/dictionary/money_n?tab=meaning_and_use#36239099* consultado el 16 de mayo de 2024.

[40] "En una economía medianamente avanzada y fundada en la división del trabajo, el dinero opera como instrumento de intermediación en los cambios y, por consiguiente, como uno de los más importantes objetos de las posibles prestaciones que se insertan en una relación obligatoria. El dinero es v.gr., el objeto del precio de la compraventa o del arrendamiento, el objeto de la retribución de un servicio o, en general, de la remuneración de una prestación de hacer, el objeto de un contrato de préstamo, de la obligación de aportación a una sociedad o fondo social... La importancia de las relaciones obligatorias, en las cuales de una u otra manera el dinero aparece como objeto del deber de prestación y del derecho de crédito, es sin duda muy grande... constituye uno de los puntos centrales del derecho de obligaciones", Díez-Picazo (1996: 253-255).

[41] B. Biondi (1956), *Los bienes*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik (2019).

sobre ese bien. Por ejemplo, un terreno puede ser considerado una "cosa" en términos generales, pero se convierte en un "bien" cuando tenga un valor reconocido en términos de propiedad o comercio, como en el caso de una propiedad inmobiliaria con valor económico. Biondi subraya cómo esta distinción ayuda a clarificar las relaciones jurídicas y económicas en la sociedad, permitiendo una comprensión más precisa de los derechos y obligaciones que surgen en torno a la propiedad y al comercio de bienes. Esta distinción aparece reconocida por el artículo 33.3 de la Constitución, al disponer precisamente que "nadie podrá ser privado de sus *bienes* y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social", para ampliar sin lugar a dudas a todos los bienes el reconocimiento y la protección de *un derecho fundamental*[42].

Según vimos al exponer el concepto que proponemos, el dinero, como objeto del derecho de propiedad que es, tiene una doble naturaleza en razón de su función social y de su función individual. En su función social se considera una institución. En su función individual es un derecho de propiedad que, a su vez, es un derecho fundamental. De las garantías atribuidas por el artículo 53 CE, para la regulación de los derechos fundamentales, así como de la obligación de los poderes públicos de respetar su contenido esencial, podemos deducir una posición preferente de los derechos fundamentales y libertades públicas; lo cual nos lleva a abordar en primer lugar la naturaleza del dinero como derecho fundamental, para analizar después su consideración como institución.

5. 1. El dinero como propiedad

Si "trabajamos para ganarnos la vida", el dinero es el objeto del derecho que devengamos y adquirimos por trabajar, y que nos permite adquirir los bienes y servicios que consideramos imprescindibles (e.g. comida, vivienda, medicamentos, energía), necesarios (servicios de salud y enseñanza) o deseables. En la mayoría de los objetos del derecho patrimonial (los títulos de propiedad de una empresa, la propiedad industrial, la propiedad intelectual, la propiedad inmobiliaria urbana, el agua, la electricidad, etc.), el estatuto que rige su uso, disfrute y disposición encuentra unas

[42] Respecto a la propiedad como derecho fundamental, escribe J. M. Rodríguez de Santiago (2018): "Del binomio 'libertad y propiedad' que las revoluciones burguesas utilizaron para articular los instrumentos técnico-constitucionales que dieron forma al Estado de Derecho en su origen liberal individualista (derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y control judicial del poder) la Constitución española de 1978 minusvaloró abiertamente la segunda parte: la propiedad. La circunstancia de que el derecho de propiedad y las garantías de la expropiación no fueran susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional no permitió, sin embargo, negar a aquel derecho el *carácter de derecho fundamental* que le corresponde desde la perspectiva de la Historia del constitucionalismo (incluso, de la Historia de las ideas), del Derecho comparado y de los tratados internacionales ratificados por España. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se da por supuesta esta calificación: el derecho de propiedad como uno de los 'derechos fundamentales de la persona' (por ejemplo, STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5)": "Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada". *El Almacén del Derecho*, 15 Junio.

reglas comunes en la Constitución y en el Código Civil, y unas reglas específicas en el Derecho Mercantil, en el Derecho Administrativo o en el denominado Derecho regulatorio (Ley de Sociedades de Capital, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Suelo, Ley de Aguas, Ley del Sector Eléctrico…). En el caso del dinero, sus reglas específicas se encuentran en el Título que regula la Política Monetaria en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en las normas que lo desarrollan, como el estatuto del Banco Central Europeo.

Afirmado el carácter de derecho fundamental de la propiedad del dinero, lo que nos interesa en cuanto a su naturaleza es aclarar, de acuerdo con la concepción causal que hemos expuesto, cuál es su significado, para qué sirve y para qué se ha venido utilizando en la realidad social, porque estas funciones determinan el carácter jurídico o valor que tiene para el Derecho (De Castro).

En cuanto a su *función económica*[43], si la propiedad[44] es la única institución que conoce la humanidad para conservar y explotar recursos escasos[45], tales funciones solamente pueden realizarse por el trabajo, y el trabajo solo es eficiente cuando es retribuido mediante el dinero.

En cuanto a su *función social*, la propiedad fue desarrollando la especialización del trabajo, el aumento de la productividad y la creación de riqueza. Esta especialización en la producción de bienes y servicios impidió mantener la autosuficiencia de las economías familiares y su dependencia de los demás miembros de la comunidad, generando el comercio, la cooperación y la cohesión social.

En cuanto a la *función política* de la propiedad, el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad constituye en la práctica el más fundamental de los derechos. Desde una perspectiva psicológica, el fundamento de la libertad es la inteligencia y la voluntad; pero desde una perspectiva material y patrimonial, los recursos de los que dispone la persona condicionan el ejercicio real de todos los demás derechos fundamentales y libertades públicas. Sin recursos difícilmente podrá ejercerse una libertad real. Por ejemplo, mediante la educación, la persona puede cualificarse pro-

---

[43] Para una explicación más amplia de estas funciones, J. de la Cruz Ferrer (2002), *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea.* Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

[44] Lógicamente, consideramos el dominio público (artículo 132 CE) como un derecho (más bien una potestad o conjunto de potestades) de propiedad. La propiedad pública de ciertos recursos (el mar, los ríos, las playas, las carreteras, etc.) también puede cumplir esa finalidad. De hecho la cumple. Otra cosa es que la propiedad pública, en algunos casos, pueda cumplir mejor o peor que la propiedad privada la misma función.

[45] La contaminación atmosférica, por ejemplo, solo comenzó a revertirse cuando el aire limpio comenzó a considerarse como un recurso escaso y la regulación diseñó los sistemas de adjudicación y comercio de derechos de emisión, de acuerdo con los planteamientos de R. Coase (1960), "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, recogido en el libro de Coase (1994). Este es uno de los temas esenciales que explica el análisis económico del Derecho (por ejemplo S. Shavell (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law.* Harvard University Press). G. Dómenech ha señalado que la "verdadera función social del derecho de propiedad" son las "razones de interés social en virtud de las cuales el ordenamiento jurídico reconoce al propietario la facultad o facultades en que este derecho consiste" (https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada). .

fesionalmente, y podrá acceder a un trabajo remunerado que le permita "no depender de nadie": este ha sido el camino que ha permitido la liberación de la mujer y su igualdad no formal, sino real.

Esta autonomía del ciudadano, fundada en la posibilidad de obtener unos recursos económicos constantes e ir formando un patrimonio propio, no solo sirve para poder ejercer de forma real los demás derechos fundamentales y libertades públicas, también sirve para romper su alienación respecto de quienes ostentan (o detentan) el poder, configurando sociedades libres. Ahora bien, si el trabajo no permite mantener una suficiente capacidad adquisitiva del dinero, el ciudadano se verá obligado (con una cierta similitud a los antiguos siervos feudales) a depender de los políticos que le dispensan —ya sea en forma de ayudas económicas o de derechos regulatorios— su acceso a la educación, a la sanidad, a la vivienda, a los transportes o al ocio… aquí no hay libertad, ni autonomía, sino dependencia y alienación respecto al poder.

5. 2. El dinero como institución social y como potestad

En la Economía existe un debate sobre cómo surgió el dinero, con evidentes consecuencias para su naturaleza. Una explicación sostiene que el dinero surgió de manera espontánea, por el consenso general de personas y comunidades, para poder efectuar el intercambio de bienes y servicios, y así se sigue configurando como un instrumento generalmente aceptado, por lo que es una institución social[46]. Una segunda explicación sostiene que el dinero cumple sus funciones gracias a la acuñación de moneda por el gobierno, por lo que debe considerarse una prerrogativa pública como la policía o el fisco[47].

Carl Menger (1875, 1892) desarrolló la versión más elaborada y difundida de la teoría institucional, que es la más aceptada entre economistas: el dinero surgió mediante un proceso evolutivo de prueba y error, por el que los individuos tendían a utilizar como medio de intercambio aquellos bienes que les resultaban más útiles para realizar intercambios y a desechar aquellos que funcionaban peor. El dinero es, por tanto, una institución social.

La segunda postura es la teoría cartalista o chartalista defendida por G.F. Knapp[48], A. Michael-Innes[49], y seguida por Keynes[50], por los economistas keynesianos y por la Teoría Monetaria Moderna. Los cartalistas consideran que el dinero circula porque

---

[46] Un buen ejemplo son las criptomonedas: en la medida en que alguna de ellas como el bitcoin sea generalmente aceptada para cumplir las funciones del dinero, será dinero.

[47] Moncada (2023, 66). C. A. E. Goodhart (1998), "The two concepts of money: implications for the analysis of optimal currency areas". *European Journal of Political Economy*, 14, p. 407.

[48] G.F. Knapp (1905-1925), *The state theory of money*. Londres, Macmillan & Co.

[49] A. Mitchell-Innes (1914), "The credit theory of money", *The Banking Law Journal,* 31, pp. 151-168.

[50] *Treatise on Money* (1930), The collected writings of John Maynard Keynes Vol. V, Cambridge University Press.

el Estado lo impone. Según Keynes, el dinero es una institución creada y respaldada por el Estado, y su valor y funcionamiento dependen de la intervención y regulación estatal. La moneda no puede concebirse de ninguna otra forma que no sea como una institución del Estado. El crédito y el papel moneda son invenciones del Estado, y son esenciales para el desarrollo del capitalismo (...) El Estado, no los individuos ni los bancos, es el creador de la moneda[51].

Los cartalistas se equivocan cuando defienden que el Estado puede imponer cualquier bien como dinero, pues para que un bien se utilice en los intercambios privados debe seguir cumpliendo unas propiedades mínimas que le permitan ejercer las funciones del dinero aunque sea de forma limitada: en cuanto una moneda deja de cumplir las funciones propias del dinero, las personas dejan de utilizarla. Cuando los Gobiernos manipulan excesivamente su moneda, monetizando la deuda y disparando la inflación, su moneda deja de ser aceptada en las transacciones internacionales que deben realizar, y sus propios ciudadanos abandonan, en lo que pueden, la utilización de esa moneda y recurren al trueque o a otras monedas como el dólar.

Si de la Economía pasamos al Derecho, resulta evidente que la acuñación de moneda fue asumida por los diferentes tipos de gobierno, como un derecho o función propia, toda vez que el desempeño de tal función, al acreditar el valor de las monedas, ahorraba costes de información y transacción, facilitando y dando seguridad a las transacciones[52]. Esta asunción del poder de acuñar moneda podría sugerir que tal poder se consideraba ilimitado, pero tal cosa no fue nunca cierta, pues el dinero siempre se ha considerado como un estándar de medida de valor, similar a las unidades utilizadas para medir la longitud, el peso o el volumen. Desde la antigüedad hasta nuestros días, modificar la cantidad determinada por el estándar siempre se ha considerado un fraude, ya lo cometieran los particulares o los gobiernos. Por eso, la moneda acuñada y emitida por un Gobierno debe ser estable y garantizar la estabilidad de los precios.

No es difícil encontrar testimonios significativos al respecto. En cuanto a Roma, Dion Casio escribe: "es necesario que la acuñación de la moneda sea competencia exclusiva de Roma, pues así como no es lícito a los particulares fijar por sí mismos las unidades de peso, longitud o capacidad, tampoco lo es establecer por su cuenta el valor del dinero, que es la medida común de todas las cosas"[53]. Especialmente relevantes son los argumentos de los autores de la Escuela de Salamanca[54], y Juan de Mariana sirve como muestra significativa[55]. Más tarde, con el constitucionalismo,

---

[51] J. M. Keynes (1936-2018), *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, Capítulo 17.

[52] E. Colom Piazuelo, "El sistema monetario metálico español: consideraciones en torno a la emisión, acuñación, puesta y retirada de la circulación de la moneda". *Revista Española de Derecho Administrativo* 86, 1995, pp. 219-251.

[53] *Historia de Roma* (circa 229 d. C.), Lib. 52, cp. 30.

[54] M Grice-Hutchinson (1952), *La Escuela de Salamanca. Lecturas sobre toría monetaria española.* Madrid: Unión Editorial (2022).

[55] "Si el príncipe no es señor, sino administrador de los bienes de los particulares, ni por este camino ni por otro les podrá tomar partes de sus haciendas, como se hace todas las veces que se baja la mone-

aparecería el Estado de Derecho, y la necesidad de articular técnicamente los poderes en potestades.

Es decir, la política monetaria es técnicamente una potestad. Santi Romano vio la necesidad de distinguir entre el poder, el derecho subjetivo y la potestad, entendiendo esta última en contraposición al derecho subjetivo: su titular no la ostenta originariamente, sino porque el ordenamiento jurídico se la ha otorgado; no se otorga para que se ejerza en interés o beneficio de su titular, sino en beneficio de los destinatarios sobre los que se ejerce; solamente puede ejercerse para el fin establecido por la norma y con las condiciones y límites que esta impone[56]. Pero, en el caso de las potestades fiscal y monetaria, desde que se abandonó el patrón oro, el problema surge ante la ausencia de reglas jurídicas[57], lo cual abre tanto a los Gobiernos como a los Bancos Centrales ámbitos enormes de discrecionalidad[58]… o arbitariedad[59].

6. PRECISIONES Y DISTINCIONES CONCEPTUALES: DINERO, PATRIMONIO, CAPITAL, TRABAJO Y CREACIÓN DE RIQUEZA

Dinero y patrimonio. En el lenguaje corriente, se suele decir "tener dinero" como sinónimo de "ser rico", pero esto es una imprecisión jurídica y económica. El dinero solamente suele ser una parte del patrimonio de una persona, entendiendo por patrimonio el conjunto de sus bienes, derechos y obligaciones: es decir, el dinero, los bienes inmuebles, como la vivienda o una segunda residencia en el campo o la playa, los bienes muebles, como equipos tecnológicos y electrodomésticos, las obras de arte o de lujo, los títulos de participación en el capital social o la propiedad de una empresa. Por esto, cuanto más rica es una persona, menos dinero suele tener, el dinero va disminuyendo su proporción en el conjunto de los bienes que componen su patrimonio, y viceversa; por lo que si en el patrimonio de los más ricos el dinero quizás no supere el 1% de su patrimonio, en el caso de los más pobres el dinero posiblemente superará el 90%.

Con esto, entre otras cosas, queremos decir que la estabilidad monetaria afecta de manera muchísimo más grave a los más pobres y, que si medimos el impacto de

---

da, pues le dan por más lo que vale menos y si el príncipe no puede echar pechos contra la voluntad de sus vasallos ni hacer estanques de las mercaderías, tampoco podrá hacerlo por este camino, porque todo es uno y todo es quitar a los del pueblo sus bienes por más que se les disfrace con dar más valor legal al metal de lo que vale en sí mismo, que son todas invenciones aparentes y doradas", J. de Mariana (1609), *Tratado y discurso sobre la moneda de vellón. Que al presente se labra en Castilla, y de algunos desórdenes y abusos.* Barcelona: Ediciones Deusto (2017).

[56] E. García de Enterría y T. R. Fernández (2015), *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas 17ª ed., p. 481.; J. A. Santamaría Pastor (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo I,* Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 879.

[57] L. Kaplow (1992), "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", 42 Duke Law Journal 557.

[58] M. Bacigalupo (2023), "La vinculación de la Administración Pública a la ley y al Derecho", en Velasco y Darnaculleta (2023).

[59] T. R. Fernández (2008), *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.

la inflación sobre el patrimonio de cada persona, el resultado resulta escalofriante porque ya no es un 2% por ejemplo: lo que para los ricos puede situarse en torno a ese porcentaje, para los pobres será muchísimo más, y determinará su capacidad o incapacidad de adquirir alimentos o productos de primera necesidad que han aumentado su precio.

Dinero, Capital y Trabajo. También es frecuente que, al pensar o hablar del capitalismo, solo se piense en la abundancia de dinero. El error es similar a la confusión entre dinero y patrimonio. Aunque un capital puede ser una cantidad de dinero destinada a producir rentas, y cualquier bien susceptible de producir una utilidad puede (y en determinados casos debe) considerarse capital, los bienes de capital en una empresa y en el sistema económico son el conjunto de activos y bienes económicos destinados a producir bienes y servicios, ya sea en una empresa (dinero, facturas pendientes de cobro, equipos técnicos, inmuebles o muebles propiedad de la empresa) o en el sistema económico (donde también podemos considerar capital las grandes infraestructuras de energía, transportes, comunicaciones, abastecimiento de agua, servicios de salud y de enseñanza, etc.), por lo que el dinero vuelve a ser una parte pequeña del capital.

Desde este conjunto amplio de perspectivas, una idea que nos parece clave es que, para la mayoría de las personas, su principal derecho de propiedad o su capital, del que obtiene las rentas para vivir, no son fincas rústicas, inmuebles urbanos, o paquetes de acciones, su principal derecho de propiedad como capital del que obtiene las rentas para vivir es su trabajo [60].

Por eso, si el trabajo constituye la manera más respetable y digna de ganarse la vida, y de lograr la igualdad y la cohesión social, la inflación crónica que sufrimos desde hace más de cincuenta años (al haberse abandonado un patrón monetario riguroso) constituye una manera eficaz de impedirlo [61]. Solamente para hacerse una idea, en Estados Unidos, la inflación entre 1946 y 2022 ascendió un 1.530% [62], mientras que, como veremos más adelante, en el Reino Unido entre 1815 y 1914 (vigencia del patrón oro), la inflación fue 0%. Por supuesto, las rentas del trabajo no han subido en la misma proporción que los precios de los bienes y servicios, por lo que la inflación ha perjudicado constantemente el poder adquisitivo de las retribuciones del trabajo.

Capital, Recursos Naturales, Trabajo y Función Empresarial. En algún momento podríamos pensar que las empresas solamente crean la riqueza gracias al capital, a los recursos naturales y al trabajo, que son los factores de producción que nos explican los economistas. Sin embargo, suelen olvidar un factor esencial y determinante: la

---

[60] P. Drucker (1989), *Las nuevas realidades. En el estado y la política, en la economía y los negocios, en la sociedad y en la imagen del mundo.* Barcelona: EDHASA.

[61] J. Rueff (1948), *L'Ordre Social.* París: Librairie de Médicis; J. Rueff (1967), *La época de la inflación.* Madrid: Ed. Guadarrama; J. Rueff (1971), *El pecado monetario de occidente.* Barcelona: DOPESA.

[62] Fuente: *https://inflationdata.com/Inflation/Inflation_Calculators/Cumulative_Inflation_Calculator.aspx* consultado el 24 de julio de 2024.

función empresarial y el cálculo económico empresarial[63]. Una empresa crea riqueza cuando el valor de los bienes y servicios que produce y comercializa en el mercado (ingresos), gracias a la libre decisión y compra de los consumidores, es superior al valor de los bienes y servicios que adquirió para producirlos (gastos). La diferencia entre ingresos y gastos no solo constituye los beneficios, sino también el valor de la riqueza que la empresa ha creado. Las decisiones estratégicas de qué, dónde, cómo, cuánto producir, así como los respectivos costes asumidos, corresponden al empresario, a la función empresarial, al cálculo empresarial. Si las decisiones son correctas y la empresa genera riqueza, la empresa sobrevive; si las decisiones son incorrectas, los gastos son superiores a los ingresos, y la empresa destruye riqueza, acabará necesariamente entrando en concurso de acreedores y en quiebra, será expulsada del mercado gracias a las instituciones del Derecho Concursal, que han contribuido a que el capitalismo genere constante y sistemáticamente riqueza, al impedir que los empresarios que la destruyen sigan desarrollando su actividad.

Todo este proceso solamente es posible si los empresarios pueden ver en los mercados los precios de los bienes y servicios que precisan adquirir, si pueden vender sus productos intentando obtener los mejores precios en dinero, y si pueden guardar el valor en dinero de sus ventas hasta que sea necesario volver a invertirlo o a gastarlo en el proceso de producción.

7. LOS GRANDES MODELOS DE REGULACIÓN DEL DINERO O PATRONES MONETARIOS Y UN APUNTE SOBRE LAS CAUSAS DE LAS CRISIS FINANCIERAS

A lo largo de la historia podemos identificar diferentes modelos de regulación del dinero o patrones monetarios, que sirven para definir las características físicas, económicas, jurídicas y políticas de la moneda que adopta un Estado. Estas características, reglas y métodos permiten definir el valor de una moneda, mediante su identificación o relación con un bien específico (como el oro, la plata o el bronce), mediante su relación con las monedas de otros Estados, o mediante su relación con el mercado de bienes y servicios de un país. El patrón monetario elegido por un país y su mayor o menor "rigidez", o dificultad de manipulación para el gobierno, condiciona la estabilidad de los precios (inflación), la política económica, el comercio internacional, etc.

[63] La explicación de este factor esencial es mérito de la Escuela Austríaca de Economía: L. von Mises (1949-2013), *La acción humana. Tratado de economía*. Madrid: Unión Editorial, 15ª ed.; F. A. Hayek (1960-2019), *Los fundamentos de la libertad.* Madrid: Unión Editorial, 10ª ed; J. Franch (2012), *Economía*, Madrid: Unión Editorial.

7.1. El patrón oro y las causas del crack de 1929

Podríamos decir que, en términos generales, ha sido el patrón monetario teóricamente seguido por la mayoría de los países desde el surgimiento de la moneda hasta el siglo xx, vinculando sus monedas al oro, al oro y a la plata, o también al bronce o a otros metales de menor valor, según la mayor o menor importancia de las transacciones[64]. El valor de la moneda se define por una cantidad fija del respectivo metal y permite que los precios establecidos por la escasez de los metales y por su libre intercambio en los mercados establezca el valor de la moneda. Puede existir "papel moneda" para facilitar el comercio, pero los billetes o monedas en circulación pueden ser convertidos en oro a solicitud del portador. Los países que respetaron el patrón oro pudieron disfrutar de la estabilidad monetaria, controlando la inflación y manteniendo el poder adquisitivo de la moneda.

Además, el patrón oro permite desvelar la mayor o menor productividad y competitividad de un país. La menor competitividad de los productos de un país, por su mayor precio o su peor calidad, hará que los consumidores prefieran importar mejores productos de otros países, y esto influirá en su Balanza de Pagos, cuyo saldo negativo hace que los exportadores-acreedores acaben exigiendo cobrar sus deudas en oro, que solamente podrá obtenerse con una mayor productividad.

Históricamente, el progresivo deterioro del valor de la moneda y la inflación han sido constantes debido a la prodigalidad e insolvencia de los malos gobernantes, así como a la mayor fuerza política de las clases deudoras. En la realidad, la virtualidad de la moneda como una unidad de medida de valor estable, no ha dejado de ser más que un ideal o paradigma para la población no experta financieramente durante la mayoría del tiempo. El poder confiscatorio encubierto del gobierno mediante la depreciación, envilecimiento o devastación de la moneda ha sido inherente y constante, desde que los peores gobernantes lo descubrieron y ejercieron hasta destruir sus respectivas monedas y sus tejidos económicos[65].

---

[64] E. Kemmerer (1945), *Oro y patrón oro. Historia del oro como dinero: Pasado, presente y futuro*. Madrid: Unión Editorial (2019), J. M. López Zafra (2014), *Retorno al patrón oro: por qué la historia y la actualidad lo avalan como la solución definitiva a la crisis.* Barcelona: Deusto.

[65] Dionisio de Siracusa (430-367 a. C.) había contraído una gran deuda con sus súbditos, estipulada en notas que reconocían los correspondientes préstamos. El tirano emitió un decreto por el que todo el dinero en circulación debía ser entregado al tesoro real, sancionando con la pena de muerte a los que se negaran a su cumplimiento. Después de recolectar todas las monedas, acuñó en cada moneda de dracma una marca de 2 dracmas, y las utilizó para pagar todas sus deudas. Al doblar la cantidad de dinero (aumento de la masa monetaria), la subida generalizada de los precios no se haría esperar. En otros casos, la práctica preferida y habitual para la reducción de las deudas públicas fue el envilecimiento de la moneda, mediante la reducción del oro, de la plata o de otros metales valiosos que contuvieran, aumentando el contenido de metales menos valiosos, ya fuera en las monedas existentes mediante su refundición o raspado, o mediante la acuñación de nuevas monedas menos valiosas (aumento de la masa monetaria). Tales prácticas aumentan los precios, generan inflación, y reducen el esfuerzo del pago de la deuda: C. M. Reinhart y K. S. Rogoff (2011), *This time is different. Eight Centuries of Financial Folly*. Princeton University Press.

Sin embargo, en el siglo XIX, los desarrollos técnicos de la primera revolución industrial, que promovieron aumentos enormes de la productividad en las nuevas fábricas, y el mayor poder de la burguesía (que en el Reino Unido ya había comenzado por su Revolución del siglo XVII), facilitaron que el patrón oro (o el patrón plata o plata y oro) fuera adoptado progresivamente a nivel mundial durante el siglo XIX hasta principios del siglo XX, proporcionando un marco de estabilidad económica y facilitando el comercio internacional y la globalización. Según los datos que facilita Keynes (y que al compararlos con los de los últimos setenta años parecen inverosímiles), después del final de las guerras napoleónicas en 1815, en el Reino Unido la tendencia de los precios fue su reducción, alcanzando su punto más bajo en 1896; pero si esto fue la tendencia, la principal característica fue la estabilidad del nivel de precios, que se mantuvieron iguales en torno a los años 1826, 1841, 1855, 1862, 1867, 1871, y 1915. Es decir, durante unos cien años hubo estabilidad de precios y no hubo inflación. Según Keynes, "el metal oro quizás no posea todas las ventajas teóricas de un patrón monetario artificialmente regulado, pero no pudo ser manipulado y probó ser confiable en la práctica" [66].

Durante la Primera Guerra Mundial, muchos países abandonaron el patrón oro para poder financiar sin cortapisas sus esfuerzos bélicos, incurriendo en deudas públicas astronómicas. Después de la guerra, "los felices años veinte" de Estados Unidos fueron una época de gran crecimiento económico, superior al 5% anual, y de rápido enriquecimiento de la clase media. Pero todo fue un espejismo. Según algunos estudios [67], que intentan analizar o diagnosticar porqué se produjo la burbuja y el crack de 1929, la euforia financiera y las disparatadas decisiones económicas vinieron, entre otras causas (generalización de las compras a plazos, adquisición de valores a crédito…), provocadas porque la Reserva Federal (Fed) estaba sembrando el germen de una monstruosa burbuja financiera y posterior depresión económica. La Fed había descubierto el estímulo que generaban las operaciones de mercado abierto, que consistían en la compra directa de bonos de deuda pública mediante un aumento de los billetes o depósitos emitidos por el Banco Central. Esta inyección de nuevos dólares incrementaba las reservas bancarias y generaba una expansión crediticia. La Fed realizó tres enormes operaciones de mercado abierto en esta década: en 1922 triplicó su posición en deuda pública desde los 25 millones $ a los 65 millones $; en 1924 adquirió otros 500 millones $ y en 1927 otros 320 millones $.

Además, fue reduciendo el tipo de interés desde el 7% hasta el 3,5%. Por si fuera poco, la regulación bancaria redujo las reservas mínimas, que los bancos debían mantener para respaldar sus depósitos a la vista: para los bancos de Nueva York, Chicago

---

[66] Keynes, J. M. (1924), *A Tract on Monetary Reform*. Londres: Macmillan and Co., pp. 11-12. Hay traducción española de C. Rodríguez Braun (1996), Fondo de Cultura Económica; también recogida en Breve tratado sobre la reforma monetaria. Escritos (1910-1944). Madrid: Editorial Síntesis.

[67] I. Moncada (2023: 264); B. M. Anderson (1949-1979), *Economics and the Public Welfare. A Finantial and Economic History of the United States, 1914-1946*, Indianapolis: Liberty Fund Inc; M. Palyi (1972), *The Twilight of Gold, 1914-1936: Myths and Realities.* Chicago: Henry Regnery Co.; L. Hyman (2011), *Debtor Nation. The History of America in Red Ink*. Princeton University Press.

y San Luis se redujeron al 4,18%; para los de otras grandes ciudades al 3,34%; y para los bancos rurales al 2,5%. Adicionalmente las reservas mínimas para los depósitos a plazo se redujeron al 3%. Estos se convirtieron en el producto estrella de esta época pues, aunque no podían retirarse hasta su vencimiento, los bancos permitían realizar cómodas transferencias con ellos. De esta manera, por cada nuevo dólar emitido por la Fed la banca podía emitir entre 24 y 40 dólares en depósitos, y, como la Fed siempre actuaría de prestamista de último recurso, la banca no dudó en apurar siempre estas reservas mínimas.

En consecuencia, entre 1922 y 1928, los depósitos a la vista aumentaron en 13.500 millones de dólares, un 44%, y los depósitos a plazo en un 140%. La expansión monetaria de los felices años 20 superó la experimentada durante la participación estadounidense en la Primera Guerra Mundial… Además, esta inmensa expansión monetaria parecía no generar inflación porque los precios de los bienes de consumo no subían, muy posiblemente por los aumentos de la productividad generados por los desarrollos tecnológicos de la segunda revolución industrial: electricidad y electrodomésticos, teléfono, automóvil, etc. pero, en realidad, el dinero se estaba dirigiendo a adquirir muchos más bienes de consumo y a realizar inversiones en inmuebles, acciones de empresas y bonos de deuda pública y privada, cuyos precios sí que se dispararon de manera espectacular entre 1921 y 1929: la cotización de la Bolsa de Nueva York aumentó en un 600%. Casi todo el mundo que quisiera podía invertir con dinero prestado, a través de los trusts de inversión o de los fondos fiduciarios de inversión similares a los actuales Fondos de inversión, puesto que los bancos concedían préstamos por el 90% de las inversiones.

A la vista de estos datos, cabe preguntarse si el crack financiero y económico de 1929 y la Gran Depresión vinieron provocados por un fallo del mercado, como casi parece unánime pensar, o más bien por un fallo del gobierno. Además, una mera aproximación histórica a la época de entre guerras pone en evidencia que, ya desde Versalles, la Segunda Guerra Mundial se hizo prácticamente inevitable, y el análisis histórico económico, industrial y financiero de estos años aporta datos sobre los intereses políticos y financieros que contribuyeron a propiciarla[68].

En 1944, se estableció el sistema de Bretton Woods: la experiencia anterior a la Primera Guerra Mundial habría aconsejado volver al patrón oro, pero esto habría alejado al Estado de su poder absoluto sobre el dinero, por lo que se impuso un apaño. Un patrón oro fraudulento, controlado políticamente y diseñado a la medida de Estados Unidos. El dólar sería convertible en oro, a 35 $ por onza, pero solo podrían convertirlo en oro otros Estados y Bancos Centrales, no los ciudadanos. Las demás monedas se redefinirían como promesas de pago de una determinada cantidad de dólares, y los tipos de cambio entre divisas serían fijos, determinados por sus equiva-

[68] De extraordinario interés: É. Mantoux (1946), *The Carthaginian Peace, or the Economic Consequences of Mr. Keynes*, Oxford University Press, donde refuta las tesis de Keynes todavía hoy indiscutidas, de que las condiciones impuestas a Alemania por el Tratado de Versalles eran imposibles de cumplir: J. M. Keynes (1920), *The Economic Consequences of the Peace*, Londres: Simon Pub.

lencias en dólares[69]. En 1971, Estados Unidos abandonó la convertibilidad del dólar en oro, marcando el fin del patrón oro y el inicio de un sistema monetario basado en monedas fiduciarias.

7.2. El patrón fiduciario o "dinero fiat "

Es el modelo de regulación actualmente seguido: el valor de la moneda no está vinculado a ningún bien físico como el oro o la plata. Su valor solo proviene de la confianza y la aceptación general de la moneda por parte del público y de su respaldo o imposición por parte del gobierno. El término "dinero fiat" (hágase por decreto) significa que la moneda tiene valor por pura voluntad del gobierno. La mayoría de las economías modernas operan bajo un patrón fiduciario.

Pero, como hemos visto, el dinero necesita tener una aceptación general para cumplir sus funciones y permitir que la economía funcione. Para lograr la demanda generalizada, el Estado recurre a dos grandes medidas. La primera es imponer su uso mediante la fuerza, asignando a su dinero el privilegio del "curso legal": todo deudor queda obligado por ley a aceptar el dinero fiat en pago de cualquier deuda. La segunda medida es obligar a usarla para pagar impuestos. Evidentemente, si el Estado dispone de un "dinero propio", es difícil que no sucumba al incentivo de utilizarlo para financiarse.

7.3. Las criptomonedas y el patrón bitcoin

Las criptomonedas son uno de los elementos característicos y disruptivos de la cuarta revolución industrial. El dinero deja de depender de los gobiernos para ser un puro instrumento de intercambio, reserva de valor y unidad de cuenta. La cuestión, evidentemente, es en qué medida sean generalmente aceptadas. Aquí nos vamos a referir a Bitcoin (BTC) por ser la primera, la más desarrollada, con mayor capitali-

[69] Este "privilegio exorbitante", como lo definió Giscard d'Estaing, Ministro de Finanzas en los años sesenta del siglo xx, permitió a Estados Unidos financiarse (entre otras cosas la guerra de Vietnam) con cargo a otros Estados, imprimiendo dólares sin el respaldo efectivo de oro. De Gaulle y su equipo (en especial Jacques Rueff), que vivieron la primera Guerra Mundial, la hiperinflación en Alemania, la Gran Depresión de EE.UU. y la Segunda Guerra Mundial, no tenían dudas sobre lo que era mejor para Francia en el contexto de aquellos años. En una conferencia de prensa, el 4 de febrero de 1965, De Gaulle manifestó: "El hecho de que muchos países acepten como principio que los dólares sean tan buenos como el oro, conduce a los estadounidenses a endeudarse de forma gratuita a expensas de otros países. Porque lo que EE.UU. debe, lo paga, al menos en parte, con un dinero que solo ellos pueden emitir. Ante las graves consecuencias que se podrían desencadenar en caso de una crisis, creemos que se deben tomar medidas a tiempo para evitarla. Consideramos necesario que el comercio internacional se establezca sobre un patrón monetario indiscutible, y que no lleve la marca de un país en particular. ¿Qué patrón? La verdad es que no se puede imaginar otro patrón que no sea el oro!" Estos argumentos y diferentes circunstancias acabarían llevando a Estados Unidos a una situación insostenible.

zación[70] y que presenta una ventaja competitiva determinante: la limitación esencial de su cantidad porque solamente podrá llegar a haber 21 millones de BTC. Es una forma de dinero digital descentralizado que opera sin necesidad de una autoridad central o intermediarios, utilizando la criptografía para asegurar y verificar las transacciones. Fue creado en 2009 por Satoshi Nakamoto (cuya identidad real se desconoce), de acuerdo con un libro blanco o documento base[71].

Sus principales características[72] son: a) *Descentralización*: no está controlado por ningún gobierno, banco o entidad central. En lugar de ello, se basa en una red de nodos independientes que validan las transacciones; b) *Validación por blockchain*: las transacciones de Bitccoin se registran en una cadena de bloques (blockchain), que es similar a un libro mayor de cuentas público y descentralizado. Cada bloque contiene un conjunto de transacciones y está vinculado al bloque anterior mediante criptografía, formando una cadena continua; c) *Cantidad limitada*: El suministro total de Bitcoin está limitado a 21 millones de monedas. Esto se estableció para imitar la escasez de recursos como el oro y evitar la inflación; d) *Anónimo pero Transparente*: Aunque las transacciones de BTC no revelan las identidades de los usuarios, todas las transacciones son públicas y pueden ser vistas en la blockchain. Las direcciones de BTC son seudónimos que no revelan directamente la identidad de los usuarios; e) *Seguridad Criptográfica*: utiliza algoritmos criptográficos avanzados para asegurar las transacciones y la creación de nuevas monedas. La minería es el proceso mediante el cual los mineros resuelven problemas matemáticos complejos para añadir nuevos bloques a la cadena y son recompensados con nuevos bitcoins; f) *Transferencias Globales*: permite la transferencia de valor entre personas en cualquier parte del mundo sin necesidad de intermediarios ("desintermediación"), de manera rápida y con costes generalmente más bajos que las transferencias tradicionales.

8. EL MERCADO DE DINERO Y SU PRECIO

8.1. El precio del dinero

Los mercados de bienes y servicios se equilibran con el mercado de dinero. Cuando los distribuidores de alimentos o de ropa venden sus productos o cuando los trabajadores prestan sus servicios, lo hacen a cambio de dinero. El mercado de dinero son todos los intercambios que se realizan en una sociedad, es el reverso de los demás mercados, y el precio del dinero es su poder adquisitivo: como el de cualquier otro bien, su precio viene determinado por su oferta y su demanda en cada mercado de

---

[70] Superior a 1,3 billones $, *https://coinmarketcap.com/es/currencies/bitcoin/* consultado el 27.7.2024

[71] Satoshi Nakamoto (2009), *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. https://bitcoin.org/es/bitcoin-documento* consultado el 27.7.2024.

[72] S. Ammous (2018), *El Patrón Bitcoin. La alternativa descentralizada a los bancos centrales.* Barcelona: Deusto; J. A. Alepuz Sánchez (2017), "El dinero cuántico 21/79: un nuevo paradigma de equilibrio universal". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo LVII. Curso 2016-2017, Volumen 57.

productos o servicios: alimentos, energía, trabajo en función de su cualificación, etc. Un aumento o una reducción en la oferta de trigo, de petróleo o de servicios de ingenieros, aumentará o reducirá sus respectivos precios y aumentará o reducirá, correlativamente, el precio del dinero.

También se denomina, de manera técnicamente impropia, mercado de dinero al mercado crediticio: para aclarar las cosas, si tenemos en cuenta que el dinero es objeto de una propiedad, en un préstamo no se "dispone" de la propiedad plena del dinero, sino que se transmite su uso durante un tiempo determinado, con la obligación de devolverlo, a cambio del pago de los intereses pactados. Por eso, los tipos de interés no son estrictamente "el precio del dinero", sino el precio de su uso durante un plazo determinado.

8.2. Demanda y oferta de dinero

La *Demanda* de dinero se produce en función de su capacidad adquisitiva. ¿Qué significa capacidad adquisitiva del dinero? Primero, trabajamos, es decir, vendemos nuestros servicios, o vendemos bienes para ganar dinero, porque entendemos que otros lo aceptarán como pago, y podremos adquirir los bienes y servicios que necesitemos o deseemos. Y, segundo, de acuerdo con la explicación de la utilidad marginal de los intercambios, a la vista de los precios de los bienes y servicios existentes en sus respectivos mercados, preferimos tener el dinero que nos pagan por una cosa (por ej. un piso o un coche) a mantener su propiedad, o preferimos trabajar en un sitio o en otro o no trabajar, en función del dinero que nos paguen. En todos los casos, demandamos el dinero, preferimos tener el dinero a las cosas o a nuestro esfuerzo, porque con el dinero disponemos de una mayor utilidad.

La *Oferta* de dinero o cantidad de dinero en circulación se define por la suma en manos del público, más depósitos bancarios y otros activos líquidos. El Banco Central Europeo define tres agregados monetarios para la zona euro: M1 = efectivo (monedas y billetes) + depósitos a la vista; M2 = M1 + depósitos a plazo; M3= M2 + otros activos líquidos (valores de renta fija como letras del tesoro, instrumentos del mercado monetario, participaciones de fondos en el mercado monetario, cesiones temporales…). El agregado monetario más estable es M3 y constituye el valor de referencia del crecimiento de la cantidad de dinero para el Eurosistema.

Con carácter general y simplificando, a riesgo de imprecisiones, para facilitar la comprensión de los procesos más elementales, la oferta de dinero se produce y varía por tres vías.

a) Financiación del déficit y de la deuda pública mediante la creación de dinero. - Los Estados tienen el monopolio de la emisión de dinero, por lo que cabe la posibilidad de que el déficit y la deuda pública lo cubran mediante la fabricación de nueva moneda. Este método es inflacionario y, por tanto, injusto. Estas prácticas se denominan apelaciones al Banco Central o monetización de la deuda pública y en la Unión Europea están prohibidas desde la entrada en vigor del tratado de Maastricht (1992).

Sin embargo, en la práctica se sortean a través de las operaciones de mercado abierto (compra de deuda pública por parte de los Bancos Centrales), o dando préstamos a los bancos privados para que compren títulos de deuda pública.

b) Expansión crediticia. - Los bancos comerciales pueden aumentar la concesión de préstamos y créditos (préstamos personales e hipotecarios, préstamos a las empresas para financiar inversiones en activos fijos…). Para ello, los Bancos Centrales pueden reducir el tipo de interés al que prestan dinero y flexibilizar las condiciones para que concedan financiación. Una regla clave que impone el Banco Central es el *coeficiente de caja* que deben mantener los bancos comerciales, es decir, qué porcentaje de los depósitos de un banco debe ser mantenido en reservas líquidas (en sus propias arcas o en otras instituciones financieras). En la actualidad el BCE tiene establecido como coeficiente de caja un 1%. Para que se entienda, de cada 100 euros que el banco recibe en un depósito bancario a la vista (puede ser retirado en cualquier momento), solamente está obligado a mantener 1 euro como reserva líquida, pudiendo proceder de inmediato a prestar o negociar con los otros 99 euros[73].

c) Operaciones de mercado abierto. - El Banco Central, ya sea directamente o mediante intermediarios, da órdenes masivas de compra o de venta de valores, provocando un aumento o disminución de la oferta monetaria.

8.3. Consecuencias de la expansión monetaria artificial

Por lo que hemos ido exponiendo hasta ahora, el dinero solamente puede cumplir sus funciones cuando incorpora el valor de productos y servicios. En la útil y didáctica explicación de Jacques Rueff, solamente comprendiendo los derechos y su intercambio puede comprenderse la verdadera naturaleza del dinero y de la moneda: el dinero no es más que el continente instrumental y ocasional de los derechos patrimoniales de una persona, y que su titular desea tener, por razones de comodidad, porque le permitirá cambiarlo en el futuro por bienes y servicios que necesite o desee. Por tanto, cuando alguien, ya sea un particular o el gobierno, transmite o pone en circulación moneda u otros bienes o derechos que incorporan valor, está transmitiendo un "derecho verdadero", mientras que si transmite moneda u otros bienes o derechos que no incorporan valor, lo que está transmitiendo está vacío de valor real y, por tanto, está transmitiendo un "derecho falso" (Rueff 1948: 265).

Esto permite comprender por qué la emisión artificial de moneda, desde la antigüedad (y ya Roma ofrece ejemplos suficientemente significativos), provoca disfunciones muy graves en la política, la economía y la sociedad. Veamos algunas de las disfunciones más significativas y perjudiciales.

---

[73] J. Huerta de Soto (2023), *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos.* Madrid: Unión Editorial, 8ª ed. argumenta la incompatibilidad de esta práctica con el contrato de depósito, y explica cómo la regla del coeficiente de reserva hace que la cantidad efectivamente depositada puede ser multiplicada por 10.000.

8.3.1. La inflación

Para comprender la naturaleza de la inflación, es necesario distinguir entre la subida selectiva del precio de algunos bienes y servicios, y la subida progresiva y generalizada de todos los precios. El primer proceso consiste en que algunos productos o servicios pueden aumentar o reducir su precio en función de la mayor o menor oferta y demanda: escasez, climatología, guerras, cambio en las modas o necesidades, etc. La evolución de los precios es la señal esencial de una economía de mercado para que los empresarios adapten sus procesos productivos y, muy especialmente, para que trabajen en encontrar innovaciones tecnológicas, organizativas y comerciales, que aporten ventajas competitivas determinantes[74]: esta es la explicación de las cuatro revoluciones industriales y de los constantes aumentos en la calidad de vida experimentados desde el siglo XIX; exceptuando, por supuesto, la capacidad destructiva de la tecnología cuando se utiliza en las guerras, el terrorismo o el crimen. Sin ética pasaremos de la superbomba a la honda.

El segundo proceso, la inflación, consiste en que, como consecuencia de expansiones monetarias artificiales generadas por la creación de moneda por el Banco Central y por la banca comercial o de inversión, aumenta significativamente la cantidad de moneda o la masa monetaria. Lógicamente, *el aumento de la oferta monetaria hará bajar el precio del dinero, que es su poder adquisitivo, haciendo aumentar el precio de todos los bienes y servicios en mayor o menor medida (según su demanda), esto es la inflación*; pero especialmente de aquellos bienes que ofrezcan mayor seguridad como reserva de valor y mejores expectativas de revalorización: es decir, los bienes inmuebles y los títulos de propiedad de las empresas.

8.3.2. El beneficio de unos sectores y el perjuicio de otros

Para empezar por lo más evidente, la inflación o subida generalizada de los precios constituye un *impuesto* porque permite financiarse al Estado por una doble vía: por una parte, al disminuir el precio del dinero y aumentar el precio de los bienes y servicios, aumenta su recaudación tributaria[75] y el pago de la deuda le cuesta menos; por otra parte, la inflación hace que el Banco Central reduzca los tipos de interés, por lo que el Estado también tiene que pagar menos. Pero la inflación es un *impuesto regresivo* (artículo 31. 1 CE) porque las subidas de los precios afectan a todos los consumidores de manera indiscriminada, sin tener en cuenta su capacidad económica, por lo que cuanto menor sea el patrimonio del consumidor mayor es el impacto de la privación económica.

---

[74] H. Demsetz (1986) distingue entre "competencia en el mercado y competencia por el mercado": *La competencia: aspectos economicos, juridicos y politicos*, Madrid: Alianza Editorial.

[75] En los últimos años España ha alcanzado las recaudaciones tributarias más altas de su historia.

Lo anterior todavía se agrava más. Y no es ningún descubrimiento reciente, sino una "ley de la economía", el efecto Cantillon[76]: quién se beneficia cuando el Estado imprime dinero depende de la configuración institucional de ese Estado y, en el siglo XVIII, esto significaba que cuanto más cerca estabas del rey y de los ricos, más te beneficiabas, y cuanto más lejos estabas, más te perjudicaba. A los primeros que llega el nuevo dinero se encuentran con que pueden gastarlo (o, mucho mejor, invertirlo) en función de los precios existentes anteriores, pero según va aumentando la demanda de bienes, valores, productos y servicios, comienzan a aumentar los precios en general (la inflación); de manera que el impacto más fuerte se produce sobre los menos ricos, influyentes y poderosos.

Ahora seguimos igual, el nuevo dinero creado tanto por el Banco Central Europeo como por la Reserva Federal, billones de dólares y de euros desde 2008[77], para resolver las consecuencias de la gran recesión de 2008 y de la pandemia del Covid-19, no se reparte de manera "justa y equitativa" entre la población sino que se inyectan a través de "complejos y sofisticados" canales y procedimientos por lo que, en primer lugar, beneficia a la clase política al financiar la deuda pública, y, después, al sector financiero (que parte y reparte), y a los más cercanos y avezados para conseguir los Fondos. Por supuesto que determinadas cantidades llegan a los destinatarios de ayudas sociales, pero llega muchísimo más dinero a las grandes empresas energéticas (transición renovable), constructoras y de servicios, a la banca, a los fondos de inversión, etc. No es por tanto sorprendente que las Bolsas hayan experimentado subidas importantes de sus índices, al igual que los precios del mercado inmobiliario… cuando, al mismo tiempo, hay cada vez más pobres, los rendimientos del trabajo presentan constantes pérdidas del poder adquisitivo[78], etc.

---

[76] R. Cantillon (1750), *Essai sur la Nature du Commerce en General*. Traducción española *Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general.* Madrid: Unión Editorial, 2021.

[77] Desde la crisis financiera en 2008, el BCE ha incrementado sustancialmente su balance mediante programas de compra de activos y otras medidas de estímulo monetario. Entre 2008 y 2023, el BCE implementó varias rondas de inyección de liquidez a través de programas como las Operaciones de Refinanciación a Largo Plazo (LTRO y TLTRO) y el Programa de Compras de Activos (APP), además de su respuesta a la pandemia de COVID-19 con el Programa de Compras de Emergencia Pandémica (PEPP). Para mediados de 2022, el balance del BCE alcanzó aproximadamente el 70% del PIB de la eurozona, lo que representaba un incremento notable desde los niveles de 20% del PIB en 2014. Esto se tradujo en la creación de varios billones de euros en liquidez. En particular, el PEPP y el APP acumularon unos 4,2 billones de euros en activos hacia finales de 2022. En total, se estima que el balance del BCE creció en torno a 6 billones de euros entre 2008 y 2023: CaixaBank Research, "La reducción del balance del BCE en 2023". *https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/mercados-financieros/reduccion-del-balance-del-bce-2023*, consultado el 13 de septiembre de 2024; Openmind BBVA, "El Banco Central Europeo del problema a la solución", *https://www.bbvaopenmind.com/articulos/el-banco-central-europeo-del-problema-a-la-solucion/* consultado el 13 de septiembre de 2024.

[78] En la épocas de inflación, es llamativa la insistencia del Banco de España en que no aumenten los sueldos y salarios para no contribuir a que aumente más la inflación.

8.3.3. La distorsión de las inversiones empresariales y la exacerbación de las crisis económicas en los ciclos económicos

Como regla general, las inversiones correctas dependen de la función de los empresarios que arriesgan su propio patrimonio y asumen sus propios riesgos, realizando constantemente el cálculo empresarial y verificando que la facturación supera a los gastos, generando beneficios y riqueza. Cuando el dinero llega a las empresas de manera "artificial", suele perderse la lógica de las decisiones empresariales, inyectando más recursos de los necesarios y provocando el riesgo de crisis económicas sectoriales o generales. En función de la envergadura de los fondos artificialmente inyectados y de los errores empresariales, financieros y económicos cometidos, antes o después, se producirán crisis empresariales o que afectarán a todo el sector financiero o a toda la economía, como en 1929 o en 2008. Pero, esta parte de los antecedentes siempre ha sido la misma y ha sido un fallo del gobierno y no del mercado.

9. DESAFÍOS PARA LAS POLÍTICAS Y POTESTADES FISCAL Y MONETARIA

Mientras no seamos capaces de diseñar e imponer reglas y sanciones jurídicas[79] sobre el poder de los Gobiernos para gastar dinero, con independencia de los ingresos que obtengan; y sobre el poder de los Bancos Centrales para crear dinero, podrá haber políticas, pero no una potestad fiscal y una potestad monetaria, entendidas como potestades funcionales sometidas al imperio del Derecho. La tarea no es aplazable por la gravedad de los desafíos que se plantean. Y tampoco es aconsejable ignorar la importancia del conflicto y de las controversias jurídicas entre el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[80].

La primera cuestión que llama la atención es que, con frecuencia, aparece una sorprendente desconexión entre la política fiscal y la política monetaria. En ocasiones parece que no tuvieran nada que ver. Algunos economistas han sostenido que la inflación está, en última instancia, bajo el control del banco central, con independencia de la política fiscal del gobierno (Friedman). En épocas de estabilidad o crecimiento económico, las políticas fiscal y monetaria pueden desarrollarse con cierta descoordi-

---

[79] L. Kaplow (1992), *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke Law Journal 557.

[80] Por el planteamiento del presente estudio no podemos entrar en el debate, pero tampoco ignorar su extraordinaria importancia: entre otros, Jiménez-Blanco, A. (2020). "La compra de deuda pública por el Banco Central Europeo: notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020". *Revista de Administración Pública*, 212, 147-180; Roca, M.ª J. (2020), "La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho europeo". *Saggi – Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* online, 2845-2856. Rodríguez de Santiago, J. M. (2021), "Sobre democracia, metodología y dinero. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, Sobre el PSPP". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 295-331.

nación. De hecho, en el Derecho Europeo la primera es competencia de los Estados, mientras que la segunda es competencia de la Unión.

La gran recesión de 2008 dejó claro que, para superarla y mantener la unión monetaria lograda con el euro, era imprescindible una estrecha coordinación. Ahora bien, cuando a partir de 2017 comenzaron a superarse los efectos de la crisis, algunos Estados retomaron la senda de la descoordinación, y no aprovecharon su crecimiento económico para reducir sus déficits presupuestarios anuales y su deuda pública. Por ello, cuando en 2020 y 2021, la pandemia del covid-19 colapsó las economías, rompiendo las cadenas de suministro y bloqueando tanto la oferta como la demanda, debido a los confinamientos y a las restricciones a la libertad de movimientos; y cuando en 2022 Rusia invadió Ucrania, desencadenando por el conflicto y por las sanciones comerciales una fuerte carestía de suministros energéticos y de otros productos como los cereales, los Estados se han enfrentado de nuevo a una reducción de la actividad económica y a fuertes subidas de la inflación que algunos meses en 2022 superó una tasa anual del 10%, que no veíamos desde la década de los ochenta del siglo xx.

Ante el aumento de la inflación, el consiguiente aumento de los tipos de interés por los Bancos Centrales y por la banca, y el aumento de los costes de financiar la deuda pública de los Estados, y la deuda privada de empresas y particulares (especialmente grave en el caso de los préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas) resulta evidente plantearse la pregunta de si es posible controlar la inflación cuando algunos Estados mantienen su indisciplina fiscal, aumentando de manera constante el déficit y la deuda pública.

La única respuesta posible nos la da la historia: desde el imperio romano hasta las hiperinflaciones del siglo xx, que también siguen experimentando muchos países durante el presente siglo (en 2023, Argentina: 211%, y en 2022, Turquía: 64,2%, Venezuela: 234%), cuando los Estados pierden la confianza de los inversores en su capacidad económica para devolver sus inversiones en la compra de bonos de deuda, la única manera que les queda para continuar financiándose es recurrir al envilecimiento de su moneda, es decir, fabricando o poniendo en circulación de una u otra forma más dinero, lo cual hará que descienda su valor. Pero, es evidente, que tal solución solamente resuelve los problemas de manera transitoria para crear problemas bastante peores: el envilecimiento del dinero acaba con la estabilidad de precios, disparando las tasas de inflación, lo cual socava el mercado y la economía, provocando graves problemas sociales, que automáticamente atraen el populismo, la demagogia y el deterioro, no sólo de las instituciones económicas del mercado, sino también de las instituciones políticas de la democracia.

La prueba de la conexión entre la política fiscal y la política monetaria no es sólo histórica, sino también económica y matemática. SARGENT y WALLACE demostraron matemáticamente en un estudio de 1981[81] que, si la política monetaria se entiende que comprende las operaciones de mercado abierto —mediante la compra por

[81] "Some Unpleasant Monetarist Arithmetic". *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review* vol. 5, no. 3, 1981.

el banco central de activos mediante dinero creado *ex novo*—, no podría controlar de manera estable la inflación. En su discurso al recibir el Premio Nóbel de Economía de 2011, SARGENT manifestó: "con una política fiscal derrochadora, es imposible que una autoridad monetaria sostenga una inflación baja, porque el presupuesto intertemporal del gobierno implica que la autoridad monetaria (el Banco Central), tarde o temprano, deberá imponer la inflación, como un impuesto encubierto suficientemente grande para financiar el presupuesto"[82] .

El aumento de la inflación, que ha seguido al covid-19 y a los billones de dólares y de euros de transferencias y ayudas financiadas por el déficit y la deuda pública, ha puesto en jaque las pocas reglas jurídicas existentes. Para entender las magnitudes de las que estamos hablando, desde comienzos del siglo xxi, los principales bancos centrales del mundo han reducido sistemáticamente sus tipos de interés y han expandido significativamente sus balances, es decir, han creado dinero. Primero con la excusa de evitar una crisis (2002 puntocom, 2008 burbuja inmobiliaria, 2020 covid-19) y, después, apelando a la necesidad de resolverla, la creación de dinero ha sido la respuesta y la principal solución desde hace más de veinte años.

Si analizamos la base monetaria que circula en la economía estadounidense[83], podemos ver que las cifras rondaban los 600.000 millones de dólares en el año 2.000, pero que se dispararon notablemente en los ocho años siguientes (800.000 millones en 2006), hasta alcanzar los 900.000 millones de dólares en septiembre de 2008. Esta expansión, unida a la multiplicación crediticia de la banca comercial y de inversión, financió la burbuja inmobiliaria, y terminó conduciendo al sector financiero a la crisis de 2008, que contagió al conjunto de la economía norteamericana, cuyo deterioro tumbó también a las economías europeas.

Pero si aquella expansión ya fue notable, más aún lo ha sido el espectacular aumento del balance de la Reserva Federal, motivado por los programas de expansión cuantitativa. La base monetaria quincenal de Estados Unidos, que llegaba a 900.000 millones de dólares en septiembre de 2008, subió de forma reiterada en los años que siguieron, hasta más que triplicar sus niveles el año 2015-2016 y llegar a los 4 billones de dólares.

En 2018, el balance de la FED atesoró activos valorados en niveles cercanos al 20% del PIB: más de 4 billones de dólares frente a 23 billones de dólares. Si la cifra es llamativa, puede tenerse en cuenta que el Banco Central Europeo mantiene en su balance activos valorados en cerca de un 40% del PIB, activos cuyo tamaño no ha parado de crecer de manera acelerada. En conclusión, desde comienzos del siglo xxi, mientras los Gobiernos aumentaban sus déficits anuales y su deuda pública, los Bancos Centrales han mantenido los tipos bajos y niveles reducidos de inflación gracias a la creación e inyección de nuevo dinero en la economía.

---

82 "Nobel Lecture: United States Then, Europe Now". *Journal of Political Economy*, Vol. 120, No. 1, 2012.

83 Federal Reserve Bank of St Louis, FRED Economic Data, Monetary Base Total, *https://fred.stlouisfed.org/series/BOGMBASE/*

Durante el debate sobre los criterios que debían exigirse a los Estados interesados en formar parte de la Unión Monetaria Europea, se planteó la necesidad de incluir los requisitos de sostenibilidad fiscal: que el déficit anual de las cuentas públicas no superase el 3% y que la deuda pública no superase el 60%. Mientras los criterios monetarios referentes a las tasas de inflación, a las tasas de interés y a las tasas de cambio no fueron objeto de una gran discusión, puesto que su relevancia para una moneda única estaba clara; en el caso de los criterios fiscales, la cuestión que se planteó entonces fue si era necesario controlar esas variables en una Unión monetaria en la que sus reglas esenciales prohibían expresamente la financiación del gasto público a través de préstamos del Banco Central Europeo...[84]

Algunos economistas señalaron que no era necesario exigir estos requisitos fiscales, en primer lugar, porque la política fiscal era responsabilidad exclusiva de los Estados miembros y, en segundo lugar, porque los Estados, en principio, no podrían influir sobre el Banco Central Europeo y sobre sus decisiones respecto al aumento de la oferta monetaria. El desequilibrio fiscal sostenido provocado por una alta deuda pública en un Estado miembro de la Unión monetaria sería equivalente a los desequilibrios financieros de una región dentro de un Estado miembro que tuviera su propio Banco Central: estos desequilibrios podrían tener importantes efectos en la economía real pero no en la estabilidad de los precios, que es el principal objetivo del BCE, de acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: el objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales será mantener la estabilidad de precios (artículo 127).

Este planteamiento fue rechazado teniendo en cuenta que los desequilibrios fiscales significativos de un Estado miembro podrían causar serios problemas para la Unión monetaria porque amenazarían la estabilidad de la moneda única. Como demostró más tarde la crisis financiera griega, la vulneración sistemática de los principios de la estabilidad fiscal por un Estado miembro —incluso de uno cuyo PIB representa solamente un pequeño porcentaje del PIB de la eurozona— podría crear serios problemas para toda el área monetaria. Si la suspensión de pagos y la cancelación parcial de su deuda pública no se consideraron una solución aceptable para un Estado miembro de la Unión monetaria, era necesario imponer reglas para evitar políticas fiscales temerarias. Las reglas sobre estabilidad fiscal se consolidaron en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y más tarde han sido modificadas en varias ocasiones especialmente tras la recesión financiera de 2008 y la crisis del Covid-19.

Un estudio de CABRILLO y ALBERT (2022)[85] resulta extraordinariamente útil para el Derecho Administrativo porque, al tiempo que denuncia la incorrecta aplicación de las reglas fiscales, señala el camino adecuado: diseñar nuevas reglas que

---

[84] El Banco Central Europeo financia, de hecho, la deuda pública de los Estados miembros, mediante operaciones de mercado abierto, en las que el Banco Central Europeo compra los títulos de esas deudas a los bancos comerciales que la han comprado antes.

85 "New rules to secure fiscal sustainability in the European monetary union". *Future Europe Journal Issue 2 Section 3: The long-term challenges for the Eurozone architecture. (2022).*

impongan de manera efectiva el respeto de los criterios de estabilidad fiscal mediante un cumplimiento continuado y progresivo.

Por ejemplo, la manera en que algunos Estados, como el Reino de España, han interpretado el requisito del 3% de déficit es especialmente sorprendente, al entender que el requisito permanece inalterable tanto en momentos de recesión económica como de crecimiento económico. Evidentemente, este no era el objetivo de la regla. En un modelo diseñado para alcanzar el equilibrio presupuestario a medio plazo, o a lo largo de los ciclos económicos, el 3% de déficit sería aceptable en los años de recesión o de menor crecimiento económico; de manera que pudiera ser compensado con los superávits presupuestarios en los años de mayor crecimiento. Sin embargo, algunos países, sin un deseo real de reducir sus déficits estructurales, han utilizado su cumplimiento formal del requisito del del 3%, también en los años de crecimiento económico, como una excusa para acumular déficits excesivos durante largos periodos, provocado un aumento acumulativo de su deuda pública.

En la escena mundial actual, hay dos factores económicos de extraordinaria importancia. Uno, es la sucesión de dos revoluciones industriales y, otro, el aumento constante de la deuda, financiada, no por el ahorro, sino por la creación de dinero. Ambos factores están contribuyendo, lógicamente entre otros, a una acumulación de la riqueza en sectores determinados de la población, provocando una desigualdad social que incita al populismo, a la demagogia, al enfrentamiento social y a la pérdida de legitimidad de los sistemas democráticos.

En cuanto a las revoluciones industriales, a comienzos de la década de los noventa, se desencadena de manera generalizada la tercera revolución industrial, centrada en el proceso de convergencia entre los sectores de las telecomunicaciones, de la informática y de las industrias y servicios de datos, información y formación, y audiovisual, conformando el hipersector de las Tecnologías de Información y Comunicación TICs, gracias al desarrollo de internet. Cuando esta revolución alcanza su maduración y apogeo en los últimos años, comienza una cuarta revolución industrial, que se anuncia todavía más disruptiva, y no se centra en uno o varios sectores de la economía, sino que al ser transversal afecta a todos: biotecnología, robótica, inteligencia artificial, internet de las cosas, blockchain, criptomonedas en especial bitcoin, descarbonización y electrificación de la energía, etc. Evidentemente, las revoluciones industriales suponen ventajas y aumentos de la calidad de vida, pero, al mismo tiempo, como señaló Schumpeter, intensifican los procesos de destrucción creadora inherentes al capitalismo y a la innovación, provocando una notable destrucción de los puestos de trabajo que quedan obsoletos y una concentración de las rentas de las nuevas industrias en manos de sus promotores y accionistas.

Lo sorprendente es que estas dos revoluciones industriales seguidas deberían haber provocado reducciones significativas de precios y un aumento del poder adquisitivo. Sin embargo, nos encontramos con que los precios no se han reducido y la inflación ha seguido aumentando (un 60% en la Eurozona entre 2000 y 2023). ¿Por qué?

Aquí entra en juego el segundo factor económico que, junto con las revoluciones industriales, interesa subrayar. En el mundo actual, el principal factor que impulsa el crecimiento económico es el crédito fácil [86], gracias al dinero que se está creando a un ritmo difícil de comprender.

En 2000, la deuda total del mundo era de aproximadamente 62 billones de dólares. Al mismo tiempo, la economía mundial en 2000 era de unos 33,5 billones de dólares. Desde 2000, la economía mundial ha crecido de 33,5 billones de dólares a unos 80 billones de dólares. Pero, para lograr ese crecimiento, la deuda total ha crecido a más de 247 billones de dólares hasta el tercer trimestre de 2018, según el Instituto de Finanzas Internacionales. En otras palabras, se han necesitado aproximadamente 185 billones de dólares de deuda mundial para lograr 46 billones de dólares de crecimiento mundial... ¿A alguien se le ocurriría pedir a un banco una línea de crédito por 185 para lograr unas rentas de 46? [87]

Este aumento de la deuda ha sido posible por la creación de dinero efectuada por los bancos centrales, en especial, la Reserva Federal, el Banco Central Europeo, el Banco de Japón y el Banco de Inglaterra. Si nos fijamos en el principal actor, entre 2000 y 2021, el PIB de Estados Unidos ha aumentado un 120%, la inflación un 65% y el dinero casi un 1.000% [88].

De una u otra forma, desde que en 1971 Estados Unidos dio por finalizada la convertibilidad del dólar con el oro, poniendo fin al sistema iniciado en Breton Woods, la oferta de dinero no ha dejado de crecer, y su valor de disminuir... frente a las materias primas, a los bienes inmuebles y a las acciones de las empresas. ¿Quién gana y quién pierde en este proceso? Ganan los que tienen cosas y pierden los que no tienen cosas y solamente disponen de su trabajo para obtener el dinero que les permite vivir.

Si unimos los dos factores que señalamos al principio —dos revoluciones industriales seguidas y un aumento constante de la deuda financiada por la creación de dinero que acarrea la pérdida de su valor— disponemos de una de las explicaciones del incremento de la desigualdad social: en Estados Unidos, un 5% de la población posee ahora más de dos tercios de la riqueza, mientras que el 95% restante de la población tiene otro tercio. Sólo tres personas —Jeff Bezos, Bill Gates y Warren Buffett— acumulan más riqueza que el 50% de la población.

En contra de algunas explicaciones de este proceso, toda la culpa no es de los mercados y del capitalismo, sino también de los gobiernos. No estamos solamente ante "fallos del mercado", sino también ante "fallos del gobierno"; que, mediante sus intervenciones monetarias masivas, distorsiona la función de los empresarios y la asignación de los factores de producción. El dinero (cada moneda), como el metro o

---

[86] J. Booth (2020), *The Price of Tomorrow. Why deflation is the key to an abundant future*. Stanley Press.

[87] Booth (2020:12).

[88] Federal Reserve Bank of St. Louis: https://fred.stlouisfed.org/series/GDP; https://fred.stlouisfed.org/series/CPILFESL; https://fred.stlouisfed.org/series/BOGMBASE .

el litro, es un estándar de valor. Pretender que, aumentando de la nada la cantidad de dinero, se genera riqueza, para resolver problemas públicos, es tan eficaz como disponer que las gasolineras dispensarán 1.050 mililitros por litro, o que la distribución comercial despachará 1.050 gramos por kilo de alimentos. Tales medidas pueden beneficiar a algunos, pero no servir a los intereses generales; y, en definitiva, suponen mantener una vieja superstición de que un misterioso poder de la soberanía infunde riqueza en el dinero [89].

Por eso, la gravedad de los incumplimientos de las reglas de estabilidad presupuestaria y monetaria es terrible porque supone la pérdida de poder adquisitivo del trabajo de las personas, vulnerando su derecho de propiedad y a la propiedad, su derecho más fundamental, al ser el que facilita el ejercicio real de sus demás derechos.

Una parte esencial del remedio es diseñar reglas jurídicas claras, que disciplinen las decisiones de los Estados y de los Bancos Centrales.

BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, D. y Robinson, J. E. (2014), *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona: Deusto.

Anderson, B. M. (1979), *Economics and the Public Welfare. A Financial and Economic History of the Unites States, 1914-1946*, 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, Inc.

Arellano Salafranca, I. (2021), *El dinero. Crónica de una impostura permanente. De dónde salió, qué es, a donde lo quieren llevar.* Santiago de Compostela: Andavira Ediciones

Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Circa 340 a.C.), traducciones de J. Pallí Bonet (2010), Madrid: Ed. Gredos, y de S. Ros Rufino y J.E. Meabe (2015), Madrid: Ed. Tecnos.

Aristóteles, *Política* (Circa 340 a.C.), traducción de M. García Valdés (1988), Madrid: Ed. Gredos.

Bacigalupo, M. (2023), "La vinculación de la Administración Pública a la ley y al Derecho", en Velasco y Darnaculleta (2023).

Biondi, B. (1956-2019), *Los bienes*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Boettke, P., Salter, A y Smith, D. (2021), *Money and the Rule of Law: Generality and Predictability in Monetary Institutions.* Cambridge University Press.

Booth, J. (2020), *The Price of Tomorrow. Why deflation is the key to an abundant future.* Stanley Press.

Brough, W. (1896), *The Natural Law of Money. The successive steps in the growth of money traced from the days of barter to the introduction of the modern clearing house, amd monetary principles examined in their relation to past and present legislation.* Nueva York: G.P. Putnam's Sons.

Cabrillo y Albert (2022), "New rules to secure fiscal sustainability in the European monetary union". *Future Europe Journal Issue 2 Section 3: The long-term challenges for the Eurozone architecture.*

Coase, R. (1994), *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial.

Colom Piazuelo, E. "El sistema monetario metálico español: consideraciones en torno a la emisión, acuñación, puesta y retirada de la circulación de la moneda". *Revista Española de Derecho Administrativo* 86, 1995, pp. 219-251.

Darnaculleta Gardella, M. M. (2023), "Lección 2. Derecho Administrativo", ep. 52. En Velasco Caballero y Darnaculleta Gardella (2023).

Davies, G. (2002), *A History of Money. From Ancient Times to the Present Day*. Cardiff: University of Wales Press.

De Castro y Bravo, F. (1971), *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

[89] Brough (1896: 133).

De la Cruz Ferrer, J, (2002), *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea.* Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
De Mariana, Juan (1609), *Tratado y discurso sobre la moneda de vellón. Que al presente se labra en Castilla, y de algunos desórdenes y abusos.* Barcelona: Ediciones Deusto (2017).
De Otto y Pardo, I. (1988), "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Martín-Retortillo Baquer, l.; de Otto y Pardo, I., Derechos fundamentales y Constitución, Madrid: Civitas.
Demsetz, H. (1986), *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid: Alianza Editorial.
Díez-Picazo, L. (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Ed. Civitas.
Doménech, G. "La verdadera función social del derecho de propiedad". *Almacén de Derecho.* https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada
Drucker, P. (1989), *Las nuevas realidades. En el estado y la politica, en la economia y los negocios, en la sociedad y en la imagen del mundo*. Barcelona: EDHASA.
Ferguson, C. (2012), *Inside Job*. Bilbao: Deusto.
Ferguson, N. (2020), *El triunfo del dinero. Una historia financiera del mundo*, 5ª ed. Barcelona: Debate.
Fernández, T. R. (2008), *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
Franch Parella, J. (2012), *Economía*. Madrid: Unión Editorial.
Friedman, M. y Schwartz, A. (1963), *A Monetary History of the United States, 1867–1960*, Princeton University Press.
García-Andrade, J. (2020), "La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el derecho público". *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Vol. 2 | 2020, 125-160.
García de Enterría, E. (1962), "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)". Revista de Administración Pública Nº 38, pp. 159-208.
García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2015), *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas 17ª ed.
Goetzmann, W.N. (2017), *Money Changes Everything. How Finance made Civilization Possible.* Princeton University Press.
Goodhart, C. A. E. (1998), "The two concepts of money: implications for the analysis of optimal currency areas". *European Journal of Political Economy*, 14, p. 407.
Harari, Y. N. (2015), *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad.* Barcelona: Debate.
Hayek, F. A. (1960-2019), *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, 10ª ed.
Huerta de Soto, J. (2023), *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*. Madrid: Unión Editorial, 8ª ed.
Hyman, L. (2011), *Debtor Nation. The History of America in Red Ink.* Princeton University Press.
Kaplow, L. (1992), "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", 42 *Duke Law Journal* 557.
Kemmerer, E. (1945-2019), *Oro y patrón oro. Historia del oro como dinero: Pasado, presente y futuro.* Madrid: Unión Editorial.
Keynes, J. M. (1936-2018), *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica.
Keynes, J. M. (1930), *Treatise on Money* (1930), The collected writings of John Maynard Keynes Vol. V, Cambridge University Press.
Keynes, J. M. (1924), *A Tract on Monetary Reform*. Londres: Macmillan and Co. Hay traducción española de C. Rodríguez Braun (1996), Fondo de Cultura Económica; también recogida en *Breve Tratado sobre la reforma monetaria*. Escritos (1910-1944). Madrid: Editorial Síntesis.
Keynes, J. M. (1920), *The Economic Consequences of the Peace*, Londres: Simon Pub.
Krugman, Wells, Graddy (2021), *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Ed. Reverté.
Jevons, W. S. (1875), *Money and the Mechanism of Exchange*, Nueva York: D. Appleton and Co.
Lannoye, V. (2023), *The History of Money for Understanding Economics*, North Haven: Le Cri édition.
López Zafra, J. M. (2014), *Retorno al patrón oro: por qué la historia y la actualidad lo avalan como la solución definitiva a la crisis.* Barcelona: Deusto.
Mankiw y Taylor (2017), *Economía*. Madrid: Eds. Paraninfo.
Mantoux, E. (1946), *The Carthaginian Peace, or the Economic Consequences of Mr. Keynes*, Oxford University Press.

Martín Huertas, M. A. (2008), "El contenido esencial de los derechos fundamentales". *Revista de las Cortes Generales*, Nº 75, pp. 105-190.
Menger, C. (1871-2000), *Principios de Economía Política*, Madrid:Unión Editorial.
Menger, C. (1892-2013), *El dinero*. Madrid: Unión Editorial.
Mises, L. (1949-2013), *La acción humana. Tratado de economía.* Madrid: Unión Editorial, 15ª ed.
Moncada, I. (2023), *La Odisea del Dinero*. Santa Cruz de Tenerife: Gaveta Ediciones.
North, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance.* Cambridge University Press.
North, D. (1991), "Institutions", *Journal of Economic Perspectives*.
Nussbaum, A. (1925), *Teoría Jurídica del dinero. El dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero.* Berlín.
Ogus, A. (1994), *Regulation. Legal Form and Economic Theory.* Oxford University Press.
Palyi, M. (1972), *The Twilight of Gold, 1914-1936: Myths and Realities*. Chicago: Henry Regnery Co.
Piketti, T. (2014), *El capital en el siglo XXI*. Fondo de Cultura Económica. Madrid.
Posner, R. (1972), *Economic Analysis of Law*, 1ª ed. Boston: Little Brown & Co.
Posner, R. (2011), *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression.* Harvard University Press.
Rodríguez de Santiago, J. M. (2018), "Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada". *Almacén de Derecho*, 15 Junio 2018. https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada
Rueff, J. (1948), *L'Ordre Social*. París: Librairie de Médicis.
Rueff, J. (1967), *La época de la inflación*. Madrid: Ed. Guadarrama.
Rueff, J. (1971), *El pecado monetario de occidente*. Barcelona: DOPESA.
Santamaría Pastor, J A. (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
Santa Sede (2004), *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html consultado el 28 de agosto de 2024.
Sargent y Wallace (1981), "Some Unpleasant Monetarist Arithmetic". *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review* vol. 5, no. 3.
Sargent (2012), "Nobel Lecture: United States Then, Europe Now". *Journal of Political Economy*, Vol. 120, No. 1.
Say, J. B. (1838), *Tratado de Economía Política. Exposición sencilla de cómo se forman, se distribuyen y se consumen las riquezas.* Traducción de la quinta edición francesa. Madrid: Imprenta que fue de Fuentenebro.
Shavell, S. (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press.
Schumpeter (1911): *La teoría del desarrollo económico. Una investigación sobre ganancias, capital, crédito, interés y ciclo económico*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
Velasco Caballero, F. y Darnaculleta Gardella, M. M. (2023), *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
Weber, M. (1904-2001), *La ética protestante y el "espíritu" del capitalismo*. Madrid: Alianza editorial.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 233-256
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_2487
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Ignacio Peralta Fierro
ISSN: 2695-7191
Recibido: 16/06/2024 | Aceptado: 28/02/2025

CONCEPTUALISMO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN CHILE*

CONCEPTUALISM IN CHILEAN LAW OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS

Ignacio Peralta Fierro
Investigador del Centro de Competencia
de la Universidad Adolfo Ibáñez
https://orcid.org/0000-0003-2873-3145

RESUMEN: Centrándose en la doctrina chilena, el artículo analiza cómo opera una aproximación dogmática al derecho administrativo sancionador que denomina conceptualismo. Según dicha aproximación, a la hora de analizar el derecho administrativo sancionador, debemos configurar, y evaluar la legitimidad de un sistema sancionatorio, a partir de conceptos de elaboración puramente teórica de los que se deducen consecuencias para el derecho positivo. Luego de analizar dicho método interpretativo, se lo crítica. Las críticas se centran en que dicho tipo de análisis: a) ignora el impacto institucional que tiene la elección de ciertos estándares limitadores del Ius Puniendi a los que usualmente se apela en esta discusión, b) ignora el derecho positivo y por tanto no es una adecuada reconstrucción de éste, y c) tiene déficits democráticos.

PALABRAS CLAVE: conceptualismo, derecho administrativo sancionador, garantías, límites al Ius Puniendi.

ABSTRACT: With its focus put on chilean doctrine, the article analyzes how a dogmatic construction labelled conceptualism operates. According to such mode of inquiry, when analyzing the law of administrative sanctions, we must construct and evaluate the legitimacy of the former through the lens of concepts that have been constructed by doctrinal discourse and from which consequences for positive law are deduced. After analyzing this *modus operandi* , the article criticizes it. The cri-

* Agradezco a Tomás Izquierdo, José Miguel Valdivia, Juan Pablo Mañalich, Javier Contesse, Pablo Soto Delgado por comentarios que realizaron a versiones previas de este artículo. Asimismo, agradezco a los revisores anónimos por sus útiles observaciones

ticism directed to such analysis centers on the fact that it: a) ignores the institutional impact that the selection of certain rules has, b) ignores actually existing law and therefore is not an accurate reconstruction of it, and c) it suffers from a democratic deficit.

KEYWORDS: conceptualism, law of administrative sanctions, guarantees, limits to Ius Puniendi.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. SOBRE CONCEPTUALISMO.— 3. CONCEPTUALISMO ESTRICTO RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN IMPONGA SANCIONES DIRECTAMENTE.— 4. CONCEPTUALISMO AMPLIO EN EL CASO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.— 5. CRÍTICAS GENERALES AL CONCEPTUALISMO.— 6. CONCLUSIÓN. —7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Un asunto que típicamente se debate en un proceso legal es qué ocurrió, pues ello no es evidente y a menudo hay versiones diferentes e incluso incompatibles sobre los hechos. Por eso, para que opere una sanción es necesario un diseño institucional que regule la reconstrucción de hechos que ocurrieron en el pasado. Así, cuánto se aplique coactivamente una regla de sanción depende de cómo se encuentra diseñado el proceso de reconstrucción del quebrantamiento de una norma de comportamiento (LETELIER, 2018: 210). Por ello, el rendimiento de un sistema sancionatorio no está relacionado solamente con cuestiones como las conductas sancionadas y la entidad de las sanciones. Otro aspecto que incide en la eficacia del sistema es el conjunto de garantías que aplican, como, por ejemplo, el estándar de prueba que debe cumplirse para sancionar a un acusado, o cuan determinada tiene que estar en una norma de sanción la conducta que sirve de antecedente a la imposición de un castigo.

Dadas las lagunas regulativas que caracterizan al derecho administrativo sancionador, lagunas que incluyen aspectos procedimentales, su fisonomía es determinada en gran medida por el tipo de teoría a la que acude el dogmático de turno (GÓMEZ, 2019: 362), cuestión que tiene un impacto bastante concreto. Así, por ejemplo, como generalmente no está regulado el estándar de prueba sancionatorio administrativo, alguien puede afirmar que éste es idéntico al estándar penal y así habrá más falsos negativos (personas materialmente culpables declaradas inocentes) que si se eligiera un estándar menos exigente, lo que tiene un impacto negativo en la capacidad disuasoria de la institucionalidad.

Para llenar estos vacíos hay quienes afirman que existe un conjunto de principios jurídicos supralegales (sobre todo, aunque no únicamente, constitucionales) que (supuestamente) han de aplicar. Sobre todo, como se verá más abajo, es común que dichas garantías se deduzcan de los así llamados principios del *Ius Puniendi* estatal. Partiendo de la premisa de que existe un único conjunto de principios del *Ius Puniendi,* que aplica tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador, parte de la doctrina deduce reglas que han de aplicar siempre al derecho

administrativo sancionador[1]. Es tal la fuerza de dicha doctrina que en el último proceso constituyente de Chile se la intentó plasmar en la Carta Magna (PERALTA e IZQUIERDO, 2023).

En este artículo pretendo criticar dicha doctrina, a la que calificaré de conceptualista[2]. Este tipo de doctrina, a grandes rasgos, enjuicia e interpreta instituciones del derecho administrativo sancionador realmente existente a partir de un aparato conceptual construido de espaldas al derecho positivo. Según explicaré más abajo, el principal defecto de dicha doctrina es la falta de ligazón de los conceptos que utiliza con el derecho positivo. En tal medida, no criticaré el razonamiento conceptual *per se*, sino que al "conceptualismo", esto es, la aplicación de conceptos que no tienen ligazón con el derecho positivo (esto será precisado más abajo).

Quienes cultivan este tipo de doctrina parten de ciertos supuestos sobre cómo ha de ser el derecho administrativo sancionador: las sanciones solo pueden ser aplicadas por tribunales imparciales, las sanciones tienen que expresar reproche, tiene que aplicar el principio de culpabilidad en toda su extensión, etc. Estas ideas, como dije, generalmente derivan de la concepción de que hay un *Ius Puniendi* único, por lo que han de aplicar las garantías penales a las sanciones administrativas (si bien "con matices").

Este conjunto de ideas es desplegado en distintos cauces argumentativos. A veces se utiliza como herramienta interpretativa. Por ejemplo, se afirma que en cierto caso aplica como estándar el principio de legalidad penal, por lo que una norma muy vaga es declarada nula o inaplicable. Otras veces se utilizan estas ideas para enjuiciar críticamente, y afirmar la ilegitimidad de un sistema de derecho administrativo sancionador realmente existente. Así, por ejemplo, partiendo de la base de que solo pueden imponer sanciones tribunales independientes, se afirma que la existencia de SuperIntendencias con facultades sancionatorias es una aberración jurídica que debe ser corregida (este argumento será analizado en detalle más abajo).

Este tipo de análisis adolece de una serie de dificultades. Primero, pasa por alto el impacto práctico que tiene la aplicación de estas elucubraciones conceptuales. Así, dicho análisis no permite ver que, en la medida que se otorga más o menos poder a las agencias regulatorias que defienden intereses ciudadanos, pueden ser estos últimos los que se vean más o menos protegidos. Segundo, este tipo de doctrina está desligada del derecho positivo, y, por tanto, no tiene capacidad explicativa respecto de éste. Tercero, al pasar por alto el derecho positivo, este análisis tiene un déficit democrático, pues da a los juristas poder sobre la voluntad democrática.

La estructura de este trabajo es la siguiente. En la sección I precisaré a qué me refiero con conceptualismo y distinguiré dos vertientes de dicho modo de análisis:

---

[1] Ver, a modo de ejemplo: (ARÓSTICA, 1987: 189; CORDERO, 2012; CORREA OLEA, 2023: 21; KRAUSE, 2020: 3; VALDÉS, 2006: 218).

[2] Deberá quedar para otra ocasión analizar cómo funcionaría un sistema alternativo. Dicho aquello, en la conclusión de este texto hay un esbozo de aquello.

conceptualismo estricto y conceptualismo principialista. Luego, en la sección II, criticaré una instancia de conceptualismo estricto en cuanto a la posibilidad de que la administración imponga sanciones directamente (esto es, sin la intervención previa de un tribunal). Después, en la sección III, criticaré una instancia de conceptualismo principialista que se manifiesta en el debate sobre la aplicación del principio de culpabilidad en sede sancionatorio-administrativa. Acto seguido, en la sección IV desarrollaré algunas críticas que de manera general se pueden dirigir a la doctrina conceptualista. Finalmente, en la sección VI, concluiré.

2. SOBRE CONCEPTUALISMO

A grandes rasgos, el análisis conceptualista se distingue por estar alejado de la vida real y por tratar los asuntos jurídicos como si se redujeran exclusivamente a cuestiones puramente conceptuales o teóricas (HAFERKAMP, 2009: 432). Así, dicha doctrina no analiza el derecho desde el punto de vista de configurar instituciones que puedan, en las circunstancias concretas, desempeñar las funciones que deben desempeñar (ATRIA, 2020: 134).

Dicho aquello, en la historia de la dogmática de raigambre continental, "conceptualismo" nunca ha sido una etiqueta que algún jurista adopte para sí, funcionando ella más bien como una etiqueta que es impuesta a otra doctrina o autor a modo de crítica (GARRIDO MARTÍN, 2017: 220; (HAFERKAMP, 2009: 433). Dicho aquello, asumiré, como muchos otros autores[3], que dicha etiqueta sí tiene rendimiento explicativo. Habiendo ya introducido a grandes rasgos lo que caracteriza al conceptualismo, quiero caracterizarlo algo más finamente. Asumido que no existe una definición unívoca sobre qué lo caracteriza (HAFERKAMP, 2009: 432), seguiré principalmente la visión de Philip Heck sobre la Jurisprudencia de Conceptos, que en este artículo denominaré "conceptualismo". Según Heck, por conceptualismo cabe entender una dirección doctrinal donde el centro de la investigación está en conceptos científicos generales, sirviendo estos de cimiento a las normas jurídicas (HECK, 1948: 525). A esta forma de entender el derecho subyace una particular relación entre el derecho positivo y los conceptos científicos del ordenamiento jurídico: los conceptos científicos generales son los conceptos causales fundamentales del derecho, es decir, son la causa de las normas jurídicas (HECK, 1948: 527). Así, los conceptos generales pasan a ser fuente de la norma jurídica (HECK, 1948: 527): como decía sarcásticamente Jhering, bajo una doctrina conceptualista, lo que el teórico piensa, existe (VON JHERING, 2015: 278). Como veremos, esto hace que dicha doctrina tenga un punto ciego, el cual consiste en que solo ve la configuración de normas, y no se fija en la operación de instituciones realmente existentes (ATRIA, 2020: 143). Como decía Jhering, en el cielo de los conceptos, estos últimos "nada

[3] Por ejemplo, (GARCÍA AMADO, 2017; HART, 1983; HECK, 1948).

tienen que ver con la vida, y necesitan de un mundo que exista sólo para ellos, alejado de cualquier contacto con la vida" (VON JHERING, 2015: 281).

Yendo ya al tema que nos convoca, el derecho administrativo sancionador, aquí la estrategia conceptualista asume que los problemas del derecho administrativo sancionador pueden ser resueltos exclusiva y satisfactoriamente utilizando una metodología exegético-conceptual, esto es, una que da cuenta de categorías conceptuales que sirven de parámetro para evaluar la legalidad o constitucionalidad de las sanciones administrativas (LETELIER, 2020: 67).

Dicho aquello, este modo de análisis se expresa principalmente a través de dos vertientes. Primero, la que quiero denominar "conceptualismo estricto" o "conceptualismo analítico". Esta supone que el descubrimiento de cómo operan las garantías en el ámbito del derecho administrativo sancionador es una cuestión relacionada con verdades analíticas, como que "todos los cuadrados tienen cuatro lados"[4]. Dicha estrategia es la que ocupa, por ejemplo, Soto Kloss cuando afirma que "sancionar es juzgar" (SOTO K., 1980: 101) y que por ello la administración no puede imponer sanciones. Según esta forma de ver el asunto, habría algo en la definición misma del concepto de "sancionar" que implica un andamiaje institucional jurisdiccional (sobre esto volveré en la sección III).

La segunda versión de conceptualismo la denomino "conceptualismo amplio" o "conceptualismo principialista". Esta versión supone que uno puede, a partir de juicios sustantivos derivados de conceptos o principios, analizar la legitimidad de un sistema de derecho positivo. Este tipo de conceptualismo se diferencia del conceptualismo estricto en cuanto que aquí no se trata de que "por definición" algo sea de una manera (no se trata de supuestos juicios analíticos como que todos los cuadrados tienen cuatro lados). Antes bien, se trata de juicios sustantivos, juicios en que, a partir de consideraciones de justicia material que se desprenden de conceptos abstractos, se evalúa la legitimidad del derecho positivo (v.gr.: señalando que es ilegítimo que la administración imponga sanciones directamente), o se lo modifica para que calce con dichas consideraciones de justicia material (v.gr.: se integra a las sanciones administrativas el principio de culpabilidad penal porque o si no habría sanciones opresivas). En las apelaciones a un modelo de derecho administrativo sancionador legítimo, el cual equivale a cierto concepto de derecho administrativo sancionador del cual se deducen consecuencias[5], viene el elemento principialista, el que podríamos caracte-

[4] Algo similar es identificado por von Jhering cuando señala que, en el cielo de los conceptos jurídicos, estos últimos "[c]onstituyen verdades absolutas, lo fueron en su origen y lo serán siempre. Preguntar por su esencia y por su razón de ser, no valdría más que preguntar por qué dos por dos son cuatro. Son cuatro; con esto está dicho todo: no existe un fundamento de esto. Lo mismo pasa con los conceptos: descansan en sí mismos, como verdades absolutas, y para ellos no hay fundamentos" (VON JHERING, 2015: 318).

[5] Alguien podría criticar que el conceptualismo estricto y conceptualismo principialista no son dos especies del mismo género, pues mientras que el primero es puramente definicional, es decir, relacionado con lo que las palabras supuestamente significan, el segundo tiene consideraciones sustantivas, es decir, está relacionado con juicios de valor. Frente a eso, el elemento común, que hace que ambos tipos

rizar como un modo de análisis que supone que sería posible identificar, mediante un ejercicio de descubrimiento, un conjunto de parámetros de "política criminal", de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de comportamientos tenidos por socialmente intolerables puedan reclamar legitimidad política (MAÑALICH, 2018: 60). Como veremos, a partir de esos juicios se modifica lo que señala el derecho positivo. Bajo esta visión, a través de una aplicación directa de la Constitución[6], o a través de la aplicación de principios suprajurídicos, se extraen parámetros de legitimidad a partir de los cuales enjuiciar o modificar, a partir de juicios sustantivos y (supuestamente) jurídicos un sistema sancionatorio en general, o una instancia particular de dicho sistema sancionatorio. Sobre esto volveré al analizar la manera en que Mañalich, entre otros, incluyen el principio de culpabilidad como parte esencial de las sanciones administrativas.

Dicho todo lo anterior, quiero pasar a analizar algunas instancias de conceptualismo. Ello, tanto en lo que dice relación con su versión estricta como en su versión amplia. Hacer esto me permitirá dos cosas. Primero, ver más de cerca este fenómeno, y así tratarlo con mayor detalle. Segundo, demostrar que no estoy discutiendo con un hombre de paja, pues efectivamente existe aquel modo de análisis que busco impugnar. Así, en la sección II y III analizaré instancias de conceptualismo estricto y conceptualismo principialista, respectivamente.

3. CONCEPTUALISMO ESTRICTO RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN IMPONGA SANCIONES DIRECTAMENTE

En Chile hay un sector doctrinario que se ha alzado en contra de la legitimidad de la potestad sancionatorio-administrativa afirmando que una sanción solo es legítima si es impuesta por un tribunal. Dicho sector es liderado por Eduardo Soto Kloss, quien afirma que la posibilidad de que la administración imponga sanciones de forma directa "repugna al más elemental sentido jurídico de una mente civilizada" (SOTO K., 1980: 101), pues "sancionar es juzgar", y solo pueden juzgar los tribunales que han sido habilitados jurídicamente para ello (SOTO K., 1980: 96). Así, concluye que las sanciones administrativas constituyen un caso de autotutela jurídica, pues bajo este modelo la administración sería juez y parte (SOTO K., 1980: 99). Como decía, éste es un caso de conceptualismo analítico, pues sus conclusiones parecen depender del significado de palabras: sancionar *es* juzgar. Este tipo de doctri-

---

de conceptualismo sean especies del mismo género, es que se parte desde conceptos abstractos de los cuales se deducen consecuencias para el derecho positivo, y que dichos conceptos son creados en un laboratorio conceptual, donde los juristas tienen gran autoridad a la hora de determinar la fisonomía de estos conceptos que controlan de tal manera el derecho positivo.

[6] En la conclusión ahondaré en los problemas que vienen de la mano con la aplicación directa de la Constitución.

na es relevante, pues en ella ha caído el Tribunal Constitucional chileno, el cual hace no tanto tiempo se refirió a la imposibilidad de que la administración imponga sanciones de manera directa como "un principio básico del derecho público universal"[7].

Sobre este tipo de análisis en general (es decir, con independencia de su manifestación en un argumento particular sobre cierto rasgo del derecho administrativo sancionador), puedo dirigir al menos dos críticas. Primero, como señala Dworkin, los desacuerdos jurídicos no son semánticos, no tienen que ver con el significado de palabras, sino que son sustantivos. Esto, pues si el desacuerdo fuera meramente semántico, o compartiríamos el significado de un concepto, en cuyo caso el desacuerdo no existiría, o no compartiríamos dicho significado, caso en el cual no habría solución alguna al desacuerdo (DWORKIN, 1988: 44). Segundo, no tiene sentido plantear esta cuestión como una que es puramente lógica o conceptual, pues es sin más imaginable una práctica de imposición de sanciones que no observe determinadas garantías mínimas (MAÑALICH, 2018: 466).

Dicho esto, también puedo demostrar el error del argumento de Soto Kloss en particular. La afirmación de que "sancionar es juzgar" es errada, pues asume un extraño tratamiento de la imposición de una sanción como algo que tiene una naturaleza incontrovertible, auto evidente y que no cambia según el órgano que impone dicha sanción. En otras palabras, trata a la sanción como un hecho bruto, esto es, un hecho que conocemos mediante simples observaciones empíricas que registran experiencias sensoriales (SEARLE, 2017: 69); como señala Heck sobre los conceptos creados por la doctrina conceptualista, estos "son manejados como cuerpos con forma fija, a semejanza de los cuerpos de la naturaleza" (HECK, 1948: 533; RIVACOBA y RIVACOBA, 1998: 111; VON JHERING, 2015: 319). Pero las sanciones no son hechos de ese tipo, sino que son hechos institucionales, esto es, hechos cuya existencia depende de que se cumplan ciertas condiciones en el trasfondo de determinadas instituciones (SEARLE, 2017: 70). Si se parte de esa premisa, se verá que, con independencia de que se lo halle deseable o no, por los arreglos institucionales bajo los cuales se imponen, las sanciones jurisdiccionales y administrativas son distintas. Para demostrar ello, en lo que sigue expondré diversas formas en que se diferencia la imposición de una sanción administrativa de la imposición de una sanción jurisdiccional, al menos en la versión prototípica respecto de cómo opera la función jurisdiccional en Chile.

Primero, se debe notar que la función judicial presta atención particular al caso, por lo que este no es tratado como una oportunidad para avanzar alguna finalidad, loable o no, del juez (ATRIA, 2004: 136). Antes bien, en el juicio del juez no debe concurrir ninguna otra pasión que no sea la aplicación desapasionada de las normas formales, pues sólo así tenemos un juez imparcial (BORDALÍ, 2020: 89-90). Esto tiene relación con un rasgo estructural de la judicatura, su independencia, pues esta permite que no se la haga políticamente responsable por avanzar o no avanzar cierto objetivo extrajurídico (ATRIA, 2004: 136).

[7] Tribunal Constitucional, Caso Sernac. 2018, C. 33.

Por contraste, para el derecho administrativo, *vis a vis* el derecho penal, el dato estadístico general de cumplimiento es más relevante que una especial atención al caso individual (LETELIER, 2018: 224; VAN WEEZEL, 2017: 1011). Así, la función propiamente administrativa de lograr disuasión general se corresponde con la adopción de una actitud más objetivante que la que se adopta en sede jurisdiccional, donde lo que hizo una persona sirve para fortalecer el buen funcionamiento del sistema por la vía de sancionar el quebrantamiento de una norma. Lo anterior tiene como contracara que el actuar de la administración no se legitima, como el de los tribunales, por sujeción concreta a la ley, sino que por una estructura que permite entender que la acción del funcionario que aplica la ley consiste de la ejecución de programas dados por el funcionario superior que retiene por eso responsabilidad por su formulación y ejecución (ATRIA, 2013: 153). Es por lo anterior que en las versiones tradicionales de derecho administrativo sancionador el poder político que blande la administración viene de la mano con responsabilidad política, lo que es un rasgo estructural de la administración que se aviene a su función[8]. Esto contrasta con la independencia judicial, la que busca que los jueces desempeñen su labor con independencia de consideraciones distintas de aquellas a la recta aplicación del derecho (CHIBLE, 2022: 211).

Segundo, y de manera relacionada con lo anterior, el derecho sancionatorio administrativo opera prospectivamente, pues se legitima con miras al buen funcionamiento de un sector, atiende a la evitación o control de fuentes de peligro y, por lo mismo, es particularmente receptivo respecto de consideraciones prevencionistas o de disuasión (VAN WEEZEL, 2017: 1008). Por ello, su función no es formular un reproche al sancionado. Más bien, busca mostrar al resto de los participantes en una esfera regulatoria que la conducta en cuestión es ilícita y que entonces los fiscalizados no deben realizarla (ATRIA, 2020: 625-626). En suma, pretende que cierto daño no se produzca y para evitar dicho daño busca generar disuasión mediante sanciones a los sujetos que participan de cierta esfera regulatoria (NIETO, 1993: 33). Esto, pues la protección de reglamentaciones puede ser de mucha importancia para el bienestar general y por ello es legítima la protección de ordenamientos mediante sanciones masivas, multas drásticas, y otras opciones[9].

---

[8] Esto, por supuesto, admite matices, pues también hay casos en que hay agencias independientes. Con todo, para efectos del argumento estoy tomando como punto de partida una visión paradigmática de la configuración de instituciones de derecho administrativo sancionatorio. Sobre esto vale hacer dos acotaciones. Primero, hacer aquello no cuenta como una instancia de conceptualismo en la medida que dicho paradigma institucional no es derivado de una mera elucubración conceptual, sino que de la manera en que normalmente funcionan estas instituciones. Segundo, que el argumento general respecto de las diferencias entre la judicatura y las instituciones administrativo sancionatorias sigue valiendo aun cuando dejamos de lado que una es independiente y las otras no.

[9] Por eso yerra Aróstica cuando afirma que bajo el derecho administrativo sancionador "tenemos un pecador, pero no un pecado" (ARÓSTICA, 1987: 78). No tenemos ni pecador ni pecado, pues lo que hay es un castigo a una infracción que no supone un reproche personalizado (como sí lo supone la comisión de un pecado).

Por contraste, cuando la judicatura impone una sanción, ésta tiene una mirada retrospectiva, lo que impide que resuelva los casos de acuerdo a consideraciones instrumentales de funcionalidad general (como las que indicaba recién). Esto último, no en el sentido de que la pena no tenga efectos prospectivos disuasorios, sino que en el sentido de que cuando un juez aplica una norma de sanción, no hace aquello mirando a toda una esfera regulatoria, como sí es el caso cuando la administración se enfrenta al quebrantamiento de una norma. Por dicha falta de sensibilidad prospectiva al entorno regulatorio, cuando un juez ejerce jurisdicción él da atención particular a un caso, cuestión que viene de la mano con que un tribunal no puede actuar salvo que sea solicitada su actuación. Por contraste, como la administración busca tener una visión prospectiva respecto de su entorno regulatorio, puede elegir discrecionalmente los casos que irá a tratar y cómo tratará con ellos. Así, una estructura judicial es disfuncional a la hora de aplicar sanciones administrativas (PERALTA, 2023a: 260), pues esta estructura impediría el desarrollo racional de una política administrativa, pues las normas que emite una Corte dependen no de una evaluación racional de qué políticas avanzar, sino que del mucho más azaroso suceso consistente en los casos que lleguen a las Cortes (BAXTER, 1982: 673).

Tercero, la judicatura está diseñada para que su decisión sea imparcial, pero este no es el caso de la Administración, pues como ésta debe defender intereses públicos, exigirle una imparcialidad equivalente a aquella que es esperable del Poder judicial es un oxímoron (SOTO D., 2018: 26). Esto, pues cuando una sanción es impuesta por la administración algo fundamental cambia. Como dice Rubin, bajo un Estado Moderno el poder legislativo ya no solo entrega reglas que irán a ser aplicadas por otros, sino que a veces prescinde de dicha opción y entrega a agencias administrativas la función de ella misma crear y aplicar reglas (RUBIN, 1989: 372). En otras palabras, a veces el legislador antes que todo se limita a regular la conducta de la agencia, pero no la de los ciudadanos privados, dejando dicha regulación en manos de la administración misma (RUBIN, 1989: 376). Aquí hay espacio para que la administración opte discrecionalmente por cierta política. Pero, como decía más arriba, dicha discrecionalidad y capacidad adaptativa está en pugna con la imparcialidad e independencia que caracteriza a los tribunales[10]. Por ello, faltando las notas de independencia e imparcialidad, la imposición de sanciones por la Administración no puede ser considerada actividad jurisdiccional (BORDALÍ, 2023: 37).

En síntesis, la afirmación de que resolver conflictos de jurídicos es una función exclusivamente jurisdiccional es incorrecta cuando la finalidad específica de la aplicación de una norma de sanción es la implementación de una política pública que resguarda el bien común (SOTO D., 2018: 22). Parafraseando a Jhering, este concepto de Soto Kloss "no existe más que en el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que (…) repudian todo contacto con el mundo terrenal" (VON JHE-

[10] Parejo levanta un punto similar en cuanto destaca que "la autonomía de dicho Derecho se pone de evidencia en su actuación con arreglo al principio de oportunidad, en claro contraste con el de estricta legalidad que preside el ejercicio de la potestad punitiva penal". (PAREJO, 2014: 19).

RING, 2015: 283). Así, una vez que legislador atribuye a un ente estatal una facultad administrativo-sancionatoria, éste inmediatamente deja de ser jurisdiccional, pues dicha sanción pasa a ser aplicada por un órgano que opera bajo una lógica fundamentalmente distinta, y dicha lógica irradia a dicha sanción [11]. En conclusión, la tesis "Soto Klossiana" disfraza la (discutible) hipótesis normativa de que no es legítimo que la administración aplique sanciones con la hipótesis aparentemente descriptiva de que "sancionar es juzgar".

4. CONCEPTUALISMO AMPLIO EN EL CASO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Para aludir a instancias de conceptualismo principialista en sede de derecho administrativo sancionador me quiero concentrar en el debate sobre si necesariamente aplica el principio de culpabilidad en esta sede.

Uno de los principios a los que se suele hacer referencia como aplicable al derecho administrativo sancionador es el principio de culpabilidad (VERGARA, 2004: 142; CORDERO, 2012: 144). Sobre este punto vale la pena destacar que dicho principio no se encuentra consagrado ni constitucional, ni legamente en Chile. En cuanto a su consagración constitucional, incluso si se afirmase que en sede de derecho administrativo sancionatorio es válida la aplicación directa de la Constitución Chilena, ésta no consagra el principio de culpabilidad ni siquiera en dicha sede (OSORIO VARGAS, 2017: 69). Mas bien, la Constitución se limita a lacónicamente establecer en su artículo 19 numeral 3 inciso 7 que la ley "no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". De aquella formulación solo se podría derivar el principio de culpabilidad si de manera conceptualista (y, por tanto, errada) se asume que la "responsabilidad penal" necesariamente incluye el principio de culpabilidad, cuestión en cualquier caso contingente, ya que existen sistemas donde este no es el caso (SOTO D., 2021: 82). Así, incluso si se aceptara la tesis de la transferencia de las garantías penales al derecho administrativo sancionatorio, la Constitución no incluye como garantía el principio de culpabilidad penal (SOTO D., 2021: 81). A su vez, tampoco existe una disposición a nivel legal que estatuya el reproche personal como requisito (OSORIO VARGAS, 2017: 70; SOTO D., 2021: 115). Esto, que en principio puede ser llamativo dentro de la cosmovisión jurídica de occidente, no lo es tanto si se considera que, en el derecho penal anglosajón, como aquel que rige en Estados Unidos o Gran Bretaña, si bien no es la regla general que exista responsabilidad ob-

[11] Alguien podría responder que este bosquejo del derecho administrativo sancionatorio peca de conceptualista pues intenta dar una regla general de cómo es esta esfera normativa sin tener contacto con el mundo real. Empero, esta crítica pasaría por alto que el problema del conceptualismo no consiste en que se tenga conceptos jurídicos, sino que ellos sean creados de espaldas a la realidad normativa realmente existente. La crítica hacia el conceptualismo no se dirige a que existan conceptos jurídicos con tal o cual contenido, sino que al hecho de que el contenido del concepto, una vez que este es formado, queda hipostasiado, "de suerte que el sistema queda configurado apriorísticamente, independizado de la realidad a la que pretende servir" (GARRIDO MARTÍN, 2017: 230-231).

jetiva, es decir, que se impongan sanciones sin que se exija lo que en dicha sede se denomina *mens rea* (y en nuestro contexto denominamos dolo o imprudencia), ello es ampliamente aceptado (VARELA, 2012: 3).

Por ello, en síntesis, no hay ninguna exigencia ni legal ni supralegal en Chile de que las sanciones penales incluyan una imputación subjetiva (SOTO D., 2021: 169) como requisito de una sanción. Así, con mayor razón, dicha exigencia no existe en sede de derecho administrativo sancionador. De tal manera, hay espacio para que existan regímenes de derecho administrativo sancionatorios sin dicha exigencia [12].

Sumado a lo anterior, se debe tener en cuenta lo siguiente: aun cuando puedan regir algunas de las exigencias asociadas al principio de culpabilidad, como que la persona sancionada sea imputable en el sentido de que sea alguien que esté dotado de agencia plena (a diferencia de una persona con discapacidad cognitiva severa), señalar que rige el principio de culpabilidad penal *in totum* es engañoso. Al respecto, como contenido del principio de culpabilidad se suele señalar que, para sancionar a alguien, se debe acreditar lo siguiente: 1) imputabilidad, es decir, que el individuo sea capaz de actuar de otro modo que quebrantando la norma, excluyéndose a los menores y dementes; 2) que el individuo haya sido consciente de la prohibición, excluyéndose los casos del llamado error de prohibición, en que el individuo no sabía que algo no estaba permitido; y que 3) el individuo haya realizado una conducta con dolo o culpa (NIETO, 1993: 294; WINTER, 2012: 108-112).

Muchos de estos elementos no aplican cuando se trata de sanciones administrativas. Así, por ejemplo, en los ilícitos administrativos el error de prohibición no es una excusa que lleve a la eximición de la sanción (PERALTA, 2023c: 85-87; VAN WEEZEL, 2017: 1011). A su vez, se puede, en ciertos casos, prescindir de la exigencia de que la acción sea realizada con dolo o con culpa, si se piensa que ese tipo de regla hará que se actúe con mayor diligencia (LETELIER, 2017: 664; OSORIO VARGAS, 2017: 463), cosa que no obsta a que el comportamiento realizado debe provenir de una persona libre y que actúa voluntariamente (VARELA, 2012: 7) y que está vinculada causalmente con el hecho ilícito. Por su parte, a veces existen presunciones derrotables de que se actuó con dolo o imprudencia [13]. Decisiones legislativas de este tipo no dejan de lado toda consideración o aplicación del principio de culpabilidad. No se sigue de este tipo de decisiones que se puede imponer multas a una persona inimputable, como un menor, por ejemplo. Con todo, una vez que se tocan partes nucleares del principio de culpabilidad, como la posibilidad de eximirse de una sanción por error de prohibición, señalar que sigue aplicando dicho principio, si bien "con matices", es cuanto menos engañoso. Sería como tomar un plato tradicional de comida, como el spaghetti a la carbonara, quitarle el guancialle y la yema de huevo, y mantener su nombre. Quizás el nuevo plato tiene algo en común con el spaghetti a la carbonara, pero sería engañoso llamarlo de la misma manera. Además, en el caso del

[12] Además, en Chile la jurisprudencia más reciente parece decantarse en esa línea, como demuestra, si bien en una línea crítica, (CORREA OLEA, 2023: 22).

[13] Como señala, si bien de manera crítica, (CORREA OLEA, 2023: 26).

principio de culpabilidad, mantener dicha etiqueta, además de engañoso, se presta para maniobras conceptualistas en que, a partir del concepto mismo del "principio de culpabilidad", se deducen consecuencias que terminan modificando el derecho positivo, agregando, por ejemplo, la posibilidad de una eximición de una sanción por la vía de alegar un error de prohibición [14].

Así, establecido que no existe una exigencia ni legal ni supralegal de que aplique el principio de culpabilidad, uno puede de lleno negar su procedencia en sede de derecho administrativo sancionador. Con todo, ante esta situación, una doctrina conceptualista podría insistir con que sí aplica el principio de culpabilidad en alguna de sus formas. En esta línea está Mañalich, quien afirma que uno de los estándares mínimos que debe cumplir una sanción para ser legítima es que se contemple el principio de culpabilidad (MAÑALICH, 2017: 466). Ello, pues el principio de culpabilidad asegura que quien sufre una sanción sea una persona susceptible de ser tenida por responsable de la contravención por la que es castigado (MAÑALICH, 2017: 466).

Esto tiene una serie de problemas. Si bien es cierto que bajo una concepción retribucionista de la pena el reproche de culpabilidad puede ser visto como un reproche por una falla personal (MAÑALICH, 2007: 143), bajo la asignación de una función disuasoria a las sanciones administrativas sí puede tener sentido prescindir de un juicio de culpabilidad y por tanto de la expresión de reproche. Esto, pues en el derecho administrativo la culpabilidad es funcional a la disuasión (LETELIER, 2017: 664) [15], lo que se expresa en que predomina la perspectiva prospectiva de evitación de males futuros, cuestión que a su vez implica que es posible instrumentalizar cierta infracción, pues se la trata conscientemente como una oportunidad de responder sancionatoriamente para aumentar la disuasión. Esto se explica, en parte, en que alrededor del mundo, a razón de la veloz y creciente industrialización y urbanización del siglo XIX, se contempla un grupo especial de ilícitos de responsabilidad objetiva que se sancionan con multas y que están dirigidos a proteger determinados intereses colectivos de índole supraindividual, como el medio ambiente, la salud y seguridad públicas (VARELA, 2012: 5) buscándose con este tipo de regulación que las personas actúen con mayor cuidado, y que para la administración sea más fácil sancionar (VARELA, 2012: 19-20). Si bien esto no es inteligible si se asume que la función del sistema es expresar reproche (derecho penal), sí es inteligible si se asume que la función del sistema es conducir a la disuasión general (derecho administrativo) [16].

---

[14] Así, por ejemplo, (VALDÉS, 2006: 291).

[15] Lo que no niega que una específica regulación pueda considerar dicho principio por razones de política pública como algo relevante para sancionar o determinar la cuantía de una sanción (LETELIER, 2017: 666).

[16] Frente a esto se podría responder que sería contrario a la existencia de un mayor cumplimiento la existencia de responsabilidad objetiva. Ello, pues un sujeto regulado podría llegar a pensar que ya que será sancionado con independencia del estándar de diligencia que emplee, entonces más vale actuar de manera poco diligente, pues será sancionado de cualquier manera (un argumento de este tipo está en (SOTO D., 2021: 245-262)). Con todo, este tipo de argumento pasa por alto que, primero, el incentivo a un mejor comportamiento sigue estando, pues si se es más diligente es más probable que no se cometa un hecho que lleve a incurrir en responsabilidad administrativo sancionatoria. Segundo, este argumento

Ante lo anterior, Mañalich podría defenderse con otro de sus argumentos: que una medida impuesta por razones de peligrosidad individual sobre personas respecto de las cuales no hay un juicio de culpabilidad no podría contar como una sanción (MAÑALICH, 2017: 547)[17]. En otras palabras, para Mañalich es parte del concepto mismo de sanción que ha de haber un juicio de imputación subjetiva, ya sea por dolo o por culpa[18]. Esto es problemático. Primero, esto es un caso de conceptualismo principialista, pues se busca extraer de consideraciones axiológicas externas a la ley consecuencias vinculantes para ésta última. Que este es el caso queda de manifiesto en cuanto Mañalich afirma que "la definición del concepto relevante de sanción no puede quedar entregada al legislador, puesto que de lo contrario éste podría eludir sin más su sujeción a dichos estándares de control" (MAÑALICH, 2017: 465). Este tipo de argumento es criticado por el mismo Mañalich en otros trabajos. Como veremos más abajo, él se opone a "[el] postulado según el cual sería posible identificar, en la forma de una operación cognoscitiva, un conjunto de parámetros que podríamos llamar «principios de la política criminal», de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones (…) puedan reclamar legitimidad política" (MAÑALICH, 2018: 60). Esta visión viene con los problemas que por ahora resumiré en lo siguiente: se está pasando por encima al legislador. Segundo, como veíamos, el argumento supone que como se va a hacer responsable a alguien, entonces de eso se sigue necesariamente que debe haber un juicio de culpabilidad. Pero esto es una cuestión en cualquier caso contingente, ya que existen sistemas donde este no es el caso (SOTO D., 2021: 82). Afirmar lo contrario equivaldría a sostener que la responsabilidad objetiva es una contradicción en los términos, y a ignorar parte importante del derecho positivo que impone sanciones sin hacer un juicio de culpabilidad (SOTO D., 2021: 278).

---

es demasiado general, esto es, no da cuenta de las especificidades de distintos perímetros regulatorios. Si bien puede ser cierto que, por regla general, la exigencia de que el órgano administrativo sancionador pruebe dolo o culpa lleve a mejores resultados, eso no obsta a que pueda haber sectores en los que sea más disuasivo tener responsabilidad objetiva. Ante aquello, la tesis que busca la imposición de esta parte del principio de culpabilidad es demasiado abstracta como para atender las particularidades de distintos perímetros regulatorios. Tercero, puede ser que no se exija dolo o culpa para decidir binariamente si responsabilizar a alguien o no. Pero eso no obsta a que la culpa o dolo sea utilizado para graduar la sanción a imponer. En la medida que se utiliza la menor o mayor diligencia como criterio de determinación de la multa, el agente regulado tiene incentivos a ser diligente, pues así recibirá una menor multa.

[17] Aquí Mañalich se refiere específicamente a las medidas de seguridad.

[18] En palabras de Mañalich, la aplicación de ciertas garantías comunes del *Ius Puniendi* "no equivale a establecer, empero, cuál sea la intensidad que corresponda a uno y otro principio como estándar mínimo de derecho sancionatorio y, sobre todo, cuál tenga que ser el grado de correlación de su reconocimiento como principio de Derecho Penal y como principio de Derecho Administrativo sancionatorio. Sólo para dar un ejemplo: el principio de culpabilidad, como estándar jurídico-penal, se traduce no sólo en una exigencia de imputación subjetiva —a título de dolo o imprudencia— del hecho, sino también en una exigencia de posibilidad individual de conocimiento de la ilicitud del hecho de cuya imputación personal se trata, tal como lo llegara a reconocer la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena. En el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, en cambio, el principio de culpabilidad tiende a circunscribirse a la sola exigencia de dolo o negligencia como criterios de responsabilidad subjetiva" (MAÑALICH, 2017: 466-467).

5. CRÍTICAS GENERALES AL CONCEPTUALISMO

Más allá de lo recién reseñado, la estrategia conceptualista tiene varios problemas generales. Primero, conduce a situaciones de incoherencia entre la normativa vigente, y la dogmática que se hace a partir de ella (ROJAS, FERRADA, y MÉNDEZ, 2021: 115). Lo anterior, pues terminamos con una dogmática que impone al derecho positivo ciertas funciones que éste simplemente no posee, lo que implica negar o pasar por alto un principio interpretativo básico: la lealtad hacia la voluntad del legislador. Por ejemplo, como vimos en la sección III, esto lleva a la doctrina a exigir la realización de un juicio de culpabilidad respecto de cada posible sanción impuesta, aun cuando ni el derecho positivo, ni la Constitución, lo exigen.

Segundo, acudir a las garantías penales para rellenar lagunas en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, operación común del conceptualismo en esta sede, si bien puede ser a ratos útil, no avanza demasiado la discusión. A este respecto, es indudable, por ejemplo, que el procedimiento administrativo sancionatorio ha de tener algún estándar de prueba para tener un hecho por probado, y por lo anterior podría parecer útil acudir a las garantías penales. Pero incluso aquí esta estrategia no decide demasiado, pues la aplicación de las garantías penales tiene lugar "con matices", por lo que de inmediato tiene lugar la pregunta sobre la entidad de esos matices. Así, con la susodicha alusión a las garantías penales no se avanza demasiado en la disolución de las lagunas. Por ello se ha denunciado que una vez que tiene lugar dicha "matización", estos principios se flexibilizan en su aplicación al nivel de dejarlos "prácticamente sin contenido" (ROJAS, FERRADA, y MÉNDEZ, 2021: 108) y que esta maniobra argumentativa "tiende a funcionar como un ejercicio de decisión intuitiva" (WILENMANN, 2020: 52).

Tercero, no solo se colman lagunas inadecuadamente, sino que también se las genera. Si bien hay aspectos de un procedimiento que necesariamente deben estar determinados (como el estándar de prueba), hay otros aspectos que pueden estar o no contemplados. Puede ser, por ejemplo, que algunos sistemas simplemente no contemplen que se deba hacer un juicio de culpabilidad para imponer una sanción. Pero antes que asumir esto, la doctrina más bien asume la existencia de una laguna regulativa y la necesidad de buscar un criterio, como los principios generales del *Ius Puniendi*, para colmarla y así complementar la regulación mediante un ejercicio analógico (LETELIER, 2017: 629). Aquí, en el caso de la afirmación de un único *Ius Puniendi*, opera la típica maniobra conceptualista consistente en el intento de capturar los conceptos más elementales de la realidad jurídica, descubrimiento a partir del cual se deducen consecuencias ínsitas del concepto, resultando esto en un sistema omnicomprensivo, autosuficiente, y cerrado, que ordena en y reduce a una unidad conceptual la realidad normativa del ordenamiento (RIVACOBA y RIVACOBA, 1998: 109-110). De esta manera, la maniobra conceptualista termina defendiendo conceptos generales de los cuales se derivan por simple deducción lógica conceptos particulares (FLORES, 2006: 221-222), y luego de que se derivan dichos

conceptos particulares, se señala que ellos vienen a colmar una laguna, cuando en principio el régimen podría haber estado completo sin dichos conceptos particulares nuevos y, aún más, dichos conceptos particulares nuevos pueden operar de manera contraproducente.

Como veremos más abajo, lo anterior se puede explicar en que, parte de la doctrina, en última instancia, fabrica lagunas cuando considera normativa o políticamente insuficientes los resguardos que la ley ofrece a los potenciales sancionados[19]. Así, ya que parte de la doctrina desea más limitaciones a las sanciones administrativas, la proposición de que existe una laguna permite la aplicación analógica del estatuto dogmático de una sanción que *prima facie* se le parecería (y que tiene más limitaciones) como es la sanción penal (LETELIER, 2017: 629).

Cuarto, y en relación con lo anterior, esta maniobra tiene déficits funcionales. Ello, pues no es inocuo que habiendo el legislador adoptado una fórmula específica de sanción administrativa, se le trasvasije a ésta última las características que definen a la otra sanción en competencia, la sanción penal: el legislador realiza su elección tomando en cuenta la forma en que ellas son impuestas, los costos de la reconstrucción fáctica, los efectos sociales que producen y la eficiencia que ellas generan (LETELIER, 2018: 225). En tal medida, esta estrategia parecería suponer la errada idea de que la aplicación de garantías penales traería consigo solo efectos positivos, y que la sanción administrativa sería, así, algo diverso de sus características o garantías, por lo que no le sucedería nada si es que se aplican garantías penales (LETELIER, 2017: 613)[20]. Pero el punto que debe ser reivindicado es que las sanciones administrativas, por el solo hecho de ser administrativas y no penales, tienen un nivel de garantías menor. La menor gravedad de las sanciones administrativas es aquello que explica lo anterior (HUERGO, 2007: 165-166). Así, la existencia de regímenes diferenciados se explica porque hay dos sistemas que cumplen distintas funciones: mientras que el sistema penal opera como última *ratio* dada la mayor lesividad de sus sanciones, el derecho administrativo sancionatorio opera como *prima ratio* (HUERGO, 2007: 139). Si se desconoce esto, si se sostiene que ambas áreas tienen las mismas o similares y exigentes garantías, entonces ambas áreas se vuelven herramientas de última *ratio* y el sistema pierde eficacia (ROJAS, FERRADA, y MÉNDEZ, 2021: 98; WILENMANN, 2020: 47). Como sentencia Wilenmann, "en culturas legales dominadas por argumentos del foro tiende a reaccionarse de un modo que puede considerarse irracionalmente maximalista" (WILENMANN, 2020: 51).

---

[19] Como señala Heck, bajo el modo de operar de la jurisprudencia de conceptos, una vez que se construye el concepto "[e]l resultado obtenido, esto es, la definición establecida, queda sentado de modo inconmovible y como fundamento apto para ser utilizado en la obtención de nuevas normas, y, por consiguiente, también en la resolución de aquellos casos que no han sido tenidos en cuenta al establecer el concepto" (HECK, 1948: 533).

[20] Parejo pareciera caer en esto cuando señala que "es perfectamente plausible la extensión a un instrumento de las garantías del otro conservando ambos el carácter que a cada uno es propio" (PAREJO, 2014: 10). Con todo, como vimos, las sanciones administrativas no son hechos brutos, sino que hechos institucionales, por lo que su fisonomía depende de las normas que las configuran.

Quinto, generalmente esta discusión es poco reflexiva y tiende a la inflación de lugares comunes retóricos, como que existen principios naturales del *Ius Puniendi* (WILENMANN, 2020: 46). Sobre este punto vale la pena notar que la alusión a estos lugares comunes retóricos hace que se iguale situaciones que no son materialmente iguales sobre la base de una igualdad formal o abstracta. Esto se puede explicar como otro resultado del análisis conceptualista, pues este se caracteriza por darle la espalda al mundo real, y por contemplar la materia jurídica "recortada sobre sí misma, en su mera entidad formal y aislada de cualquier otra, como si por su propio ser se mantuviera situada en una campana Pneumática" (RIVACOBA y RIVACOBA, 1998, p. 110).

Esta igualación de situaciones desiguales no se condice con que la legislación del derecho administrativo sancionatorio económico tiene muchas veces como objetivo contribuir a moderar la desigualdad fáctica que existe entre las personas comunes y las personas (naturales o jurídicas) que mediante diversos recursos (económicos o de otra índole) adquieren poder con el cual pueden eventualmente abusar de las primeras. Esto se busca, por ejemplo, al crear un ente administrativo con facultades de creación normativa y de sanción que proteja a los consumidores frente a empresas con vastos recursos económicos. Lo que se persigue es amparar a los consumidores del mayor poder económico que personas poderosas pueden blandir para abusar de ellos. Una decisión legislativa en esa dirección supone que existe una desigualdad real entre distintos tipos de personas que se busca morigerar mediante el fortalecimiento del poder público, fortalecimiento que en una medida importante ocurre por la vía de recortar las garantías de los ciudadanos en ciertos ámbitos regulatorios.

Pero los abstractos principios jurídicos del régimen penal no pueden captar esto. En tal línea, un autor como Valdés afirma que, existiendo una diferencia de grado entre las sanciones administrativas y las penales "es posible extender, y así se han extendido, las garantías diseñadas para los delitos penales a los ilícitos administrativos, confiriéndose por esta vía *mayores resguardos a los miembros de la sociedad nacional*" (VALDÉS, 2006: 218)[21]. Pero, nuevamente, vale la pena preguntarse quiénes son *en concreto* estos "miembros de la sociedad nacional" que reciben mayores resguardos si aplican las garantías penales (en particular, Valdés se refiere a la aplicación de las garantías penales al procedimiento sancionatorio que aplica en el régimen del derecho de competencia chileno). El problema es que, bajo la generalidad de los principios penales, no se perciben las diferencias que existen, por ejemplo, entre proteger con garantías penales a una empresa multinacional cuando se la multa, que proteger mediante esas mismas garantías a una persona natural que puede sufrir privación de libertad. Mientras que, en el caso de la primera, la justificación misma de su existencia está totalmente supeditada a su contribución al bien común[22], en el caso de la

[21] El énfasis es mío.

[22] Salvo que se crea que a las empresas aplica la máxima kantiana según la cual nunca se ha de tratar a alguien como un mero medio, sino que siempre también como un fin en sí mismo. Es decir, salvo que se crea que, tal como las personas naturales, las personas jurídicas tienen dignidad.

segunda esto no es así, y es por eso que el Estado tiene límites más fuertes y claros respecto de cómo puede tratarla. Pero una discusión que solo acude a conceptos vagos es incapaz de tematizar esto. Solo bajo una doctrina tal es entendible que el Tribunal Constitucional chileno afirme que "es esta alteridad o el reconocer la presencia del otro —del prójimo—" [23], lo que justificó declarar inconstitucional el proyecto de ley que fortalecía el Servicio Nacional del Consumidor. Solo si se habla de una manera enteramente abstracta de los derechos de las personas (jurídicas o naturales) es posible justificar la desprotección de los ciudadanos comunes frente al poder económico sobre la base del reconocimiento "del prójimo". En otras palabras, la alusión genérica a las garantías fundamentales ignora que una aplicación muy estricta de ellas en sede administrativa lleva a que la posibilidad de abuso del poder económico sea mayor [24]. Un análisis conceptualista no alcanza a ver esto, pues aquí se concibe al derecho como algo "fuera del tiempo y de la historia y ajeno a valoraciones y finalidades" (RIVACOBA y RIVACOBA, 1998: 111). Como sentencia Jhering, quienes se refugian en el cielo de los conceptos "están completamente asegurados contra el intento de preocuparse por las consecuencias prácticas de principios y conceptos" (VON JHERING, 2015: 285).

Sexto, adoptar una lógica conceptualista para lidiar con estos problemas descontextualiza históricamente la discusión. Esto se puede notar particularmente bien en el debate sobre si aplican las garantías penales a las sanciones administrativas. Aquí, la descontextualización del debate ocurre en cuanto se ignora la lógica que inspira a las garantías penales. En términos históricos, dichas garantías son parte del legado de los ilustrados que se enfrentaron al Estado Absolutista, el que imponía penas manifiestamente excesivas e irracionales (MAÑALICH, 2017: 460). Así, la misión de las garantías penales fue limitar el poder del Estado para abusar de sus ciudadanos. La pregunta, entonces, es si aquella misma función es desempeñada cuando se protege con las garantías penales a las personas que se sanciona administrativamente, sobre todo cuando se trata de mercados regulados que involucran agentes con importante fuerza económica.

A este respecto, quienes abogan por la aplicación de las garantías penales a toda costa, y consecuentemente buscan limitar al máximo el poder del Estado, parecen caer bajo lo que Soto Delgado ha denominado "la fobia a la administración", la que parte por la consideración de que la organización administrativa es un producto del Antiguo Régimen (SOTO D., 2023: 187). Pero lo anterior no tiene sentido, pues el constitucionalismo animó luchas políticas para transformar el estado absolutista y convertirlo así en un estado social y democrático de derecho (TSCHORNE, 2015: 15). Con todo, esta transformación no dependió solamente de que hubiera mayor

[23] Tribunal Constitucional, Caso Sernac. 2018, C. 39.

[24] Quizás esto explica que ciertos autores afirmen que el derecho administrativo sancionador se ha vuelto un campo de disputa (SOTO D., 2021: 27). Esto, pues en esta disciplina es donde, por la vía de disquisiciones conceptuales, se vuelve posible cambiar (en alguna medida) las relaciones de poder entre distintos miembros de la sociedad. Por eso es importante notar que, como dice Heck, "cada precepto jurídico decide un conflicto de intereses" (HECK, 1948:. 529). Pero el conceptualismo ignora eso.

abstención estatal. No, sobre todo en cuanto a la prestación de derechos sociales, implicó que el Estado aumentara su poder para así poder proteger a los ciudadanos del poder fáctico. Por ello, hoy en día se puede decir que en un Estado Administrativo la acción inefectiva es un abuso en sí mismo y no provee garantía alguna en favor de la libertad (RUBIN, 1989: 418). Lo anterior, pues junto con el poder para abusar que tiene el Estado, está el poder para abusar que tienen los privados, el que solo puede ser limitado mediante la intervención estatal efectiva. En tal medida, las sanciones administrativas pueden contribuir a generar espacios de mayor bienestar, y así proteger la libertad de todos[25].

Con todo, hay razones para sospechar que cierta doctrina no ve esto, pues durante la segunda mitad del siglo xx se pasó a entender el derecho administrativo como algo que solo tenía relación con limitar o controlar a la administración, olvidando que la disciplina también tenía que contribuir a la eficacia de la administración (SOTO D., 2021: 184). Así, "bajo una idea de una preeminencia natural y a todo evento del despliegue de la libertad individual, se ha considerado la intervención administrativa como una expresión de despotismo y totalitarismo" (SOTO D., 2021: 184). Esto último, en parte, se explica en que una doctrina conceptualista solo ve reglas, y no puede comprender la relación entre el derecho, las instituciones, y la política (ATRIA, 2020: 136). Por ello, no ve cómo, en la práctica, una administración demasiado débil puede llevar a una mayor desprotección del ciudadano común[26]: para el análisis conceptualista todo lo mundano contamina la estructura lógica y sistemática del aparato conceptual (FLORES, 2006: 223).

Séptimo, en la medida que el conceptualismo ignora las relaciones de poder que hay en juego, y que el legislador sí toma en cuenta al crear leyes, este trae problemas políticos. A este respecto, en el ámbito del derecho penal Mañalich analiza un fenómeno similar que denomina principialismo. Éste consiste en un tipo de análisis doctrinario que asume que es posible identificar un conjunto de principios cuya satisfacción sería necesaria para poder afirmar que las decisiones del legislador son legítimas (MAÑALICH, 2018: 60)[27]. En el caso del derecho administrativo sancio-

[25] Esto vale incluso para quienes defienden a rajatabla la preeminencia del mercado como regidor de las relaciones sociales, pues la regulación y las sanciones administrativas construyen mercados allí donde no los hay, generan condiciones óptimas de intercambio, disciplinan y promueven el bienestar social (LETELIER, 2018: 226).

[26] Esta es una interpretación caritativa que asume que el objetivo de la aplicación maximalista de las garantías al procedimiento administrativo sancionador es proteger al ciudadano común. Pero dicha interpretación de lo que hay detrás de esta tesis no es la única posible, ni necesariamente la más plausible. Sobre todo, cuando se esboza esta tesis por empresas de conocido poder económico, es dudoso que lo que se persiga es proteger al ciudadano común.

[27] García Amado describe algo parecido cuando critica el modelo que él denomina "lógico sustantivo". Este modelo, que se relaciona estrechamente con la jurisprudencia de conceptos, "presupone unos parámetros externos, sustantivos o materiales y plenamente objetivos de racionalidad y validez de las normas y de su aplicación (…), porque entre las normas y entre estas y las decisiones presupone una determinación que, en sentido muy amplio, podemos llamar "lógica", y porque son o pretenden ser teorías de la única respuesta correcta en derecho" (GARCÍA AMADO, 2017: 30).

nador ocurre algo análogo. Aquí, a partir de disquisiciones conceptuales, que buscan asegurar la satisfacción de un conjunto de principios cuya existencia la doctrina tan solo asume (más allá del derecho positivo), se busca asegurar la legitimidad del sistema administrativo sancionatorio por la vía de reforzar las garantías que a éste aplican.

Esta estrategia interpretativa es altamente problemática desde la perspectiva de la legitimidad de las decisiones tomadas, pues la pretensión de que la política criminal se someta a cierta racionalidad normativa, definida por principios que son tratados como premisas prepolíticas, no es compatible con la contingencia y la inmanencia definitorias del juego político democrático (MAÑALICH, 2018: 62). En tal medida, dicho principialismo esconde mediante un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que presenta como axiomas (MAÑALICH, 2018: 62) [28]. Por supuesto, el legislador puede errar, incluso manifiestamente. Pero es parte del autogobierno colectivo padecer el riesgo de tener reglas erradas. Esto, pues la alternativa, dejar que un grupo de juristas se alce como custodio, es contrario a la democracia. El autogobierno colectivo no es posible bajo un régimen de tutelaje doctrinario.

En otras palabras, bajo esta lógica podemos pasar a una especie de tecnocracia jurídica o juristocracia donde un grupo de expertos legales está a cargo de importantes decisiones sociales. Estos tienen una autoatribuida experticia sobre lo que es bueno, o lo que está "realmente" en consonancia con lo que es justo. Pero esto tiene serios problemas, pues los tecnócratas se oponen a dos cosas: a la mediación de los conflictos políticos mediante los partidos; y a la idea de que la concepción específica del bien común que ha de prevalecer y ser traducida en políticas públicas es construida mediante procedimientos democráticos de deliberación parlamentaria y competencia electoral (BICKERTON e INVERNIZZI, 2015: 3). En síntesis, existe un conflicto interno entre la tecnocracia y la intermediación institucional. Con todo, esta visión tecnocrática de la dogmática jurídica es reforzada por la doctrina conceptualista, pues bajo su óptica los sujetos que idealmente deben intervenir en la creación de leyes son quienes se dedican a la ciencia jurídica, los estudiosos del derecho, siendo la realidad normativa, para ellos, algo que solo provoca la imperfección en las normas y algo que no debe tomarse en cuenta (FLORES, 2006: 222) [29].

Frente a este argumento se podría responder que quienes cultivan este tipo de teoría simplemente están aplicando normas superiores, como los derechos fundamentales, a la legislación ordinaria, que contiene las normas sobre derecho administrativo sancionatorio. Como el derecho tiene una estructura jerárquica, las normas superiores, los derechos fundamentales, vencen a las normas inferiores, o las integran, haciendo que éstas últimas se correspondan con las garantías que tiene la Carta

[28] Esto es analizado respecto del derecho de la libre competencia en (PERALTA, 2023: 93-114).

[29] Esto se relaciona con la denuncia de Loughlin de que el constitucionalismo se ha vuelto el principal medio para que una elite aislada, que solo dice respetar la democracia, perpetue su autoridad para gobernar nuestras vidas (LOUGHLIN, 2022).

Magna[30]. Con todo, los derechos fundamentales, por regla general, son tan vagos que solo adquieren un significado concreto si son imbuidos y leídos por valores controvertidos (LOUGHLIN, 2022: 169). Esta vaguedad no es casual, pues las comunidades políticas se definen por su compromiso con ciertos conceptos políticos que son vagos, y es justamente dicha vaguedad lo que permite que sean transversales y por tanto de toda la comunidad (ATRIA, 2016: 275; BASSA et al., 2017: 266). Por ello, ya que los derechos fundamentales pueden admitir múltiples significados, se puede entender la actividad del poder legislativo como una que está orientada a concretizar y hacer compatibles los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, asumiendo que la Constitución de Chile admite el principio de culpabilidad, se podría interpretar una norma de rango legal que afirma la imposibilidad de multar a personas inimputables como una concreción del principio de culpabilidad. Pero en vez de hacer eso, la doctrina más bien tiende a interpretar los derechos fundamentales a partir de lo que Loughlin correctamente ha denominado "ejercicios escolásticos de interpretación constitucional" (LOUGHLIN, 2022: 119). Así, hoy parece haberse impuesto un método de interpretación de los derechos fundamentales en el cual no se busca la construcción de significado en un proceso democrático, sino que su alumbramiento (BASSA et al., 2017: 281). Parafraseando a Lovera, es como si la Constitución fuera una piedra Rossetta y la doctrina estuviera compuesta de un grupo de arqueólogos que busca descifrarla (LOVERA, 2010: 121). En síntesis, nuestro compromiso con los Derechos Fundamentales no prejuzga quien ha de defenderlos, ni por qué vías. En tal línea, que ellos hayan de ser respetados no implica que la dogmática jurídica haya de imponer ciertas normas en su nombre, pasando por encima del derecho positivo[31]. Pero antes que aceptar esto, como vimos más arriba, la doctrina conceptualista en Chile exige, por ejemplo, que aplique el principio de culpabilidad penal en toda su extensión en sede de derecho administrativo sancionador, incluyendo cuestiones como el error de prohibición, o exigiendo que siempre se prueba si hubo dolo o culpa. Esto se hace sin preocupación por lo que establece el derecho positivo, pues como se pregunta el guía del cielo de los conceptos de la fábula de Jhering "¿Qué poder tiene el legislador sobre la verdad?" (VON JHERING, 2015: 318).

6. CONCLUSIÓN

Para dilucidar qué garantías aplican en sede administrativa, parte de la doctrina acude a lo que en este artículo he denominado "conceptualismo". Según esta doctri-

[30] Como indiqué, en el caso chileno no existen garantías de este tipo consagradas en la Constitución. Con todo, aceptaré, *ad arguendo*, que ésta sí contiene normas como el principio de culpabilidad penal, entre otros principios característicos del núcleo del derecho penal.

[31] Esta crítica, por supuesto, toma como base una crítica a lo que en el ámbito hispanoparlante se conoce como neo-constitucionalismo, que ha sido denunciado, entre otros, por (ATRIA, 2016: 67-75; GARCÍA AMADO, 2017: 36) y que recientemente ha sido denunciado en el mundo angloparlante por (LOUGHLIN, 2022). No puedo desarrollar esta crítica en profundidad en este espacio, sino que solo pararme sobre sus hombros.

na, el derecho administrativo sancionador está sometido a estándares de legitimidad que están más allá del derecho positivo.

Estos estándares recién mencionados están plasmados en conceptos, los cuales pueden tener su origen ya sea en un análisis puramente semántico, ya sea en elucubraciones sobre los tipos de sistemas que son legítimos (es decir, consideraciones sustantivas). En el primer caso, se busca inferir consecuencias para el derecho positivo que se siguen del mero significado de las palabras, como ocurre con la teoría de Soto Kloss de que "sancionar es juzgar". En el segundo caso, a partir de discusiones sobre cómo deben estar configuradas las instituciones para actuar legítimamente, se enjuicia y modifica el derecho positivo. Esto fue analizado respecto de la exigencia de que en sede de derecho administrativo sancionador siempre ha de aplicar el principio de culpabilidad. Habiendo expuesto ambas instancias de conceptualismo, pasé a criticar éstas debido a su falta de capacidad explicativa del derecho vigente.

Después de eso, pasé a criticar en general los efectos que el análisis conceptualista tiene en sede de derecho administrativo sancionador. En síntesis, señalé que este análisis se caracteriza por lo siguiente: primero, déficits funcionales, pues al imponer al derecho administrativo sancionador rasgos que su derecho positivo no tiene, como mayores trabas a la hora de sancionar (correlativamente, mayores garantías para los acusados), hace que su operación sea más torpe; segundo, y de manera relacionada, cuando esta maniobra es aplicada al derecho administrativo sancionador económico, al hacer más difícil para la administración sancionar a entes económicos, se desprotege al ciudadano común (en la medida que, para protegerlo, la administración debe tener capacidad de control sobre personas jurídicas o naturales con gran poder económico); tercero, por pasar por alto el derecho positivo, esta maniobra también pasa por alto la voluntad del legislador, lo que implica que esta metodología de análisis padece de un déficit de legitimación democrática.

En este texto he intentado demostrar cómo se despliega la estrategia conceptualista, así como sus problemas. La inquietud que queda, en todo caso, es cual podría ser una metodología alternativa. No puedo en este texto más que esbozarla, pero hay dos alternativas. Por un lado, desechar todo tipo de análisis conceptual, fijándose quien analiza una ley tan solo en las reglas que caracterizan a tal o cual perímetro regulatorio. Si se siguiera tal maniobra, no habría tal cosa como *el* derecho administrativo sancionador, sino que a lo sumo habría varias regulaciones dispersas entre las cuales algunas tienen parecidos de familia, como tal o cual rasgo (algunas tienen discrecionalidad, otras no, etc.), sin que haya entre ellas una esencia común. Ese sería un método posible. Ahora bien, quizás llevaría aparejado una exigencia excesiva para los operadores del sistema, pues no habría un modelo a partir del cual tener una visión general sobre el sistema que valiera, al menos, *prima facie*.

Otra alternativa sería rescatar el análisis conceptual del conceptualismo. Esto se haría por la vía de crear conceptos inductivamente, esto es, tomando como punto de partida los rasgos paradigmáticos del derecho positivo. Siguiendo una metodología inductiva, en la que los conceptos surgen de la práctica real, se podría crear conceptos que tuvieran la realidad jurídica como criterio de falsación. Como decía Heck,

férreo crítico del conceptualismo, la tarea no consiste en crear según el arbitrio de cada cual "un nuevo ordenamiento jurídico, sino cooperar a la realización de ideales previamente establecidos, dentro de un ordenamiento jurídico dado" (HECK, 1948: 524). Así, habría conceptos que ordenarían la experiencia normativa, al menos de una manera *prima facie*, con tal de que el operador jurídico pueda navegar el derecho positivo y saber a grandes rasgos cuáles son sus coordenadas o rasgos[32]. Ello, pues la ciencia del derecho, con el fin de obtener una visión de conjunto, somete las normas a una elaboración, a una clasificación que se logra formando grupos de conceptos (HECK, 1948: 527). Con todo, aquí es crucial que dichos modelos sobre cómo se configura el derecho administrativo sancionador solo valdrían *prima facie*, es decir, podrían ser modificados según lo exija la realidad normativa de cierto sector[33]. Podría ser, por ejemplo, que una agencia administrativa careciera de discrecionalidad. Esta validez prima facie de los modelos sería una cualificación importante, pues haría que dichos modelos no cayeran en el conceptualismo, pues no impondrían deductivamente consecuencias para el derecho positivo, sino que serían reglas de experiencia inductivamente obtenidas a partir de las cuales ordenar cierto parámetro regulativo. Quedará para otra ocasión desarrollar en mayor profundidad dicho modelo.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Iván ARÓSTICA, "Algunos problemas del derecho administrativo penal", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, núm. 182, 2015, pp. 71-81.

Fernando ATRIA, "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo", *Revista De Estudios De La Justicia*, núm. *5*, 2004, pp. 119-141. https://doi.org/10.5354/rej.v0i5.15049

Fernando ATRIA, "Legislación, Jurisdicción, Administración", en Fernando ATRIA, Rodrigo CORREA, Julián LÓPEZ, y Lucas SIERRA (eds.), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés,* Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 77-185.

Fernando ATRIA, *La Forma del Derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, Barcelona, Sao Paulo, 2016.

Fernando ATRIA, "Sobre el Tribunal Constitucional en la Doctrina Tradicional (I): Conceptualismo Constitucional", *Derecho y Crítica Social*, núm *6*, 2020a, pp. 115-161.

Fernando ATRIA, "Una réplica para seguir conversando", En Javier GALLEGO (ed.), *El Derecho y sus Construcciones. Diálogos con la forma del derecho,* Palestra, Lima, 2020b, pp. 581-728.

[32] Reflexiones sobre la importancia de tener una visión sistemática del derecho, y sobre cómo ello se manifiesta en el derecho administrativo chileno, se encuentran en (BUSTOS, 2024). Ver además, (LETELIER, 2020: 71).

[33] Aquí no caigo en una tendencia conceptualista, pues lo que caracteriza a ésta última es que los conceptos dogmáticos ya formados no admiten ser modificados por la realidad normativa, pues de esta doctrina "es presupuesto necesario que el contenido del concepto supremo no le venga dado por el resto de enunciado que de él derivan" (GARRIDO MARTÍN, 2017: 229). Ello evitaría que se caiga en el método de la inversión típico de la jurisprudencia conceptual. Según dicho método, se obtiene un concepto inductivamente, y obtenido ese concepto, deductivamente, se obtenían normas nuevas que antes no estaban (HECK, 1948: 532). Esta metodología no aceptaría el paso deductivo del método de inversión, sino que tendría una pretensión ordenadora del derecho. Como dice Hart, todos los conceptos legales son "abiertos", y cuando un caso inesperado aparece debemos tomar una decisión nueva y reelaborar nuestros conceptos (HART, 1983: 270).

Jaime BASSA, Juan Carlos FERRADA, & Christian VIERA, "La interpretación institucional de los derechos fundamentales en un Estado democrático de derecho", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm *37*, 2017, pp. 265-291.

William BAXTER, "Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law", *Texas Law Review*, núm. *60*, 1982, pp. 661-703.

Christian BICKERTON & Carlo INVERNIZZI. "Populism and technocracy: Opposites or complements?", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, núm. *20*, 2015, pp. 186-206.

Andrés BORDALÍ, *Derecho Jurisdiccional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Andrés BORDALÍ, "El debido procedimiento administrativo sancionador", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. *38*, 2023, pp. 33-66.

Vicente BUSTOS (2024), "La categoría de «sistemas» en el derecho administrativo chileno: Una aproximación funcional", En Karen ASENJO (ed.), *La modernización del derecho administrativo: Reflexiones a 20 años de las leyes de procedimiento, contratación y Alta Dirección Pública*. Thomson Reuters, Santiago, 2024, pp. 603-626.

Caso Sernac, 4012-2017 (Tribunal Constitucional 2018).

Pía CHIBLE, "En defensa de la potestad normativa de la Administración", *Revista Derecho del Estado*, núm *51*, 2022, pp. 197-226.

Eduardo CORDERO, "El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal", *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. *25*, 2012, pp. 131-157.

Joaquín CORREA OLEA, "La culpa infraccional y el principio de culpabilidad", *Revista de Estudios Ius Novum*, núm. *16*, 2023, pp. 20-37.

Ronald DWORKIN, *El Imperio de la Justicia,* Claudia FERRARI (trad.), Gedisa, Barcelona, 1988.

Elvia FLORES, "Jurisprudencia de conceptos", en Nuria GONZÁLEZ (ed.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau: Vol. Tomo I*, pp. 219-232, 2006.

José Antonio GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Joaquín GARRIDO MARTÍN, "Ciencia del derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de Conceptos", *Derechos y Libertades*, núm. *37*, 2017, pp. 207-232.

Rosa GÓMEZ, "Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile", *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, núm. *44*, 2019, pp. 361-384.

Hans-Peter HAFERKAMP, "Jurisprudence of Concepts", Alexa Nieschlag (trad.), en Stanley Katz (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History,* 2009*,* pp. 432-433).

H.L.A. HART, (1983), "Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 265-277.

Phillip HECK, *Jurisprudencia de intereses*, Manuel GONZÁLEZ (trad.), Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1948, pp. 513-550.

Alejandro HUERGO, *Las Sanciones Administrativas*, Iustel, Málaga, 2007.

María Soledad KRAUSE, "Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia", *Investigaciones CeCo, 2020, 1-10*.

Raúl LETELIER, "Garantías penales y sanciones administrativas", *Política criminal*, núm. *12*, 2017, pp. 622-689.

Raúl LETELIER, "El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas", *Revista de Derecho (Valdivia)*, núm. *31*, 2018, pp. 209-229.

Raúl LETELIER, "Sanciones administrativas regulatorias: Tres premisas sobre su función", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. *32*, 2020, pp. 65-83.

Martin LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, Massachusetts, 2022.

Domingo LOVERA, "¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y Participación", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2010, pp. 119-141.

Juan Pablo MAÑALICH, "La pena como retribución", *Revista Estudios Públicos*, núm. *108,* 2007*,* pp. 117-205.

Juan Pablo MAÑALICH, "El principio Ne Bis In Idem en el derecho sancionatorio chileno", en Pía CHIBLE y Felipe BELMAR (eds.), *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes*

en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010—2017), Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 2017, pp. 457-527.

Juan Pablo MAÑALICH, "El principialismo político criminal como fetiche", *Revista De Estudios De La Justicia*, núm. *29*, 2018, pp. 59-71.

Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993.

Cristóbal OSORIO VARGAS, *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador: Parte General* (2.a ed.), Thomson Reuters, Santiago, 2017.

Luciano PAREJO, "Algunas Reflexiones Sobre La Necesidad De La Depuración Del Status De La Sanción Administrativa", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. *36*, 2014, pp. 1-26.

Ignacio PERALTA, "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Una institución contradictoria", *Revista de Derecho Económico*, núm. *80* (2023a), pp. 251-276.

Ignacio PERALTA, "Populismo y tecnocracia en libre competencia: Dos caras de una misma moneda", *Revista De Estudios De La Justicia*, núm. *38*, 2023b, pp. 93-114.

Ignacio PERALTA, "Por qué las garantías penales no aplican al procedimiento de libre competencia", *Revista de Derecho Económico*, núm. *80*, 2023c, pp. 73-98.

Ignacio PERALTA, y Tomás IZQUIERDO (2023). La Constitución del abuso. *Opinión, El Mostrador*.

Manuel RIVACOBA y RIVACOBA," ¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?", *Boletión de la Facultad de Derecho*, núm. *13, 1998*, pp. 109-119.

Christian ROJAS, Juan Carlos FERRADA & Pablo MÉNDEZ, "La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. *34*, 2021, pp. 97-130.

Edward RUBIN, "Law and Legislation in the Administrative State", *Columbia Law Review*, núm. *89*, 1989, pp. 369-426.

John SEARLE, *Actos de habla*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017.

Pablo SOTO DELGADO, "El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional en Chile: Transformando a la Administración en juez para desproteger el interés público", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. *45*, 2018, pp. 1-49.

Pablo SOTO DELGADO, *El reproche personal en el derecho Administrativo Sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Pablo SOTO DELGADO, "El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: Reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado", *Revista de de Derecho (Valdivia)*, núm. *36*, 2023, pp. 183-204.

Eduardo SOTO KLOSS, "Derecho Administrativo Penal—Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración", *Boletín de Investigaciones. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 1980, pp. 95-103.

Samuel TSCHORNE, "Neoliberalism and the Crisis of Public Law", *Human Rights And Public Life Working Papers*, núm. *4*, 2015, pp. 9-17.

Domingo VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

Alex VAN WEEZEL, "Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo", *Política Criminal*, núm. *12*, 2017, pp. 997-1043.

Lorena VARELA, "Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal", *InDret*, núm. *3*, 2012, pp. 1-25.

Alejandro VERGARA, "Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador", *Revista De Derecho (Coquimbo)*, núm. *11*, 2004, pp. 137-147.

Rudolph VON JHERING, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Román RIAZA (trad.), Reus, Madrid, 2015.

Javier WILENMANN, "La imposición constitucional de disciplina en la práctica sancionadora del estado", *Latin american legal studies*, núm. *6*, 2020, pp. 45-62.

Jaime WINTER, "Situaciones actuales en la frontera del principio de culpabilidad", *Revista De Estudios De La Justicia*, núm. *17*, 2012, pp. 105-143.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 11 | 2025 pp. 257-294
Madrid, 2025
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025_ 2777
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Xabier Arzoz Santisteban
ISSN: 2695-7191
Recibido: 16/12/2024 | Aceptado: 10/02/2025

LA EUROPEIZACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

THE EUROPEANIZATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT

Xabier Arzoz Santisteban
Catedrático de Derecho Administrativo (UNED)

RESUMEN: El Derecho de la Unión Europea opera, en la actualidad, como un manto envolvente del Derecho administrativo de los Estados miembros y, por ende, también de las formas jurídicas de actuación administrativa tipificadas y reguladas en sus ordenamientos jurídicos. El acto administrativo, principal forma jurídica de actuación administrativa, no podía permanecer inmune. A lo largo del trabajo se valora esa influencia desde dos perspectivas: la afectación a la teoría general y al régimen jurídico del acto administrativo. Mientras la influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la teoría general es limitada, su impacto sobre el régimen jurídico de ciertos actos administrativos nacionales es ya considerable y se manifiesta en varios planos: en el *si* y el *cuándo* del acto administrativo y, sobre todo, en su régimen de eficacia y permanencia. En cualquier caso, el acto administrativo sigue cumpliendo de forma satisfactoria sus funciones tradicionales, sin perjuicio de modificaciones en su régimen jurídico cuando opera en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: acto administrativo; europeización; Unión Europea; Derecho administrativo; teoría general; régimen jurídico; validez; eficacia; firmeza; ejecución; efectos territoriales; acto administrativo transnacional.

ABSTRACT: European Union law currently operates as an enveloping mantle for the administrative law of the Member States and, therefore, also for the legal forms of administrative action typified and regulated in their legal systems. The administrative act, the main legal form of administrative action, could not remain immune. Throughout the work, this influence is assessed from two perspectives: the impact on the general theory and the legal regime of the administrative act. While the influence of European Union law on general theory is limited, its impact on the legal regime of certain national administrative acts is already considerable and is manifested on several levels: in the *if* and *when* of the administrative act and, above all, in its regime of effectiveness and stability. In any event, the administrative act continues to satisfactorily fulfil its traditional functions, without prejudice to changes in its legal regime when it operates within the scope of application of European Union law.

KEYWORDS: administrative act; europeanization; European Union; administrative law; general theory; legal regime; validity; effectiveness; finality; execution; territorial effects; transnational administrative act.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA EUROPEIZACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL: 2.1. Perspectivas de una teoría del acto administrativo de la Unión Europea; 2.2. La ampliación de los efectos territoriales del acto administrativo en virtud del Derecho de la Unión y sus consecuencias dogmáticas.— 3. LA EUROPEIZACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO: 3.1. Diversidad de grados y formas de europeización; 3.2. Influencia sobre el ámbito de aplicación del acto administrativo; 3.3. Influencia sobre la validez, la eficacia y la firmeza; 3.4. Influencia sobre el régimen de ejecución.— 4. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Las principales bases del Derecho administrativo actual son, por un lado, el Derecho constitucional en sentido material (la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y las leyes que entroncan directamente con la Constitución, como las que integran el bloque de la constitucionalidad [art. 28.1 LOTC] o desarrollan los derechos fundamentales) y, por otro lado, el Derecho de la Unión Europea [1].

Las bases constitucionales gozan de gran estabilidad: especialmente la Constitución, tanto por su condición de norma fundamental como por la rigidez de sus procedimientos de reforma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha extraído cuidadosamente de las disposiciones constitucionales, a lo largo de más de cuarenta años, las consecuencias que se derivan para la Administración y el control judicial de su actividad. La relevancia de la Constitución sobre el sistema de fuentes, la posición jurídica del Gobierno y la Administración, la configuración de potestades administrativas clásicas como la de ejecución y la de revisión de oficio, y el régimen de eficacia de los actos administrativos fue considerada y valorada por la jurisdicción constitucional y plenamente asumida por la jurisdicción ordinaria y el legislador estatal básico [2].

Mientras que se puede presumir que los constituyentes conocían las instituciones y las regulaciones contenidas en el ordenamiento jurídico español y las asumían en la medida en que no entraran en conflicto con los principios y valores proclamados en la Constitución [3], el Derecho administrativo español se relaciona de otra forma con el Derecho de la Unión Europea. Al no ser España Estado miembro fundador, los

[1] Al respecto *vid.* L. ARROYO JIMÉNEZ (2021) y D. SARMIENTO y X. CODINA GARCÍA-ANDRADE (2021).

[2] *Vid.*, entre otros, R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1999) y M. CLAVERO ARÉVALO (2003). En cambio, L. PAREJO ALFONSO (2012: 185-192) no considera terminado el proceso y aboga por una reconstitucionalización del Derecho administrativo, aunque en parte incluye también en la Constitución material al Derecho primario de la Unión Europea.

[3] Al respecto *vid.* J. L. REQUEJO PAGÉS (1998).

Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no fueron elaborados teniendo en cuenta las concepciones y las regulaciones contenidas en el ordenamiento jurídico español. Y si bien en los Tratados constitutivos sigue siendo evidente la influencia del Derecho administrativo francés, por ejemplo, en la configuración del contencioso comunitario[4], que también presenta mucha similitud con el español, en aspectos centrales e incluso estructuras administrativas básicas la divergencia es manifiesta, como se aprecia por ejemplo en la amplia identidad de régimen jurídico entre normas y actos[5], la dificultad de impugnar actos de alcance general (incluso después de la distinción entre actos legislativos y no legislativos) y en la inexistencia de una codificación del procedimiento administrativo. Además, el de la Unión Europea constituye un ordenamiento jurídico en permanente evolución y crecimiento, abierto a muchas influencias: las reformas de los Tratados y las correlativas ampliaciones de las competencias de la Unión Europea se han sucedido vertiginosamente desde 1986, año de la adhesión española[6].

Las transformaciones del ordenamiento jurídico interno derivadas de la integración europea han supuesto, según algunos autores, auténticas mutaciones constitucionales. Cuando menos es innegable que la irradiación del Derecho de la Unión Europea ha sido exponencial, alcanzando a todos los sectores de intervención de la Administración pública. Por todo ello, se ha afirmado que la europeización "produce una transformación de prácticamente todos los pilares fundamentales que habían sustentado a los Derechos públicos nacionales: derechos fundamentales, organización del Estado, derechos públicos subjetivos, formas de actuación de la Administración, procedimientos administrativos y control judicial, principalmente"[7].

Los estudios sobre la europeización del Derecho administrativo interno son ya inabarcables. Por lo general suelen prestar atención preferente a las regulaciones de la parte especial o a las instituciones sobre las que se proyecta directamente el Derecho de la Unión: por ejemplo, la contratación pública, el medio ambiente, los servicios públicos, los sectores regulados y los organismos reguladores. Tradicionalmente ha sido menos estudiada la europeización de las categorías centrales de la parte general del Derecho administrativo[8]. La parte general del Derecho administrativo es, sin duda, más conservadora o, si se prefiere, más cautelosa hacia la innovación que la parte especial, pues histórica y metodológicamente se forma a partir de esta última, mediante procesos de inducción y deducción. Solo cuando los cambios en la parte especial son suficientemente importantes o se producen en sectores de referencia que condicionan la forma de concebir el conjunto, empieza la parte general a sentir la presión de aquellas transformaciones y la necesidad de introducir ajustes que las reflejen.

---

[4] M. FROMONT (1968).

[5] *Vid.* X. ARZOZ SANTISTEBAN (2001).

[6] Al respecto *vid.* O. MIR PUIGPELAT (2013).

[7] S. DÍEZ SASTRE (2018: 93).

[8] Al respecto *vid.* J. SCHWARZE (1996); S. KADELBACH (1999); T. SIEGEL (2016); desde la perspectiva española, L. ORTEGA, L. ARROYO y C. PLAZA (2010).

Aunque de un tiempo a esta parte se está equilibrando esa asimetría, entre otros, con estudios relevantes sobre el procedimiento administrativo interno bajo la influencia del Derecho de la Unión[9], todavía existen notables ausencias: entre ellas se encuentra la dogmática del acto administrativo[10]. La finalidad de este trabajo será, por tanto, examinar la europeización de la dogmática del acto administrativo, que constituye una de las categorías principales de las formas jurídicas de actuación administrativa, junto al reglamento y el contrato administrativo[11]. Si el Derecho constitucional ha afectado de manera intensa al sistema de fuentes del Derecho administrativo, destacadamente a la potestad reglamentaria del Gobierno y la potestad normativa de los entes locales, y el Derecho de la Unión Europea está influyendo de manera determinante en la regulación y, sobre todo, en el procedimiento de adjudicación del contrato que se financia con fondos públicos, ¿dónde se sitúa el acto administrativo como forma jurídica de actuación administrativa respecto a la presión armonizadora del Derecho de la Unión?

El estudio diferenciará dos planos o niveles. Por un lado, se indagará en la influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la teoría general del acto administrativo elaborada en el ámbito interno (2.). Por otro lado, se examinará la europeización del régimen jurídico del acto administrativo nacional, entendido de manera amplia como el conjunto de sus propiedades y de las etapas de su itinerario jurídico: el fundamento jurídico, su producción, su validez, su eficacia, su firmeza y su revisión de oficio y el régimen de ejecución (3.). Finalmente, unas conclusiones resumirán los principales hallazgos (4.).

2. LA EUROPEIZACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL

La europeización de la teoría general del acto administrativo elaborada en el ámbito interno de los Estados miembros es una cuestión distinta de la de la emergencia, consolidación y vigencia de una teoría del acto administrativo de la Unión Europea (antes, "acto administrativo comunitario"). Sin duda, ambas cuestiones o fenómenos están relacionados o al menos podrían conectarse, pues una robusta teoría general del acto administrativo en el ámbito de la Unión Europea no dejará de influir en las dogmáticas nacionales del acto administrativo. Se comenzará analizando las perspectivas de una teoría del acto administrativo de la Unión Europea (2.1.) y después se abordará la europeización de la teoría general del acto administrativo elaborada en el ámbito interno (2.2.).

---

[9] S. MUÑOZ MACHADO (1992); A. GARCÍA URETA (2002); M. J. MONTORO CHINER (2004); F. VELASCO CABALLERO (2008); L. A. BALLESTEROS MOFFA (2010), J. AGUDO GONZÁLEZ (2013); O. MIR PUIGPELAT (2013: 260-263); J. ORTEGA BERNARDO (2015); X. ARZOZ SANTISTEBAN (2019); T. MÜLLER (2019).

[10] Para unas reflexiones sobre la influencia del Derecho de la Unión en la doctrina interna de las formas de actuación administrativa *vid.* M. RUFFERT (2006) y O. MIR PUIGPELAT (2013: 263-264).

[11] Véase al respecto P. KRAUSE (1974); para una introducción en castellano *vid.* H. BAUER (1993) y E. SCHMIDT-ASSMANN (1993).

2.1. Perspectivas de una teoría del acto administrativo de la Unión Europea

Hace cinco décadas O. BACHOF (1972: 193) pronosticó lo siguiente: "Las dogmáticas nacionales no pueden permanecer inmunes a ello. No se puede imaginar que a largo plazo puedan coexistir paralelamente una dogmática alemana, una francesa, una italiana, etc., y además una dogmática europea común de la actividad administrativa". Por tanto, conviene examinar brevemente, por un lado, la posibilidad y límites de una dogmática común europea de la actuación administrativa y, por otro lado, la posible incidencia del Derecho de la Unión Europea en la teoría general del acto administrativo existente en el ámbito interno.

Hace unas décadas, en efecto, se generaron expectativas sobre la elaboración progresiva de una dogmática uniforme de la actividad administrativa para la Unión Europea, ciertamente en el ámbito de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero (CECA)[12] o en ámbitos sectoriales igualmente muy integrados de la Comunidad Económica Europea como el derecho de la defensa de la competencia[13]. La Unión Europea cuenta, sin duda, con una sistemática propia de los formas de actuación (art. 288 TFUE) que no se corresponde con las categorías jurídicas básicas de los Estados miembros[14]. No obstante, el centro de gravedad de esa sistemática se sitúa en la actuación normativa, no en la administrativa[15]. Aunque no desconoce una forma jurídica de actuación para los casos singulares (la decisión del párrafo cuarto del art. 288 TFUE), esa forma jurídica es mero complemento de la sistemática general, no elemento principal como ocurre en las dogmáticas jurídico-administrativas de los Estados miembros. Además, la misma forma jurídica cumple funciones bien distintas dependiendo de que su destinatario sea uno o varios Estados miembros, uno o varios sujetos particulares o bien no tenga destinatario alguno: en el primer caso funciona como una directiva, en el segundo como un acto administrativo y en el tercero como un acto normativo ordinario. Por último, la dimensión relativamente reducida de la ejecución directa del Derecho de la Unión por las instituciones de la Unión o sus agencias tampoco ha contribuido a su despegue como instrumento jurídico[16].

El concepto de "acto administrativo" aparece en ocasiones en normas que, con cierta vocación de generalidad y abstracción, regulan cuestiones transversales de la ejecución directa del Derecho de la Unión. Así, el Reglamento (CE) 1367/2006,

---

[12] A. DE LAUBADÈRE (1965).

[13] Así, para G. REISCHL (1982: 97), abogado general del Tribunal de Justicia (1973-1981), por lo menos en el ámbito del derecho comunitario de la competencia debía surgir una cierta doctrina sobre el acto administrativo y su régimen jurídico, ya que la Comunidad Económica Europea, en asuntos de la competencia, desarrollaba una actividad administrativa intensa a través de la Comisión como autoridad administrativa superior.

[14] *Vid.*, por todos, J. BAST (2009).

[15] M. RUFFERT (2006: 222).

[16] *Vid.* J. FUENTETAJA PASTOR (2007; 2019: 64-68).

relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, recurre al concepto de "acto administrativo" para definir el alcance del acceso a la justicia y lo define en estos términos en el art. 2.1 g): "cualquier medida de alcance individual conforme al Derecho medioambiental, adoptada por una institución u organismo comunitario y que surta efecto jurídicamente vinculante y externo". Y la noción de "omisión administrativa" es definida como "la no adopción, por una institución u organismo comunitario, de un acto administrativo definido en la letra g)"[17]. Cabe destacar que la adopción por el citado reglamento de la expresión "acto administrativo" no viene determinado por el tenor literal del tratado internacional desarrollado, que usa en el art. 9.2 (acceso a la justicia) expresiones más genéricas en dos de sus tres lenguas auténticas (*any decisión, act or omission* en inglés, *toute décision, tout acte ou toute omission* en francés).

En cualquier caso, el uso de la expresión no es frecuente. Aunque es difícil delimitar qué es causa y qué es efecto en este proceso, su uso no ha venido propiciado por una elaboración dogmática de la categoría en el ámbito de los estudios jurídicos de la Unión Europea. En efecto, las expectativas de una dogmática de la actividad administrativa propia de la Unión Europea no se han realizado por el momento, hasta el punto de que cabe dudar de que la Unión tenga vocación para una dogmática jurídico-administrativa con el grado de elaboración y sofisticación que ha alcanzado en la tradición jurídica continental, al menos en algunos Estados miembros (Francia, Alemania o Italia)[18]. Ese incumplimiento de las expectativas es probablemente fruto de una combinación de causas.

En primer lugar, a diferencia del Derecho derivado del Tratado CECA, considerado como un "tratado-ley" y que facilitó un encuadramiento de los problemas jurídicos en el ámbito del Derecho administrativo, la mayor parte del Derecho de la Unión Europea se centra en las fases previa y posterior a la ejecución, que preferentemente está en manos de las autoridades de los Estados miembros, conforme al principio de autonomía institucional, procedimental y procesal. Esto reduce el interés del concepto a un ámbito reducido, el de la llamada "administración directa". La ausencia de una función ejecutiva amplia o similar a la estatal no favorece la sistematización de las formas de actuación no normativas[19].

En segundo lugar, la principal función que suele cumplir e impulsar la elaboración de una teoría de la actuación administrativa es la de abrir y sistematizar el

---

[17] Arts. 2.1 g) y 10 del el Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006 , relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DOUE 2006 L 264/13).

[18] En el mismo sentido B. G. MATTARELLA (2011: 61): "it [el concepto de Derecho administrativo] does not have a central position in the European administrative law scholarship".

[19] T. VON DANWITZ (1996: 169).

control judicial y garantizar los derechos e intereses de los particulares[20]. Sin embargo, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas regularon con minuciosidad los aspectos del sistema jurisdiccional, sobre todo la delimitación de los actos impugnables: todo ello está igualmente plasmado en los vigentes Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ese sistema jurisdiccional, que incluía desde el principio, entre otros, un recurso de anulación, un recurso contra la inactividad (en realidad, contra la omisión de una actuación preceptiva) y una acción indemnizatoria, es el que sustancialmente se mantiene en la actualidad, con algunas precisiones y actualizaciones. El propio Tribunal de Justicia lo considera completo en el doble plano normativo y descriptivo, pues se complementa con el control judicial descentralizado que llevan a cabo los órganos judiciales nacionales como jueces ordinarios de la Unión[21]. Algunos autores ya auguraron en su día que la precisa regulación del sistema judicial comunitario hacía innecesario que el Tribunal de Justicia emprendiera la tarea de elaborar un concepto de acto administrativo comunitario[22]. Ese pronóstico se ha materializado. La protección judicial de los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas se ha construido en la Unión sobre la base de la noción de acto impugnable, no sobre una noción material de decisión o de acto administrativo[23].

La tercera causa de la indiferencia del Derecho de la Unión hacia una dogmática o teoría del acto administrativo es la perspectiva pragmática, no doctrinal, que domina tanto en la construcción de la integración europea como en la ciencia del Derecho de la Unión. Esta perspectiva pragmática trae causa de la necesidad de conciliar regímenes jurídicos y culturas administrativas muy diversos existentes en los Estados miembros, hoy en un número tan elevado como es el de veintisiete. Aunque las diferencias clásicas entre el *règime administratif* tradicionalmente prevalente en la Europa continental y, sobre todo, en los seis Estados fundadores de las Comunidades Europeas y el régimen de Derecho común aplicado en el Reino Unido (Estado miembro durante más de cuatro décadas), Irlanda y algunos Estados escandinavos se han ido atenuando con el tiempo, la adhesión de estos últimos Estados a la Unión Europea (comenzando ya en 1973) no favoreció la elaboración de una teoría vigorosa

[20] Con todo, esta explicación es ambivalente. Aunque la función jurisdiccional impulse la construcción jurisprudencial y doctrinal del concepto de acto administrativo, lo suele hacer en detrimento del rigor dogmático del concepto, pues lo sitúa bajo la presión y al servicio de las necesidades de tutela judicial, de forma que el acto administrativo se convierte en sinónimo de acto impugnable.

[21] *Vid.* SSTJ de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento Europeo*, as. 294/83, p. 1339 (apdo. 23); de 22 de octubre de 1987, as. 341/85, *Foto-Prost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, p. 4199 (apdo. 16); y de 23 de marzo de 1993, as. C-314/91, *Weber/Parlamento Europeo*, p. I-1093 (apdo. 8). Con la caracterización como "completo" del sistema de protección jurisdiccional, el Tribunal de Justicia subraya la ensambladura existente entre las diferentes vías de recurso y procedimientos, en el plano europeo y nacional, y se aboga por una interpretación teleológica que garantice una tutela judicial efectiva.

[22] A. DE LAUBADÈRE (1965: 475).

[23] H.-C. RÖHL (2011: 439).

de las formas de actuación en los planos doctrinal, normativo y jurisdiccional[24]. Las culturas y tradiciones nacionales tienen todavía un peso importante[25]. En cualquier caso, los problemas que se abordan en algunos sistemas administrativos con la teoría del acto administrativo terminan siendo sistematizados de otra forma en el Derecho de la Unión Europea, incluso por los juristas procedentes de la tradición continental: por ejemplo, mediante los marcos conceptuales del procedimiento administrativo y la tutela judicial[26]. A este respecto se ha subrayado la estrecha relación entre doctrina jurídica y estructura política y, con ello, la dificultad de trasplantar elaboraciones doctrinales de un ordenamiento a otro prescindiendo de la diferente estructura política[27].

Esto no quiere decir que la situación actual represente el fin de la Historia, ni que no haya habido valiosos intentos para colmar ese déficit dogmático y normativo[28]. Desde la perspectiva institucional cabe destacar las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión acerca de una codificación del procedimiento administrativo de la Unión Europea con fundamento en el art. 298 TFUE, que incluían reglas sobre actos administrativos[29]. Desde la perspectiva doctrinal, el intento más ambicioso hasta la fecha es el proyecto de la red transnacional de investigación ReNEUAL de juridificar la actuación administrativa directa de la Unión Europea a través de la codificación de su procedimiento administrativo y de algunas formas de actuación, entre las cuales las "decisiones" ocupan un lugar preeminente (el Libro III, con treinta y seis disposiciones)[30]. La adopción de un código general de procedimiento administrativo y de régimen jurídico de las formas típicas de actuación administrativa de la Unión Europea, además de contribuir a una buena administración, podría impulsar

---

[24] Según H.-C. RÖHL (2011: 439), en el Derecho de la Unión Europea no hay una teoría de las formas jurídicas de actuación administrativa. Para L. ARROYO JIMÉNEZ (2020: 201), el estado en el que se encuentran las formas jurídicas de actuación de la administración europea "tanto desde el punto de vista dogmático como normativo, es particularmente crítico". En particular reclama que se otorgue mayor relevancia a la distinción entre acto y norma y la identificación de reglas específicas de aplicación transversal para las decisiones administrativas de carácter unilateral, los contratos administrativos y las actuaciones de carácter material.

[25] *Vid.* M. RUFFERT (2013).

[26] B. G. MATTARELLA (2011: 61).

[27] *Vid.* P. CRAIG (2017) a propósito del libro de P. CANE (2016).

[28] Entre los intentos individuales destaca el de A. GLASER (2013), que busca desarrollar el derecho administrativo de la Unión Europea desde la perspectiva de una teoría de las formas de actuación.

[29] Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea [2012/2024(INL)] (DOUE 2015 C 440, p. 17); y Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2016, para una administración de la Unión Europea abierta, eficiente e independiente [2016/2610(RSP)] (DOUE 2018 C 86, p. 126). Esta segunda resolución se acompaña de una propuesta de reglamento.

[30] *Vid.* O. MIR, H. C. H. HOFMANN, J.-P. SCHNEIDER y J. ZILLER (2015). Sobre su naturaleza *vid.* P. CRAIG (2018: 145, 277-279, 384-387). Incluso este último autor, uno de los destacados promotores de la codificación del procedimiento administrativo general de la Unión Europea, no necesita definir o explicar el concepto de decisión o exponer su régimen jurídico de forma general, en la tercera edición de su monumental obra que expone en más de ochocientas páginas, el Derecho administrativo de la Unión Europea. No es una excepción: compárese también la obra de H. C. H. HOFMANN, G. C. ROWE y A. H. TÜRK (2011), que alcanza las mil páginas.

como efecto colateral la elaboración e implantación de una teoría general de la decisión administrativa en la Unión Europea. Hasta la fecha la Comisión no ha mostrado interés en estas propuestas[31].

A diferencia de la recomendación del Parlamento Europeo a la Comisión de 2013 sobre la elaboración de una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea, que se refería de manera exclusiva a "decisiones administrativas", la propuesta de texto articulado de reglamento presentada por el Parlamento Europeo en junio de 2016 afirma que su finalidad es establecer las normas de procedimiento por las que se rigen "las actuaciones administrativas de la administración de la Unión" (art. 1), definidas como "la actividad de la administración de la Unión para aplicar el Derecho de la Unión" (art. 4): ello parece apuntar a una concepción amplia como base de la regulación propuesta. A partir de ahí la propuesta utiliza de forma exclusiva la expresión "acto administrativo" para establecer las reglas concretas de procedimiento, forma y revisión de oficio: como no se la define, debe concluirse que se utiliza a modo de expresión equivalente. En cambio, la concepción que subyace a la noción de decisión del proyecto ReNEUAL es manifiestamente estricta, vinculada a la producción de efectos jurídicamente vinculantes: por decirlo de manera sencilla, se trata de una noción de inspiración alemana. Sin duda, está en sintonía con las regulaciones sectoriales del Derecho de la Unión[32]. Con todo, llama la atención que deje fuera al instrumento de la recomendación.

Por un lado, porque la recomendación es uno de los "actos típicos" (art. 288 TFUE) desde los inicios de la integración europea y cuenta con un amplio campo de juego en el Derecho de la Unión Europea. Además de las tradicionales potestades de emitir recomendaciones de la Comisión, el Consejo y el Banco Central Europeo, la recomendación se ha convertido en un instrumento de actuación clave en una nueva área, el mecanismo europeo de supervisión de las entidades financieras. El procedimiento, las condiciones y los supuestos de adopción de recomendaciones de la Autoridad Bancaria Europea están delimitados con precisión con criterios objetivos (lo que permite y, a su vez, reclama un control de validez riguroso). La recomendación regulada en el art. 16 del Reglamento 1093/2010 se asemeja en gran medida a una decisión individual, salvo en los efectos jurídicos obligatorios, si bien puede llegar a convertirse en una decisión obligatoria[33].

---

[31] Para una valoración de las iniciativas indicadas en el texto y de la falta de interés mostrada por la Comisión, *vid.* O. MIR PUIGPELAT (2018: 247-254).

[32] *Vid.*, por ejemplo, la noción de «decisión» en el Código Aduanero de la Unión (art. 5.39 del Reglamento 952/2013): "todo acto de las autoridades aduaneras relativo a la legislación aduanera, mediante el que se pronuncien sobre un caso concreto y que conlleve efectos jurídicos para el interesado"; y la de «decisión administrativa definitiva» en el Reglamento financiero (art. 2.28 del Reglamento 2024/2509, que reitera la definición contenida en el precedente Reglamento 2018/1046): "una decisión de una autoridad administrativa con un efecto definitivo y vinculante de conformidad con el Derecho aplicable".

[33] Para un análisis dogmático de la recomendación de la Autoridad Bancaria Europea *vid.* J. E. DICKSCHEN (2017).

Por otro lado, porque la recomendación y los instrumentos no vinculantes atípicos que adoptan las instituciones de la Unión Europea están siendo objeto de un control jurisdiccional más depurado por el Tribunal de Justicia, en condiciones cada vez más próximas a las de los actos vinculantes: no, ciertamente, mediante el recurso de anulación del art. 263 TFUE, sino a través de la cuestión prejudicial de validez e interpretación del art. 267 TFUE. Pese a que el art. 263 TFUE excluye el control del Tribunal de Justicia sobre los actos que tengan la naturaleza de una recomendación en el marco del recurso de anulación, eso no impide que puedan ser objeto de una cuestión prejudicial de validez, pues el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación y la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea sin excepción alguna (arts. 19.3 y 267 TFUE). Esta doctrina, afirmada con carácter general en la sentencia *Grimaldi* (1989)[34] y reiterada en diversas ocasiones, ha dormitado en los manuales de derecho como mera posibilidad teórica, hasta que recientemente ha comenzado a aplicarse a situaciones concretas. Así, el Tribunal de Justicia ha aplicado esa doctrina, controlando por la vía de la cuestión prejudicial la validez de una comunicación de la Comisión sobre ayudas estatales en el sector bancario[35], una recomendación de la Autoridad Bancaria Europea[36] y unas directrices de la misma agencia europea, que carecían también de fuerza vinculante[37].

En definitiva, aunque no quepa el control directo, la legalidad de los actos no vinculantes de las instituciones de la Unión puede ser controlada indirectamente a través de la remisión al Tribunal de Justicia de una cuestión prejudicial de validez. La posibilidad de que los particulares aleguen ante los órganos jurisdiccionales nacionales la invalidez de un acto de la Unión (vinculante o no vinculante) no está sujeta al requisito de que se hayan ya adoptado efectivamente en el Derecho nacional medidas para su aplicación.

Todo ello podría sugerir una concepción más amplia del acto administrativo de la Unión Europea que la que se ha plasmado en el proyecto ReNEUAL: una concepción de que "lo jurídico no se agota en lo vinculante", como afirmó el Tribunal Constitucional en la STC 42/2014, ciertamente en un contexto bien distinto, pero análogo, a fin de cuentas.

Examinada la posibilidad y los límites actuales de una dogmática común europea de la actuación administrativa, cabe preguntarse por la posible incidencia del Derecho de la Unión Europea en la teoría general del acto administrativo existente en el ámbito interno.

---

[34] STJ de 13 de diciembre de 1989, as. C-322/88, *Grimaldi*, apdo. 8.

[35] STJ [Gran Sala] de 19 de julio de 2016, as. C-526/14, *Kotnik*, apdos. 46-94.

[36] STJ de 25 de marzo de 2021, as. C-501/18, *BT y Balgarska Narodna Banka*, apdo. 83: primera vez que por esta vía se ha declarado inválido un acto no vinculante de la Unión.

[37] STJ [Gran Sala] de 15 de julio de 2021, as. C-911/19, *FBF y ACPR*, apdos. 57 y 68, con consideraciones críticas del abogado general Bobek sobre la disociación entre los arts. 263 y 267 TFUE respecto al control de los actos no vinculantes de la Unión, puntos 141 y sigs. de sus conclusiones.

2.2. La ampliación de los efectos territoriales del acto administrativo en virtud del Derecho de la Unión y sus consecuencias dogmáticas

El elemento del concepto de acto administrativo más permeable a la influencia del Derecho de la Unión hasta la fecha ha sido el de la eficacia territorial. Por regla general los actos administrativos solo surten efectos en el ámbito territorial de competencia de la Administración pública que los adopta. No obstante, en la Unión Europea, siguiendo la doctrina sentada en la sentencia *Cassis de Dijon* del Tribunal de Justicia[38], diversos actos jurídicos de la Unión han venido estableciendo la obligación de las autoridades internas de reconocer efectos a las decisiones administrativas adoptadas en otros Estados miembros[39]. En virtud del principio de reconocimiento mutuo[40], los actos administrativos dictados en el ámbito de los actos jurídicos de la Unión que así lo hayan establecido no se limitan a desplegar efectos dentro de las fronteras estatales, sino que tienen efectos extraterritoriales o pueden tenerlos, en ocasiones sin necesidad de un acto de reconocimiento individualizado en el Estado miembro de destino. En estos supuestos los efectos extraterritoriales no son una consecuencia refleja o fáctica de los efectos intraterritoriales ordinarios que produce el acto administrativo, sino efectos directamente ordenados de acuerdo con una técnica jurídica de coordinación entre ordenamientos: el principio de reconocimiento mutuo.

De forma esquemática el mencionado principio funciona de la siguiente forma. Sus presupuestos son, en primer lugar, una pluralidad de legislaciones nacionales aplicables a una materia y, en segundo, un mínimo grado de aproximación material entre esas legislaciones nacionales, ya sea preexistente o procurada justamente por el Derecho de la Unión; su ámbito de aplicación, aquellos ámbitos relevantes para el ejercicio de las libertades fundamentales; y el objetivo, que las persistentes diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no obstaculicen el ejercicio de las libertades fundamentales. Salvo que haya sido reconocido en la jurisprudencia, el principio de reconocimiento mutuo ha de estar previsto en el Derecho material de la Unión, que además de preverlo también puede modular su alcance.

El reconocimiento de efectos extraterritoriales utiliza dos modalidades básicas, con variantes en los diferentes sectores. Para el presente análisis basta aludir a esas dos modalidades básicas. Es importante retener que, en defecto de una armonización intensa o plena, no existe una solución técnicamente "superior", y que el legislador

---

[38] STJ de 20 de febrero de 1979, as. 120/78, *Rewe-Zentral AG*, p. 649 (664).

[39] Se trata tanto de directivas como de reglamentos. *Vid.*, entre otros, el Reglamento (UE) 2019/515 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro Estado miembro y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 764/2008.

[40] Para un análisis jurídico-administrativo *vid.* L. ARROYO JIMÉNEZ y A. NIETO MARTÍN (2018).

de la Unión (o, en su caso, el legislador nacional que transpone el marco que aquel ha dejado abierto en alguna medida) puede atender con técnicas diferenciadas a los intereses en presencia en cada sector[41].

La primera modalidad es el reconocimiento automático, de forma que la autorización de un producto o un prestador de servicios en un Estado miembro es suficiente para que acceda y circule u opere en el mercado único, sin que los otros Estados miembros puedan oponerle obstáculos o controles adicionales. En esto consistía, por ejemplo, el sistema de la licencia bancaria única, que hasta la crisis financiera correspondía otorgar a los Estados miembros[42]. Dicha licencia bancaria única se fundamentaba en una presunción de equivalencia de los requisitos de autorización en todos los Estados miembros de la Unión Europea. La entidad prestadora de servicios debía, no obstante, notificar a la autoridad supervisora de origen su intención de establecer una sucursal en el territorio de otro Estado miembro, así como el programa de actividades, la dirección y los nombres de los directivos que serán responsables de su gestión. Esa autoridad supervisora comunicaba la información recibida a la autoridad del Estado miembro de destino. Solo si las autoridades del Estado miembro de origen no tomaban las medidas necesarias para corregir las eventuales irregularidades que se produjeran, las del Estado miembro de destino podían ejercer sus potestades "naturales" sobre las entidades que operan en su territorio, informando previamente a la Comisión y al Estado miembro de origen. En esta variante de eficacia transfronteriza el control se centraliza en el Estado miembro de origen.

La otra modalidad básica de reconocimiento permite un examen limitado en el Estado de destino. Las autoridades de este último pueden examinar los documentos oficiales o certificados obtenidos en otros Estados miembros por el producto o sus fabricantes (incluido los expedidos por sujetos privados), aceptando su valor probatorio y sin exigir pruebas ya realizadas en otros Estados miembros. Teniendo en cuenta la normativa aplicable en el Estado miembro de origen, tal como ha sido aplicada en los documentos oficiales y certificados expedidos, las autoridades del Estado miembro de destino pueden valorar si aquella normativa garantiza un resultado equivalente al prescrito por su legislación nacional, por ejemplo, en materia de salud pública, seguridad de las personas o protección del medio ambiente. El Estado miembro de destino puede considerar que no hay equivalencia entre las exigencias del Estado miembro de origen y las suyas, y obligar al operador económico a cumplir con ellas o con el plus de requisitos allí establecido. En esta modalidad de eficacia transfronteriza se persigue una coordinación casuística entre las legislaciones nacionales.

---

[41] M. GARDEÑES SANTIAGO (2018: 156).

[42] Desde 2013, el Banco Central Europeo es quien adopta la autorización en la eurozona; en una primera fase del procedimiento las autoridades bancarias nacionales pueden denegarla o elaborar un proyecto de autorización, que deberá aprobar o denegar aquel. *Vid.* art. 14 del Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

Algunos autores hablan a este respecto genéricamente de "actos administrativos transnacionales"[43]. Otros diferencian en la adopción de resoluciones en la "unión administrativa europea" entre un "modelo de la transnacionalidad" y un "modelo de la resolución de referencia", que se corresponderían con los dos grupos de supuestos mencionados[44]. En ambas perspectivas doctrinales, la expresión "acto administrativo transnacional" puede ser equívoca[45].

Los actos administrativos adoptados en los ámbitos en los que se aplican las técnicas mencionadas no cumplen necesariamente, ni pretenden cumplir, con los requisitos legales aplicables en el Estado miembro en el que producen efectos. Se trata de actos administrativos enteramente "nacionales", vinculados en sus presupuestos de validez y su régimen de control al sistema jurídico estatal en el que han sido adoptados, que por mor de la primacía del Derecho de la Unión surten efectos fuera del ámbito territorial de la autoridad administrativa que los haya adoptado[46]. Son indiferenciables del resto de actos administrativos nacionales, y no constituyen una nueva forma de actuación administrativa[47]. Su única peculiaridad es que despliegan o pueden desplegar efectos transfronterizos[48].

Esa eficacia territorial *ampliada* no obedece a una cualidad del acto administrativo, ni a la voluntad de quien lo adopta, que no puede decidir si le serán reconocidos o no esos efectos al acto en cuestión, ni a una determinación normativa del Estado miembro de origen, ni tampoco se fundamenta en una delegación de competencias del Estado miembro receptor al Estado miembro de origen del acto administrativo. Es un atributo conferido o autorizado por una voluntad *externa* al ordenamiento jurídico estatal, expresada en una disposición jurídica *externa* y que puede estar condicionado a una transposición de esa disposición al ordenamiento interno del Estado miembro receptor o de destino o a la realización de una actividad de verificación o juicio positivo de equivalencia por las autoridades de otro Estado miembro, o bien puede modularse de otra forma su alcance. El Derecho de la Unión contiene un mandato de reconocimiento de efectos, como podría proporcionarlo también otro ordenamiento aplicable, como el Derecho del Estado miembro receptor, el Derecho internacional público o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[49]. Ciertamente, como resultado se intensifican los mecanismos de cooperación de carácter informal entre las autoridades de los Estados miembros y/o entre estas y la Comisión, que se

---

[43] V. NESSLER (1995); M. RUFFERT (2001; 2006: 233-235; y 2011); R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO (2008); T. SIEGEL (2016: 86-87); J. AGUDO GONZÁLEZ (2018: 289-295); J. ORTEGA BERNARDO (2018).

[44] T. SIEGEL (2016: 105); una distinción similar, en J. ORTEGA BERNARDO (2018: 102-109).

[45] En el mismo sentido HOFMANN, ROWE y TÜRK (2011: 645, nota 108); A. GLASER (2013: 555); U. STELKENS y M. MIRSCHBERGER (2016: 155).

[46] En este sentido también M. RUFFERT (2006: 234; 2011: 292) y A. GLASER (2013: 556).

[47] S. KADELBACH (1999: 328); J. BECKER (2001: 861); H. IGLESIAS SEVILLANO (2022: 143-144, "genuino acto estatal con eficacia extraterritorial"). En contra, R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO (2008: 14).

[48] M. KMENT (2010); F. SCHWETZ (2021).

[49] H. WENANDER (2011: 762-767); U. STELKENS y M. MIRSCHBERGER (2016: 158).

consultan e informan sobre los problemas que aprecien y las medidas que se proponen adoptar. Esa cooperación es un subproducto de la generación de efectos extraterritoriales y no altera el carácter nacional del acto administrativo adoptado.

La ampliación de efectos en el espacio de un acto administrativo no es, sin duda, una cuestión irrelevante desde una perspectiva jurídico-administrativa, ni desde la perspectiva de la integración europea. Tiene sentido diferenciar entre los distintos modelos existentes para articular la "unión administrativa europea": mediante la ejecución "autónoma" de decisiones individuales, con eficacia estrictamente nacional, y mediante diversas formas de ejecución integrada o coordinada, a través de resoluciones cuyos aspectos sustantivos y/o efectos transfronterizos están más o menos armonizados. Si en virtud del mandato de reconocimiento la autoridad administrativa nacional no puede denegar la comercialización de un producto que ha sido autorizado por otro Estado miembro, ya sea de forma automática o tras ponderar los controles efectuados en ese otro Estado miembro, el acto administrativo procedente de otro Estado miembro hace innecesario que se adopte el que le hubiera correspondido adoptar a la autoridad nacional competente: la autoridad competente del Estado miembro receptor prescinde de adoptar una decisión o de realizar determinados controles o bien extrae determinadas conclusiones de la existencia de una decisión adoptada en otro Estado miembro. Puede llegar a evitarse que se adopten un total de veintiséis actos administrativos de autorización en el conjunto de la Unión.

Ahora bien, el régimen jurídico y la validez y eficacia del acto administrativo con efectos transfronterizos se sujeta al ordenamiento jurídico de procedencia (al menos en lo no armonizado), y las autoridades administrativas y judiciales del Estado miembro receptor, en el que se invocan esos efectos extraterritoriales, no están vinculadas por el contenido de aquel acto: solo tienen que considerar su existencia a la hora de ejercer sus competencias, que las conservan en todo momento. Por regla general, tampoco tienen competencia o jurisdicción para declarar su ilegalidad o invalidez, salvo que los vicios sean tan graves y manifiestos que pueda hablarse de inexistencia. Lo que sí podrían hacer, al menos en la segunda modalidad de reconocimiento antes mencionada, es anular o retirar el acto administrativo propio que hayan dictado para el reconocimiento del acto administrativo adoptado en otro Estado miembro o que hayan dictado teniendo en cuenta su existencia.

Ciertamente, una disposición de Derecho de la Unión puede ampliar la competencia de las autoridades del Estado miembro receptor para controlar la validez de los actos administrativos adoptados en otro Estado miembro, generalmente en consulta con la autoridad que los hubiera adoptado. La tutela inmediata del interés general puede reclamar que se amplíen las posibilidades de control de los actos administrativos irregulares[50]. Pese a la imprecisión de las normas existentes, en estos casos debe

[50] *Vid.* el art. 11 del Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. Aunque "los permisos y certificados expedidos por las autoridades competentes de los Estados miembros de conformidad con el presente Reglamento serán válidos en toda la Comunidad", "cualquiera de estos permisos

entenderse que la autoridad del Estado miembro receptor está únicamente facultada para denegar la aplicabilidad en su territorio del acto administrativo extranjero: es decir, para rechazar los efectos en su territorio que reclama el principio de reconocimiento mutuo, no para declarar su invalidez en sentido estricto. Esa posibilidad de controlar la *eficacia* del acto adoptado en otro Estado miembro sería la otra cara de la moneda del reconocimiento de efectos transfronterizos y, sin duda, un nivel superior de cooperación administrativa.

En definitiva, debe diferenciarse entre, por un lado, los actos administrativos que aplican una normativa *nacional* más o menos europeizada y despliegan eficacia extraterritorial en virtud del principio de reconocimiento mutuo y, por otro lado, los actos administrativos cuya eficacia en el conjunto de la Unión es consecuencia directa de la aplicación de una regulación *común* a todos los Estados miembros. En la primera categoría mencionada (actos administrativos nacionales con efectos extraterritoriales) una disposición de Derecho de la Unión autoriza la extensión de los efectos de una norma jurídica del Estado miembro de origen (y, por derivación, de la actuación administrativa dirigida a aplicarla, que culmina generalmente en un acto administrativo de autorización o certificación) al territorio de otros Estados miembros, como técnica para favorecer el ejercicio de una libertad económica fundamental pese a la pluralidad de legislaciones nacionales aplicables[51]. En la segunda categoría mencionada (actos administrativos transnacionales) no hay una autorización de efectos extraterritoriales ni ampliación o reconocimiento alguno porque no se necesita: los efectos en el conjunto de la Unión forman parte integrante del programa normativo previsto por el Derecho de la Unión; el acto administrativo adoptado por una autoridad nacional ejecuta ese programa normativo común y, consiguientemente, produce efectos en todo el territorio de la Unión[52].

Un supuesto claro de acto administrativo transnacional es el visado uniforme regulado por el Código Comunitario de Visados, establecido por el Reglamento 819/2009[53]. El carácter integrado y "transnacional" del visado se muestra en la uniformización de las condiciones sustantivas y procedimentales para su concesión y retirada, en la apertura de los distintos procedimientos a las autoridades de los demás

---

o certificados, así como cualquier permiso o certificado expedido conforme a aquél, se considerará nulo si una autoridad competente o la Comisión, en consulta con la autoridad competente que haya expedido dicho permiso o certificado, determina que se expidió en la falsa creencia de que se cumplían las condiciones requeridas para su expedición".

[51] Por tanto, no se comparte la explicación de que lo que hace posible el reconocimiento internacional es "la aplicación a cada caso de un Derecho material que viene a resultar común o por lo menos muy parecido entre sí": así, R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO (2008: 15).

[52] En el mismo sentido, G. DELLA CANANEA (2016: 238-240); U. STELKENS y M. MIRSCHBERGER (2016: 158); F. VELASCO CABALLERO (2017: 1774-1775); y J. ORTEGA BERNARDO (2018: 103-109).

[53] F. VELASCO CABALLERO (2017: 1775) añade los siguientes: los permisos de conducción, las autorizaciones alimentarias, las resoluciones arancelarias, las expulsiones y las resoluciones en materia de competencia. Por su parte, T. SIEGEL (2016: 1712) adscribe los permisos de conducción al modelo de la resolución de referencia si bien reconoce "un cierto acercamiento al modelo de la transnacionalidad".

Estados miembros y a las autoridades europeas, y en la ampliación de la competencia para anularlo o retirarlo. En efecto, si se pone de manifiesto que, en el momento en que se expidió, no se cumplían las condiciones necesarias para su expedición, o que han de dejado cumplirse esas condiciones, pueden anular o retirar el visado tanto las autoridades competentes del Estado miembro que lo hayan expedido como las autoridades competentes de otro Estado miembro, que deberán informar a las primeras.

En cambio, si el acto no es adoptado por una autoridad de otro Estado miembro, sino por la Comisión, el Banco Central Europeo o una de las agencias europeas, no existe un "acto administrativo nacional con efectos transfronterizos", pese a que autoridades administrativas de uno o varios Estados miembros hayan participado en el procedimiento administrativo previo, e incluso su participación sea necesaria[54], sino de un "acto administrativo de la Unión Europea"[55], cuyos efectos se proyectan sobre todo el territorio de la Unión, sin necesidad de reconocimiento alguno. Ese acto podrá tener a su vez efectos fuera del territorio de la Unión si así lo contempla una disposición de Derecho de la Unión, como puede suceder en el ámbito del Derecho de la competencia[56].

3. LA EUROPEIZACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO

La cuestión de la europeización del régimen jurídico del acto administrativo puede ser abordada desde varias perspectivas, pues son diversos los grados y formas de la europeización (3.1.). En el espacio limitado de este trabajo se diferenciará entre la influencia del Derecho de la Unión sobre el ámbito de aplicación del acto administrativo como forma jurídica de actuación administrativa (3.2.), la influencia sobre los requisitos de validez, las categorías de la invalidez y la revisión de oficio del acto administrativo nacional dictado para la ejecución del Derecho de la Unión (3.3.) y la influencia sobre el régimen de ejecución (3.4.).

3.1. Diversidad de grados y formas de la europeización

El Derecho de la Unión Europea integra el principio de legalidad en sentido amplio (juridicidad) al que está constitucionalmente sujeta la Administración pública (art. 103.1 CE). En esa sujeción al Derecho de la Unión, el régimen jurídico del acto

[54] Sobre los procedimientos "compuestos" *vid.* O. JANSEN y B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (2011); S. ALONSO DE LEÓN (2017); J. FERNÁNDEZ GAZTEA (2019); J. ESTEBAN RÍOS (2023).

[55] X. ARZOZ SANTISTEBAN (1998; 2010b; 2012); T. DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2000); S. STICCHI DAMIANI (2006; 2007); J. FUENTETAJA PASTOR (2019: 317-340); A. PICÓN ARRANZ (2020).

[56] Por ejemplo, la denegación por la Comisión, en julio de 2001, de la autorización para la concentración de dos empresas norteamericanas, *General Electric* y *Honeywell*, por su impacto en el mercado europeo.

administrativo no es una excepción. El Derecho de la Unión puede asumir todas las funciones que el Derecho nacional desempeña con respecto al acto administrativo: habilitar o deshabilitar a la Administración pública para intervenir, modular el objeto o el alcance de la potestad que le reconoce el ordenamiento interno, regular el cauce para adoptar las decisiones, determinar el contenido de los actos o bien establecer sus efectos jurídicos, la forma de ejecución y los mecanismos de control.

La europeización del régimen jurídico de los actos administrativos internos es un hecho constatable y en expansión, incluso fuera del ámbito estricto de la ejecución indirecta del Derecho de la Unión por las autoridades de los Estados miembros, aunque este sea su principal campo de actuación[57]. El grado de europeización del régimen jurídico de los actos administrativos internos depende de la mayor o menor conexión del contenido del acto administrativo interno con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el mayor o menor ejercicio de sus competencias legislativas. No hay un único modelo de europeización, influencia o penetración del Derecho de la Unión sobre el régimen jurídico de los actos administrativos internos. Cuando menos, se aplica el siguiente común denominador: un acto administrativo nacional que infringe el Derecho de la Unión es tan inválido como uno que vulnere el Derecho nacional, y las autoridades nacionales deben reaccionar contra él de manera efectiva y con medidas y procedimientos equivalentes a los que se aplican a análogos actos internos[58].

La europeización tiende a ser máxima cuando se trata de una materia o submateria que el legislador de la Unión ha regulado de forma exhaustiva. Así, la unión aduanera es una de las pocas materias de competencia exclusiva de la Unión [art. 3.1 a) TFUE]. El régimen aduanero es uniforme en la doble perspectiva material y procedimental, y está codificado en el Código Aduanero de la Unión para todos los Estados miembros:[59] pese a que lo apliquen las autoridades internas, se trata de un Derecho administrativo uniforme, con sus propios instrumentos y reglas sustantivas y procedimentales, que desplaza íntegramente al Derecho interno. La definición de decisión a los efectos del Código Aduanero[60] está inspirada en la definición legal alemana de acto administrativo; ello se aprecia con claridad en la versión alemana, que literalmente usa el mismo sintagma central (*zur Regelung eines Einzelfalls*)[61]. Otro ejemplo, al que ya se ha aludido, es el del visado uniforme. El régimen jurídico es aquí igualmente unificado, manteniendo descentralizada la competencia para su adopción, anulación y retirada.

---

[57] *Vid.* G. GRECO (2007); R. NOGELLOU (2007); B. G. MATTARELLA (2011).

[58] Se trata de los conocidos principios de efectividad y de equivalencia, que derivan del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) y que condicionan la autonomía procedimental de los Estados miembros.

[59] Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión (DOUE 2013 L 269, p. 1).

[60] Reproducida *supra*, en nota núm. 32.

[61] Ya T. VON DANWITZ (1996: 249).

Los dos tipos de decisión mencionados (la decisión aduanera y el visado) obtienen su fundamento jurídico y su completa regulación del Derecho de la Unión y funcionan de forma autónoma respecto a la dogmática nacional del acto administrativo, sin perjuicio de que, en lo que no se establezca en su regulación, se puedan aplicar las normas internas de procedimiento administrativo y control judicial que resulten compatibles. En otras palabras, esos tipos de decisión forman parte del Derecho administrativo uniforme de la Unión. Ahora bien, en estos casos, más que de europeización, debe hablarse de absorción y sustitución de las formas nacionales de actuación administrativa (principalmente, el acto administrativo nacional) por una decisión uniforme, si bien de aplicación descentralizada. Esta no es la situación habitual, por lo que no será el modelo de influencia que se considere en las siguientes líneas.

Las regulaciones sectoriales de Derecho de la Unión pueden incidir en el régimen jurídico del acto administrativo nacional de forma muy variada, imponiendo la motivación de los actos de ejecución del Derecho de la Unión, exigiendo requisitos de transparencia, de audiencia al interesado o de acceso al expediente, estándares de buena administración, reclamando la utilización del principio de proporcionalidad o bien sometiendo tales actos a mecanismos de control administrativo o a un control judicial pleno. El impacto práctico de esas exigencias depende tanto de su grado de concreción, que no siempre es elevado, como de la situación u orientación previa de cada ordenamiento: el impacto puede ser inapreciable si el ordenamiento interno, por ejemplo, ya conoce un principio general de motivación de los actos administrativos o está habituado al manejo del principio de proporcionalidad. Más adelante se ilustrará el argumento a partir de la recepción en diversos Estados miembros de la técnica del silencio positivo con relación al acceso a las actividades de servicios. Ahora se indicará el diferente impacto de normas procesales aparentemente opuestas.

Así, la reticencia del Derecho de la Unión Europea, propia del Derecho administrativo francés y de los ordenamientos históricamente influidos por él, hacia el carácter suspensivo general de los recursos que se interponen frente a los actos internos (también, en virtud de la autonomía procesal, cuando aplican Derecho de la Unión) ha suscitado rechazo en el ordenamiento alemán, habituado a la regla contraria; en cambio, no genera ningún reparo en otros ordenamientos nacionales. La situación es justamente la inversa si, por razones político-legislativas ligadas a la preservación de la libre competencia, esto es, por razones propias del Derecho de la Unión, este último impone a los Estados miembros el carácter suspensivo de un determinado recurso administrativo: este es el caso del recurso especial en materia de contratación, cuya interposición frente al acuerdo de adjudicación deja en suspenso la tramitación del procedimiento, sin necesidad de que el recurrente lo pida[62].

[62] Art. 2 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. En la actualidad el precepto está incorporado al ordenamiento español mediante el art. 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento

Además de los fenómenos mencionados, la europeización del Derecho público interno se relaciona con la transformación de las funciones administrativas y el encuadramiento creciente de la actividad pública o bien financiada con fondos públicos que tenga incidencia en el mercado. El Derecho de la Unión tolera mal las prácticas anticompetitivas, los privilegios, las excepciones o derogaciones de las reglas generales de actuación y, si en ocasiones las considera *prima facie* justificables, las sujeta a controles estrictos de proporcionalidad. Todo ello tiene importantes consecuencias para el Derecho administrativo interno como sistema. Por un lado, se tienden a restringir los poderes discrecionales de las Administraciones nacionales: ya sea debido a las reglas sustantivas que se promueven, a la estructuración de los procedimientos internos de decisión, al énfasis en determinados principios generales del Derecho, como los de proporcionalidad y de no discriminación, o, más drásticamente, obligando a atribuírselos a organismos reguladores dotados de autonomía respecto al gobierno e, incluso, respecto al poder legislativo (una relevante novedad)[63]. Por otro lado, tiende a difuminar la división entre público y privado, por ejemplo, cuando sujeta la adjudicación de ciertos contratos a reglas de publicidad y transparencia, con independencia de la naturaleza pública o privada del ente adjudicatario.

En este complejo contexto, el Derecho de la Unión se interesa también por las modalidades de adopción de los actos administrativos internos que se dictan para su ejecución o bien por la forma en que no deben ser ejecutados[64]. El acto administrativo es nacional, pero el procedimiento de adopción puede estar más o menos encuadrado por el Derecho de la Unión. Así, este Derecho obliga a notificar a la Comisión los proyectos de decisión en ciertas materias, como por ejemplo ocurre con relación a las ayudas de Estado, a fin de evaluar su conformidad con el mercado interior, y, como consecuencia de ese procedimiento, le puede obligar al Estado miembro a abstener de adjudicar las ayudas de Estado previstas. También obliga a las autoridades de contratación a publicar los anuncios de licitación y las decisiones de adjudicación. Abre el procedimiento administrativo a nuevas perspectivas o intereses en presencia, como la tutela ambiental. Puede obligar a consultar con la Comisión determinadas decisiones. Puede facultar a la Comisión para dirigir instrucciones a la autoridad nacional competente. Incluso puede privar a la Administración nacional de la competencia de decisión y atribuírsela a la Comisión cuando los demás Estados miembros plantean objeciones (p. ej., a la autorización de un producto transgénico)[65]. En otros supuestos, la influencia del Derecho de la Unión será menos importante, pero no inexistente. En cualquier caso, la tensión entre la influencia del Derecho de la Unión o europeización, por una parte, y la autonomía del Derecho administrativo interno, por otra, es una relación dinámica, en constante movimiento y depende tanto del

---

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

[63] B. G. MATTARELLA (2011: 69).

[64] R. NOGELLOU (2007: 916).

[65] S. KADELBACH (1999: 325-349).

legislador de la Unión y del Tribunal de Justicia como del legislador nacional y de la respectiva jurisdicción interna.

La vía usual de penetración del Derecho de la Unión Europea, en España como en otros Estados miembros, es la legislación sectorial: ya sea la legislación sectorial adoptada por los Estados miembros y que debe transponer los requisitos que fijan las directivas, ya sea la legislación sectorial uniforme y de eficacia directa que se contiene en los reglamentos de la Unión Europea. No obstante, cada vez se incorporan más disposiciones de carácter transversal a las leyes generales de procedimiento administrativo o de régimen jurídico de las Administraciones públicas. En el siguiente epígrafe se mencionarán algunos ejemplos.

3.2. Influencia sobre el ámbito de aplicación del acto administrativo

La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre el ámbito de aplicación del acto administrativo como forma de actuación administrativa es realmente diversa. El Derecho de la Unión ha creado nuevas modalidades de acto administrativo [a)], en determinados ámbitos ha desplazado el acto administrativo resolutorio como instrumento de ordenación [b)], para ciertas materias ha excluido expresamente la modalidad de acto administrativo que nace *ex lege* por la aplicación del llamado silencio positivo [c)] y en otras ha excluido la legalidad de las desestimaciones presuntas [d)].

a) Al ejercer sus competencias legislativas, la Unión Europea enriquece el elenco de actos y procedimientos administrativos que compete resolver a las autoridades nacionales. Lo propio de cualquier regulación, en el ámbito del Derecho público, es justamente eso: concebir e implantar técnicas de intervención administrativa en los diferentes sectores. Más destacable es el hecho de que muchos de esos instrumentos jurídicos constituyan innovaciones afortunadas y transformadores del Derecho administrativo de los Estados miembros, como la evaluación de impacto ambiental y todas sus variantes, la autorización ambiental integrada, la regulación del acceso a la información ambiental y el complejo sistema de adjudicación y gestión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

b) La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), regula las instituciones de la declaración responsable y la comunicación a la Administración, que han sido promovidas por el Derecho de la Unión como alternativas directas al acto administrativo como forma jurídica de actuación administrativa. Como es conocido, las instituciones de la declaración responsable y la comunicación a la Administración fueron promovidas por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, de servicios en el mercado interior[66], en la que se excluyó que, en determinados supuestos de hecho, la relación jurídica entre Administración y ciudadano fuera ordenada me-

[66] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE 2006 L 376, p. 36).

diante la utilización del acto administrativo. La citada Directiva recela de las intervenciones administrativas previas al ejercicio de actividades económicas, y se dirige a la eliminación de barreras que obstaculicen la realización plena de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios[67]. Aunque no es la primera norma de la Unión que incide sobre el tema, por su carácter transversal y general constituye la mayor reforma en esta dirección.

El art. 9 de la Directiva de Servicios eliminó, en efecto, las autorizaciones como medio normal de intervención administrativa, y condicionó su mantenimiento a los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad: en concreto, la necesidad de autorización debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general, y el objetivo perseguido no debe poder conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en el sentido de que un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. Además, reguló las condiciones para la concesión de la autorización (art. 10) y estableció un elenco de requisitos a los que los Estados miembros no podrán supeditar el acceso a una actividad de servicio o su ejercicio (art. 14).

El criterio de proporcionalidad que establece la Directiva ha sido incorporado al Derecho español mediante el art. 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP). De acuerdo con dicho precepto, la Administración tiene que evaluar la necesidad y proporcionalidad del contenido *restrictivo* de un acto administrativo[68]. Más allá de esa concreta recepción, la constante apelación al principio de proporcionalidad, sobre todo con relación a los requisitos de acceso y ejercicio a las actividades económicas, es uno de los mantras que el Derecho de la Unión Europea ha impulsado para disciplinar los sistemas administrativos de los Estados miembros[69].

c) La Directiva de Servicios también prestó atención a la incidencia negativa que la inactividad jurídica de la Administración puede tener sobre las actividades de servicios. A falta de respuesta en el plazo fijado o, en su caso, ampliado, se considera que la autorización está concedida, pero «se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros» (art. 13.4). En otras palabras, el Derecho de la Unión dificultó el recurso al silencio negativo por los legisladores nacionales; aceptó

---

[67] *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO (2010).

[68] "Las Administraciones 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".

[69] Los ejemplos son numerosos: *vid.*, entre otros, el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

la figura del silencio positivo y promovió la extensión de sus efectos en el ámbito de las actividades de servicios. Ese criterio está recogido actualmente en el art. 24.1, párrafo primero, LPAC[70].

d) En ocasiones la influencia del Derecho de la Unión consiste en exigir la adopción de un acto administrativo *expreso*, excluyendo la posibilidad o bien la legalidad de una desestimación presunta como forma de actuación administrativa. Las disposiciones del Derecho de la Unión no suelen determinar el sentido del silencio administrativo que debe aplicarse en el ámbito interno en las materias que regula; tampoco suelen prever que la falta de resolución expresa produzca algún efecto. Cuando las disposiciones del Derecho de la Unión no contemplan expresamente que la falta de resolución administrativa tendrá unos efectos determinados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia suele encontrar objeciones a la libertad de los Estados miembros para instaurar regímenes de silencio administrativo, generalmente en aplicación de sus normas generales de procedimiento administrativo. Esto ha ocurrido respecto a algunas disposiciones de Derecho ambiental de la Unión Europea, en los que el Tribunal de Justicia ha interpretado que el silencio de la regulación, junto al interés en presencia, determinan la exclusión del mecanismo del silencio administrativo, esto es, la posibilidad de desestimar una solicitud por silencio administrativo. En lugar de aplicar esa regulación, obliga al órgano competente a resolver de forma expresa las solicitudes presentadas, so pena de entender que la desestimación presunta constituye una infracción del Derecho de la Unión. En otras palabras, se desplaza la regulación del silencio administrativo contenida en el art. 24.1 LPAC[71]. Una línea jurisprudencial posterior, más matizada sobre el papel, no excluye la posibilidad de una desestimación presunta, pero supedita su legalidad a que la autoridad competente facilite de oficio "la motivación de dicha denegación y a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud inicial[72].

Una vez examinadas varias líneas de influencia con relación al ámbito de aplicación del acto administrativo, podemos desarrollar el argumento, antes apuntado, sobre el diferente impacto del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos jurídicos internos, dependiendo de su situación u orientación previa. Es posible que el impacto de la Directiva de Servicios en la temática abordada no haya sido debidamente apreciado en un ordenamiento jurídico como el español. A fin de cuentas, el legislador español no tuvo excesivas dificultades a la hora de transponer la parte de

---

[70] "Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o a su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general". En cambio, ninguna norma legal española parece referirse a la única excepción explícita y verdaderamente importante contenida en la Directiva: los intereses legítimos de terceros. El legislador español no la recogió expresamente en la primera norma interna de transposición, la Ley 17/2009, ni en la posterior reforma de la Ley 30/1992, ni la Ley 39/2015 que sustituyó a esta última.

[71] SSTJ de 28 de febrero de 1991, as. C-360/87, *Comisión/Italia*, p. I-812 (apdos. 30-31), y as. C-131/88, *Comisión/Alemania*, p. I-865 (apdo. 38); de 14 de junio de 2001, as. C-230/00, *Comisión/Bélgica*, p. I-4603 (apdos. 15-16).

[72] STJ de 21 de abril de 2005, as. C-186/04, *Housieaux*, p. I-3316 (apdo. 35).

la Directiva que afectaba al acto administrativo. Así, consideró que el art. 13 de la Directiva reflejaba el planteamiento general del ordenamiento interno, y que solo era necesario introducir algún ajuste. La Ley 17/2009 estableció que los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a las que se refiere debían respetar las disposiciones de la Ley 30/1992, así como "garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general" (art. 6).

Sin embargo, la Directiva de Servicios se introdujo como una cuña en los sistemas administrativos de los Estados miembros de la Unión Europea que eran tradicionalmente reticentes o indiferentes hacia la técnica del silencio administrativo positivo o incluso a la regulación del silencio administrativo en general[73]. Con motivo de la transposición de la Directiva de Servicios, diversos Estados miembros, en los que la técnica del silencio positivo era hasta entonces desconocida o excepcional, optaron por contemplarla por primera vez o, en su caso, por generalizarla en su ordenamiento jurídico. Incluso entre quienes siguieron esa vía existen diferencias en la forma de incorporar la técnica, motivadas por las prevenciones tradicionales de la dogmática administrativa hacia la "autorización ficticia":

— Así, los Países Bajos introdujeron en 2009 una regulación general sobre el silencio positivo, que no obstante requiere que la ley sectorial disponga su aplicación, como hizo la Ley de transposición de la Directiva de servicios; en defecto de esa previsión legal, la falta de resolución se considera una inactividad administrativa[74].

— Asimismo, Alemania incorporó en el § 42a de la ley federal de procedimiento administrativo y en los preceptos homólogos de las correspondientes leyes estatales de procedimiento administrativo la nueva figura de la "ficción de autorización" (*Genehmigungsfiktion*), también circunscrita a los casos en que la técnica esté expresamente prevista por una ley;[75] además, la citada norma legal exige que, para su producción, la documentación de la solicitud esté completa y su contenido sea suficientemente preciso.

— La solución alemana es también la acogida en el art. 130 del Código de Procedimiento Administrativo de Portugal de 2015: regulación de los efectos de la estimación tácita en la regulación general del procedimiento administrativo y exigencia de una previsión legal específica para que resulten aplicables.

— También en Grecia, la necesidad de transponer la Directiva de Servicios condujo a la primera regulación general del silencio positivo en 2010, si bien, a diferencia de Alemania, no se incorporó a la ley de procedimiento administrativo como una regla general de dicho cuerpo legal[76].

---

[73] *Vid.*, por ejemplo, la selección de ordenamientos jurídicos (Portugal, Italia, Francia y Alemania) que analiza J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (1995: 131-140).

[74] O. JANSEN (2016: 637, 639-640).

[75] Una de las previsiones de mayor alcance se introdujo en el § 6a del Código de las profesiones artesanales, industriales y comerciales (*Gewerbeordnung*): A. JACQUEMET-GAUCHÉ y U. STELKENS (2016: 652).

[76] C. P. MOUKIOU (2016: 705-706).

— En Suecia, las reticencias existentes con "el concepto exógeno de silencio positivo" que subyace al art. 13 de la Directiva de Servicios llegaron al punto de soslayar la figura del silencio estimatorio en la propia normativa de transposición y a utilizar en su lugar expresiones alternativas e imprecisas, como la de "consecuencias de la ausencia de decisión en los plazos establecidos"[77].

— En cambio, en Francia se optó en 2013 por una solución más radical: generalizar la regla del silencio positivo, más allá de lo requerido por el derecho de la Unión. En efecto, la Ley núm. 2013-1005, de 12 de noviembre de 2013, que faculta al Gobierno a simplificar las relaciones entre la administración y los ciudadanos, invirtió el sistema precedente y convirtió el silencio positivo en la regla general y el silencio negativo en la excepción, en un modelo cercano al español[78].

Como se aprecia, los vectores de influencia jurídica europea apuntan en varias direcciones al mismo tiempo: en unas ocasiones fortalecen el acto administrativo como forma jurídica de actuación administrativa, en otras lo restringen o bien simplemente lo desplazan en favor de otras instituciones. El resultado final es difícil de valorar. En cualquier caso, no hay una puesta en cuestión del acto administrativo como forma jurídica de actuación, sino una orientación a los fines perseguidos por el Derecho de la Unión.

3.3. Influencia sobre la validez, la eficacia y la firmeza

No menos importantes son las consecuencias que comporta el Derecho de la Unión para el régimen jurídico de los actos administrativos internos dictados en su ámbito de aplicación. Las consecuencias son perceptibles en el plano de la validez [a)], la eficacia [b)], la firmeza [c)], las consecuencias de la invalidez [d)] y la revisión de oficio [e)].

a) Las exigencias que derivan del Derecho de la Unión tienen, sin duda, relevancia para el régimen de validez de los actos administrativos: no solo de los que se dictan para la ejecución de aquel ordenamiento, sino también de los que simplemente se adoptan en su ámbito de aplicación. La creación de un ordenamiento jurídico supranacional hace emerger un nuevo presupuesto de validez para los actos nacionales de todo tipo, que las autoridades administrativas y los órganos judiciales nacionales deben respetar, aplicar y hacer cumplir en el ámbito de sus competencias. Es aquí, en el ámbito de los requisitos de validez, donde mejor se suele visualizar el impacto del Derecho de la Unión sobre el régimen jurídico de los actos administrativos.

---

[77] Art. 8 de la Ley general sobre los servicios en el mercado interior. Al respecto puede consultarse P. JONASON (2016). La expresión "le concept exogène de *silencio positivo*" (*sic*) se toma del autor (*ibíd.*, p. 729).

[78] C. BROYELLE (2016: 681). No obstante, la autora pone en cuestión el alcance real de la modificación, por la amplitud de las excepciones previstas (*ibíd.*, p. 689). En todo caso, para la aplicación del silencio positivo, la jurisprudencia francesa exige que la documentación de la solicitud esté completa y se dirija al órgano competente (*ibíd.*, p. 685).

El impacto se proyecta por igual sobre los requisitos de validez sustantivos y procedimentales. No obstante, es la faceta de los requisitos procedimentales la que más ha llamado la atención. Así, se ha señalado que "el procedimiento es actualmente el sector jurídico más influido por el Derecho Comunitario"[79]. En efecto, el Derecho de la Unión ha realzado y dado mayor protagonismo a los aspectos procedimentales, tradicionalmente descuidados o minusvalorados en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Ello se concreta no solo en el impulso decidido a la regulación de instituciones como la evaluación ambiental o el acceso a la información ambiental, a los que ya se ha aludido, sino también en una jurisprudencia del Tribunal de Justicia consciente de la importancia de esos trámites para una buena administración.

Por poner un ejemplo ilustrativo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de transparencia y de acceso del público a la información ambiental determina la regularidad del procedimiento administrativo de autorización de una instalación y, con ello, la validez de la resolución que le pone fin. El Tribunal de Justicia recela de las posiciones, habitualmente consolidadas en el ámbito interno, que favorecen la irrelevancia e inconsecuencia de las infracciones procedimentales. Así, cuando examina si la negativa injustificada a poner a disposición del público interesado una resolución urbanística durante el procedimiento administrativo puede regularizarse en el procedimiento administrativo de alzada, sostiene que la subsanación en dicha fase es admisible "siempre que aún sean posibles todas las opciones y soluciones y que la regularización en esa fase del procedimiento permita todavía al público interesado influir realmente en el resultado del procedimiento de toma de decisiones, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional"[80]. En otro caso advirtió de que "denegar la anulación de una decisión administrativa adoptada con infracción de una regla de procedimiento por la sola razón de que el demandante no haya acreditado la incidencia de ese vicio en el fundamento de la referida decisión priva a esa disposición del Derecho de la Unión de todo efecto útil"[81].

b) De gran impacto dogmático es la robusta excepción introducida a la eficacia del acto administrativo nacional en conexión con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia ha reconocido a cualquier Administración pública el mismo poder de inaplicar el Derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión que en la célebre sentencia *Simmenthal* reconoció a cualquier juez interno[82]. Los actos objeto de ese poder de inaplicación pueden ser tanto disposiciones de carácter general (incluidas las leyes) como actos administrativos dictados al amparo del Derecho nacional o bien del Derecho de la Unión e incompatibles con

---

[79] E. SCHMIDT-ASSMANN (2003: 368; 2006: 358), analizando diversos desarrollos.

[80] *Vid.* STJ de 15 de enero de 2013, *Josef Križan y otros*, as. C-416/10, apdo. 91.

[81] STJ de 15 de octubre de 2015, *Comisión/Alemania*, as. C-137/14, apdo. 57. Esta jurisprudencia ha sido analizada por J. GARCÍA LUENGO (2016: 80-93).

[82] STJ de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, *Amministrazzione delle Finanze dello Stato/Simmenthal*, apdos. 21-23.

este último[83]. La excepción es de gran impacto por su extensión (universal) y por sus consecuencias (rotundas). No solo la Administración pública obtiene, en virtud del Derecho de la Unión, una nueva forma de autotutela, más expeditiva que las tradicionales (que siempre exigen tramitar un procedimiento específico), al servicio de un novedoso interés general prevalente, la primacía del Derecho de la Unión. También la tradicional institución de la "presunción de validez" queda irremisiblemente erosionada por ese nuevo poder administrativo de inaplicación. La *prohibición* de privar de efectos al acto administrativo fuera de los cauces legalmente establecidos dirigida a todos los operadores jurídicos se transforma radicalmente, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en la *obligación* de negar eficacia por su propia autoridad, sin tener que seguir cauce formalizado alguno, a los actos administrativos que infrinjan el Derecho de la Unión.

c) Un tercer frente que ha provocado ríos de tinta en algunos Estados miembros (p. ej., en Alemania) es el amplio condicionamiento de la firmeza de los actos administrativos nacionales cuando entran en colisión con el Derecho de la Unión. Las normas nacionales que preservan el principio de seguridad jurídica con técnicas diversas (plazos preclusivos de recurso, plazos limitados para el ejercicio de las facultades de revisión de oficio, exigencias constitucionales de protección de la confianza legítima, la fuerza de cosa juzgada de las sentencias firmes) no siempre representan impedimentos absolutos para la revisión de actos administrativos firmes que incurran en infracciones manifiestas del Derecho de la Unión. La autonomía procedimental y procesal nacional no prevalece sobre la efectividad del Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia no desconoce la importancia del principio de seguridad jurídica, pero no está dispuesto a premiar o dar carta blanca a las autoridades nacionales que, tras incumplir el Derecho de la Unión, invocan normas legales nacionales para no remediar las consecuencias de su incumplimiento.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es abundante y casuística, pero se puede sintetizar con relativa sencillez; además, es similar el mensaje dirigido a las autoridades administrativas y judiciales. Las autoridades nacionales deben ponderar caso por caso las exigencias divergentes derivadas de los principios de legalidad y seguridad jurídica (a propósito, siempre, de actos nacionales dictados en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión), sin detenerse automáticamente ante el criterio que pueda derivarse de normas jurídicas como las antes mencionadas o la jurisprudencia interna, que por lo general atienden únicamente a la firmeza de los actos administrativos y al valor de cosa juzgada de las sentencias firmes. El Tribunal de Justicia reitera que el carácter firme de una resolución administrativa contribuye a la seguridad jurídica y que, en consecuencia, el Derecho de la Unión no impone, en principio, a un órgano administrativo el deber de revisar una resolución administrativa que haya adquirido

---

[83] SSTJ de 22 de junio de 1989, *Costanzo*, as. 103/88, apdo. 32; de 29 de abril de 1999, *Ciola*, as. C224/97, apdo. 30; de 12 de enero de 2010 (Gran Sala), as. C-341/08, *Petersen*, apdo. 80; y de 4 de diciembre de 2018, as. C-378/17, *Garda Síochána*, apdo. 38. En la doctrina *vid.* M. VERHOEVEN (2011); E. COBREROS MENDAZONA (2015); y A. GALÁN GALÁN (2021). Sobre la sentencia *Ciola*, que se refiere específicamente a la inaplicación de actos administrativos, *vid.* J. BUDISCHOWSKY (2000).

tal firmeza[84]. No obstante, en determinadas circunstancias considera que la salvaguardia del principio de seguridad jurídica deja de estar justificada habida cuenta de las consecuencias que de ello se desprenden para la efectividad y unidad del Derecho de la Unión[85].

d) En principio, el Derecho de la Unión se mantiene neutral respecto a las categorías de la invalidez reconocidas en los sistemas jurídico-administrativos nacionales y no pretende erigir o impulsar una categoría específica de invalidez para los actos administrativos que vulneren el Derecho de la Unión[86]. Las infracciones del Derecho de la Unión se reconducen a las categorías internas de la invalidez[87]: principalmente, a la regla de la anulabilidad, por tratarse de la categoría general en el Derecho interno. El Derecho de la Unión no afecta a la forma o los requisitos exigidos por el ordenamiento interno a fin de aplicar esas categorías en el ordenamiento interno, siempre que sean compatibles con los principios de equivalencia y efectividad[88]. En otras palabras, si la plena operatividad de la categoría de la nulidad de pleno derecho exige en el ordenamiento interno una previa declaración judicial o administrativa, también habrá que estar a esa declaración de la nulidad tratándose de infracciones graves y manifiestas del Derecho de la Unión[89]. Incluso el gran énfasis que, desde siempre, el Tribunal de Justicia ha puesto en el respeto estricto de las disposiciones sustantivas y procedimentales que regulan el otorgamiento de las ayudas de Estado no le ha llevado a reformular las categorías generales de la invalidez en este concreto sector. Se mantiene el diseño formal de las categorías de la invalidez establecido en cada ordenamiento jurídico. Ahora bien, la influencia del Derecho de la Unión sobre las consecuencias de la invalidez tiende a desbordar las categorías internas.

Por un lado, la perspectiva del Derecho de la Unión (y de quien lo interpreta con carácter definitivo) es eminentemente pragmática, no teórica. Así, el acto administrativo que concede una ayuda de Estado en infracción del Derecho de la Unión puede seguir considerándose, desde una perspectiva formal, como meramente anulable, como cualquier otro acto administrativo que infrinja otras normas del ordenamiento jurídico[90]. Sin embargo, lo cierto es que la protección de su estabilidad se

---

[84] STJ de 12 de febrero de 2008, as. 2/06, *Kempter*, apdo. 37; y 4 de octubre de 2012, as. C-249/01, *Byankov*, apdo. 76.

[85] STJ de 4 de octubre de 2012, as. C-249/01, *Byankov*, apdo. 78.

[86] G. GRECO (2007: 943); M. P. CHITI (2011: 518).

[87] X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013: 98-118); O. MIR PUIGPELAT (2013: 252, 264); J. A. FUENTETAJA PASTOR (2017: 633).

[88] J. A. FUENTETAJA PASTOR (2017: 642).

[89] En cambio, O. MIR PUIGPELAT (2013: 254, 264) sostiene que el criterio del ordenamiento español de reconocer eficacia a los actos nulos de pleno derecho, mientras la nulidad no sea declarada por un juez o la Administración, que es distinto al del ordenamiento de la Unión (X. ARZOZ SANTISTEBAN 1998: 603-608), podría resultar problemática con relación a los actos administraciones nacionales que vulnerasen de forma manifiesta el Derecho de la Unión.

[90] No triunfaron las posturas de autores como A. GARCÍA URETA (2002: 61-65) y J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2002: 59; 2003: 793) que inicialmente, desde la perspectiva del Derecho administrativo interno, reclamaban que el legislador estatal determinara de manera expresa las consecuencias

aleja rotundamente de la de los demás actos anulables. Para el Derecho de la Unión, la disconformidad de una ayuda de Estado con las reglas materiales y con la obligación de notificación que establecen los Tratados es un hecho "intolerable": ningún Estado miembro puede ampararse en circunstancias administrativas o políticas, en la existencia de una confianza legítima de los beneficiarios o en normas procedimentales que impidan la plena efectividad del régimen europeo de las ayudas de Estado. A estos efectos es irrelevante que haya sido otorgado mediante un acto administrativo que haya devenido firme o mediante una ley del parlamento nacional. En otras palabras, la forma interna de gestionar la consecuencia jurídica de la anulabilidad de los actos administrativos de concesión de las ayudas de Estado queda enteramente instrumentalizada al servicio de la efectividad del Derecho de la Unión. Internamente se podrá continuar calificando de anulable el acto interno incompatible con el Derecho de la Unión, pero su régimen no será el previsto internamente para los actos anulables.

Por otro lado, en ocasiones es el legislador o bien la jurisprudencia interna la que maximiza las consecuencias de la invalidez para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, procurando que la invalidez del acto administrativo por incompatibilidad con el Derecho de la Unión encaje en la noción de nulidad de pleno Derecho. Así, el legislador ha incluido como causa de nulidad de pleno derecho "el incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea" [art. 39.2 f) LCSP].

Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado que un acto administrativo (una liquidación tributaria) basado en una ley que consagraba una situación de diferencia de trato discriminatoria entre los residentes y los no residentes en cuanto al régimen de beneficios fiscales previstos para los primeros por razón de residencia, sin perjuicio de la contravención del Derecho de la Unión declarada por el Tribunal de Justicia, implicaba también un quebrantamiento del art. 14 CE y, por tanto, incurría en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el art. 217.1 a) LGT, *equivalente* a la del art. 47.1 a) LPAC (actos "que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional")[91]. Igualmente califica de "causa autónoma de invalidez" y, por tanto, susceptible de activar la revisión de oficio de actos nulos la "infracción del principio de igualdad y del Derecho de la Unión Europea, en concreto de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999"[92]. En la mis-

---

de la infracción del Derecho de la Unión. Para una discusión más detallada *vid.* X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013: 98-118).

[91] SSTS de 16 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:202:2724), 19 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4018), 30 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4165) y 2 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4027): todas ellas relacionadas con la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014, *Comisión/España*, C-127/12.

[92] Nótese la ambigüedad del pronunciamiento: no queda claro si, dentro de la causa de nulidad, equipara o meramente yuxtapone la infracción del principio de igualdad (que encaja en la letra a) del

ma sentencia se excluye la aplicabilidad de límite alguno a la revisión y se enfatiza "el principio de cooperación leal impuesto a España por el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea y la existencia de una infracción suficientemente caracterizada de su Derecho"[93]. Parece claro que la infracción del Derecho de la Unión tuvo un peso relevante, si no determinante, en la apreciación de una causa de nulidad de pleno.

Las consecuencias de reconducir una parte importante de las infracciones del Derecho de la Unión Europea (todas las que se puedan relacionar con un trato discriminatorio) a una causa de nulidad de pleno derecho, en detrimento de la mera anulabilidad, son evidentes: al particular afectado se le abren más posibilidades de atacar el acto administrativo firme y de recuperar las cantidades abonadas a la Administración.

e) Como corolario de todo lo anterior, la influencia del Derecho de la Unión se manifiesta también en las facultades y procedimientos de revisión de oficio con relación a los actos administrativos nacionales que resultan irregulares por disconformidad con aquel Derecho. Según los casos, esa influencia se puede materializar en tres tipos de exigencias: la incorporación de nuevas causas de revisión de oficio de naturaleza pretoriana[94], la exigencia de disponer de procedimientos efectivos de revisión de oficio y la necesidad de adecuar las condiciones de revisión de oficio previstas en la legislación interna al concreto supuesto o causa de revisión de oficio, que en el singular ámbito de las ayudas de Estado otorgadas mediante acto administrativo pueden llegar a desplazar los plazos de preclusión y el juego de los límites a las potestades de revisión, como los principios de buena fe, seguridad jurídica y protección de la confianza legítima[95]. Todas esas exigencias, que raramente se codifican en el ámbito interno[96], ejercen enorme presión sobre la aplicación de las disposiciones nacionales y la tramitación de los procedimientos internos, y son los órganos administrativos y judiciales quienes tienen que efectuar los ajustes necesarios en el momento de la aplicación o de la posterior revisión judicial.

Así, es doctrina del Tribunal Supremo que no hay una respuesta única en el caso de que se estime un recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión de una

---

art. 47.1 LPAC) y la infracción del Derecho de la Unión Europea, en concreto de un acto de Derecho derivado, que solo puede calificarse como causa de anulabilidad.

[93] STS de 25 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:657).

[94] SSTJ de 13 de enero de 2004, as. C-453/00, *Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren*, p. I-837; y de 12 de febrero de 2008, as. C-2/06, *Willy Kempter KG/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, p. I-411. Al respecto *vid.* X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013: 139-177).

[95] La sentencia clave, que causó importantes turbulencias en la doctrina alemana, es la STJ de 20 de marzo de 1997, as. C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH*, p. I-1607. Al respecto *vid.* X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013: 50-60). También es interesante la STJ de 10 de marzo de 2022, as. C-177/20, *Grossmania*, anotada por X. ARZOZ SANTISTEBAN (2022).

[96] *Vid.*, como excepción, el procedimiento de reintegro de ayudas de Estado otorgadas mediante acto administrativo en infracción del Derecho de la Unión que contempla el art. 37.1 h) de la Ley General de Subvenciones, y el procedimiento de recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario que, desde 2015, contempla el título VII de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Sobre el primer procedimiento mencionado puede consultarse X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013: 179-201).

solicitud de revisión de oficio en vía administrativa pues en función de las circunstancias son posibles dos alternativas: que la Sala sentenciadora ordene la retroacción de actuaciones para que la Administración tramite la solicitud de revisión y resuelva lo procedente o bien que conozca ella misma sobre el fondo de la misma. Pues bien, existiendo una infracción del Derecho de la Unión el Tribunal Supremo considera que el tribunal puede entrar directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio "al resultar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea" [97].

3.4. Influencia sobre el régimen de ejecución

La colaboración y el auxilio entre administraciones internas en la ejecución de sus respectivos actos administrativos es una técnica plenamente consagrada en el Derecho administrativo de los Estados miembros, sobre todo cuando la ejecución de un acto administrativo ha de realizarse fuera del ámbito territorial de la Administración que lo haya dictado [98]. Podría pensarse que en el seno de la Unión Europea la colaboración y el auxilio para la ejecución de actos administrativos estarían igualmente regulados. De hecho, la cooperación judicial en materia penal y civil ha alumbrado instrumentos notables de cooperación, como son las órdenes europeas de entrega, de investigación y de embargo y decomiso. Sin embargo, pese a la existencia de regulaciones interesantes de carácter sectorial [99] y de propuestas concretas de codificación a este respecto [100] en materia de cooperación administrativa ha habido menos avances que en materia penal y civil [101].

Por eso, la regulación que se expondrá a continuación presenta especial relevancia. Se trata de una tipología adicional de influencia del Derecho de la Unión Europea sobre el régimen jurídico del acto administrativo nacional: una que se proyecta sobre su ejecución en el propio ámbito territorial de la administración competente.

---

[97] STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4393). Esta es una de las numerosas sentencias que con idéntico tenor resolvieron una serie de recursos de casación derivados de impugnaciones de resoluciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) por el cobro de determinados complementos retributivos por el personal de dicho servicio.

[98] Para el Derecho administrativo español *vid.* el art. 141.3 LRJSP.

[99] Así, en el ámbito del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento 2016/679, RGPD) las autoridades de control de los Estados miembros (que gozan todas ellas de las mismas potestades) se deben ayudar unas a otras en el desempeño de sus funciones, con el fin de garantizar la aplicación y ejecución coherentes de dicho reglamento. Se regulan las llamadas operaciones conjuntas, incluidas investigaciones y medidas de ejecución. *Vid.* art. 61-62 RGPD. La regulación instaura una especie de gobernanza de riesgos en red. De la coherencia del sistema vela un organismo independiente, el Comité Europeo de Protección de Datos, que está facultado para emitir informes y adoptar decisiones jurídicamente vinculantes en caso de diferencias entre autoridades de control.

[100] *Vid.* Libro V "Asistencia Mutua" del Código ReNEUAL en O. MIR, H. C. H. HOFMANN, J.-P. SCHNEIDER y J. ZILLER (2015: 267-295).

[101] Al respecto puede consultarse X. ARZOZ SANTISTEBAN (2010a).

De momento, se trata de un supuesto único, aunque relevante, regulado en el Reglamento (UE) 2019/1896, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

La gestión europea integrada de las fronteras exteriores es una responsabilidad compartida de la Unión Europea y de las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras, incluidos los guardacostas. El reparto de tareas se ciñe a la diferenciación entre actividad decisoria o jurídica y actividad ejecutiva o material. Los Estados miembros son los únicos responsables de emitir las decisiones de retorno y de la adopción de las medidas relativas al internamiento de los retornados de conformidad con la Directiva 2008/115/CE. La decisión de retorno se define como "una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declara ilegal la estancia de un nacional de un tercer país y se impone o declara una obligación de retorno que respete la Directiva 2008/115/CE"[102]. La Agencia Europea de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (FRONTEX) proporciona asistencia técnica y operativa en la aplicación de las medidas relativas a los retornos, a petición del Estado miembro de que se trate o por iniciativa propia y con el acuerdo del Estado miembro afectado[103]. Expresamente se dispone que la mencionada Agencia Europea prestará asistencia en todas las fases del proceso de retorno sin analizar los fundamentos de las decisiones de retorno, que siguen siendo competencia exclusiva de los Estados miembros[104].

Esa actividad de ejecución en la que puede colaborar la Agencia Europea con personal permanente propio o efectivos puestos a disposición por otros Estados miembros tiene sus propios requisitos. Por un lado, requisitos sustantivos: además del Derecho nacional del Estado miembro de acogida, los miembros de los equipos, en el ejercicio de sus funciones y competencias, deberán respetar plenamente los derechos fundamentales, los principios generales del Derecho de la Unión y el Derecho internacional, incluida la protección internacional de los refugiados, así como el principio de no devolución y los derechos de los menores, en lo que se refiere al retorno[105]. Por otro lado, los miembros de los equipos solo podrán desempeñar funciones y ejercer competencias bajo las instrucciones de los guardias de fronteras o del personal del Estado miembro de acogida que participe en tareas relacionadas con el retorno y, como norma general, en su presencia[106]. Para el personal enviado en comisión de servicios a la Agencia o enviado por un Estado miembro en un despliegue de corta duración, el porte y uso de armas reglamentarias, munición y equipamiento estarán sujetos a la legislación nacional del Estado miembro de origen. El uso de la fuerza, incluidos el porte y el uso de armas reglamentarias, munición y equipamiento, deberá ser autorizado por el Estado miembro de acogida y se ejercerá con arreglo a la

[102] Art. 2 del Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 1052/2013 y (UE) 2016/1624.

[103] Art. 7 del Reglamento (UE) 2019/1896.

[104] Arts. 10.1 n), 48.1 y 50.1 del Reglamento (UE) 2019/1896.

[105] Arts. 48.1 y 82.3 del Reglamento (UE) 2019/1896.

[106] Art. 82.4 del Reglamento (UE) 2019/1896.

legislación nacional de este y en presencia de sus guardias de fronteras. El Estado miembro de acogida podrá, si así lo permite el Estado miembro de origen o, en su caso, la Agencia, autorizar a los miembros de los equipos para que utilicen la fuerza en su territorio en caso de que no se disponga de guardias de fronteras del Estado miembro de acogida[107].

En principio, la línea divisoria se traza entre la actividad jurídica o decisora y la actividad material o de ejecución, pues los miembros de los equipos desplegados en el Estado miembro de acogida solo pueden desarrollar una actividad material, que podría incluir el uso de la fuerza, si son autorizados para ello. No obstante, la actividad de los miembros de los equipos puede ir ocasionalmente más allá. Así, se establece que las decisiones por las que se deniegue la entrada y las decisiones de denegación de visados en la frontera las tomarán exclusivamente los guardias de fronteras del Estado miembro de acogida *o los miembros de los equipos* si el Estado miembro de acogida los autoriza para actuar en su nombre[108].

El Estado miembro de acogida será responsable, de conformidad con su Derecho nacional, de los daños y perjuicios que causen durante sus operaciones; pero, una vez que haya abonado a los perjudicados, podrá dirigirse a la Agencia Europea o bien al Estado miembro de origen de los miembros de los equipos desplegados o enviados en comisión de servicios, cuando los daños y perjuicios sean consecuencia de negligencia grave o dolo del personal estatutario de la Agencia o bien de los miembros de los equipos desplegados o enviados por ese Estado miembro[109].

4. CONCLUSIONES

El Derecho de la Unión Europea opera como un manto envolvente del Derecho administrativo de los Estados miembros y, por ende, también lo es de las formas jurídicas de actuación administrativa tipificadas y reguladas en sus ordenamientos jurídicos. El acto administrativo, principal forma jurídica de actuación administrativa, no podía permanecer inmune. La influencia del Derecho de la Unión Europea sobre el acto administrativo como forma jurídica de actuación administrativa no está ordenada ni es sistemática. Obedece a la lógica de las necesidades de la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión Europea ante cada problema concreto. La influencia resultante ha sido valorada a lo largo de este trabajo desde dos perspectivas: la afectación a la teoría general y al régimen jurídico del acto administrativo.

La influencia sobre la teoría general es limitada. El Derecho de la Unión no tiene la finalidad, ni muestra vocación en unificar o aproximar las teorías generales del acto

---

[107] Art. 82.7 y 8 del Reglamento (UE) 2019/1896.

[108] Art. 82.11 del Reglamento (UE) 2019/1896.

[109] Art. 84 del Reglamento (UE) 2019/1896. Para la responsabilidad disciplinaria y penal *vid.* arts. 43.5 y 6 y 85 del citado Reglamento, respectivamente. En la doctrina puede verse T. ACOSTA PENCO (2021; 2023: 183-195).

administrativo elaboradas en algunos Estados miembros, sustituyéndolas por una teoría común europea.

En ciertos ámbitos se ha acometido una unificación de los presupuestos de validez y eficacia de determinadas decisiones que adoptan los Estados miembros, generalmente en sectores en los que la Unión Europea tiene competencias exclusivas (materia aduanera) o bien se ha implantado un régimen común de actuación (visados). Ciertamente el Derecho de la Unión ha alumbrado con ello una forma jurídica de actuación administrativa uniforme y compartida por todos los Estados miembros: el "acto administrativo transnacional", que debe diferenciarse, como se ha hecho en este trabajo, tanto del "acto administrativo de la Unión Europea", cuya adopción incumbe a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, como del "acto administrativo nacional con efectos extraterritoriales", que aplican una normativa nacional más o menos europeizada y despliegan eficacia extraterritorial en virtud del principio de reconocimiento mutuo. No obstante, la unificación que está detrás del "acto administrativo transnacional" está acotada materialmente y es instrumental y no conceptual o teórica: no parece apta para desencadenar un "efecto dominó" en otros sectores de actividad. La convergencia de los elementos dogmáticos de los sistemas administrativos derivada de las exigencias del Derecho de la Unión Europea será lenta.

En cambio, el impacto del Derecho de la Unión Europea sobre el régimen jurídico de los actos administrativos nacionales es ya considerable. El Derecho de la Unión Europea es ahora un componente esencial del principio de legalidad que debe preservarse en el ámbito interno, y ello no puede dejar de tener implicaciones para el régimen jurídico de los actos administrativos internos. La influencia se manifiesta en varios planos: en el *si* y el *cuándo* del acto administrativo y, sobre todo, en su régimen de eficacia y permanencia.

Destaca la afectación al régimen de estabilidad y permanencia del acto administrativo. El equilibrio entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica decantado tradicionalmente en el ámbito interno necesita ser reconsiderado en ciertas ocasiones para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión Europea. Este ajuste no debe ser interpretado como una debilitación del principio de seguridad jurídica, tal como ha sido configurado y garantizado en el plano interno mediante instituciones como los plazos preclusivos de recurso, la firmeza de las decisiones administrativas y el valor de cosa juzgada de las sentencias firmes. Como se ha indicado, el Derecho de la Unión Europea es ahora un componente esencial del principio de legalidad que debe preservarse en el ámbito interno, y es la gravedad de su infracción por las autoridades internas lo que conduce a ciertos ajustes en el régimen ordinario de estabilidad de los actos administrativos nacionales.

A diferencia de los requisitos establecidos por el Derecho positivo de la Unión Europea, las exigencias que derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia raramente están codificadas en el ámbito interno, pese a su relevancia y a la considerable presión que ejercen sobre la aplicación de las disposiciones nacionales y la tramitación de los procedimientos internos: piénsese en la obligación de inaplicar tanto

normas legales y reglamentarias como actos administrativos que infringen el Derecho de la Unión y sus consecuencias para la presunción de validez de los actos administrativos. Son los órganos administrativos y judiciales quienes tienen que efectuar los ajustes necesarios en el momento de la aplicación de las normas, la ejecución de los actos o la revisión judicial. Sería conveniente que las leyes vertebradoras del Derecho administrativo incorporasen una referencia a la necesidad de que las Administraciones públicas apliquen el Derecho de la Unión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ya establece el art. 4 bis.1 LOPJ respecto a los jueces y tribunales.

El análisis realizado muestra la resiliencia de la teoría del acto administrativo como forma jurídica de actuación administrativa ante la influencia expansiva del Derecho de la Unión Europea[110], de la misma manera, por ejemplo, que la regulación española del procedimiento administrativo se adapta razonablemente bien ante esa misma influencia[111]. El acto administrativo puede seguir cumpliendo de forma satisfactoria sus funciones tradicionales, sin perjuicio de modificaciones en su régimen jurídico cuando opera en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

Teresa ACOSTA PENCO, "Mecanismos de control frente a las operaciones conjuntas coordinadas por la Guardia Europea de Fronteras y Costas", en Jorge Agudo González (ed.), *El Derecho y la justicia más allá de las fronteras nacionales. La transnacionalidad como fenómeno jurídico propio del mercado interior*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 331-367.

Teresa ACOSTA PENCO, *La intervención directa de la Guardia Europea de Fronteras y Costas*, Iustel-UCLM-Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez, Madrid, 2023.

Jorge AGUDO GONZÁLEZ, "Sobre la europeización del derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013, p. 61-111.

Jorge AGUDO GONZÁLEZ, "La articulación de las relaciones jurídicas transnacionales mediante las variantes del reconocimiento mutuo", en J. Agudo González (dir.), *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 181-310.

Sergio ALONSO DE LEÓN, *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel-UCLM-Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez, Madrid, 2017.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "El Derecho administrativo europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 175-206.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", en José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 561-664.

Luis ARROYO JIMÉNEZ y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 2018.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati, 1998.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN,"Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 49, 2001, pp. 299-327.

[110] Como aquí, B. G. MATTARELLA (2011: 82).

[111] X. ARZOZ SANTISTEBAN (2019).

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "Unión Europea, asistencia y reconocimiento mutuos en materia de sanciones administrativas", en B. Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1213-1217.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "El acto administrativo en el Derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pp. 71-97.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "Acto y procedimiento administrativo de la Unión Europea: un inventario de problemas", en J. E. Soriano García (dir.), *Procedimiento administrativo europeo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 128-169.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho administrativo europeo*, Civitas, Madrid, 2013.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "La resiliencia del procedimiento administrativo español ante la ejecución del Derecho de la Unión Europea", en R. Alonso García y J. I. Ugartemendia Eceizabarrena (eds.), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, IVAP, Oñati, 2019, pp. 20-66.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "The Legal Effects of a Serious Infringement of EU Law on Administrative Authorities and Courts: Comments on the Judgment of 10 March 2022, Case C-177/20 Grossmania, EU:C:2022:175", *Review of European Administrative Law*, vol. 15, 2022, pp. 63-77.

Otto BACHOF, "Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung", *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtlehrer*, vol. 30, 1972, pp. 193-244.

Luis Ángel BALLESTEROS MOFFA, "La europeización de los procedimientos administrativos nacionales", *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pp. 117-217.

Jürgen BAST, "Handlungsformen und Rechtsschutz", en A. von Bogdandy y J. Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2ª ed., Springer, Berlín, 2009, pp. 489-557.

Hartmut BAUER, "¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual", *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993, pp. 133-162.

Joachim BECKER, "Der transnationale Verwaltungsakt – Übergreifendes europäisches Rechtsinstitut oder Anstoß zur Entwicklung mitgliedstaatlicher Verwaltungskooperationsgesetze?", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001, pp. 855-866.

Raúl BOCANEGRA SIERRA y Javier GARCÍA LUENGO, "Los actos administrativos transnacionales", *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, pp. 9-29.

Camille BROYELLE, "Le traitement du silence et de l'inertie de l'Administration en droit français", en Jean-Bernard Auby (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 679-689.

Jens BUDISCHOWSKY, "Zur Rechtskraft gemeinschaftsrechtswidriger Bescheide", *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, pp. 2-15.

Peter CANE, *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

Mario P. CHITI, *Diritto ammnistrativo europeo*, 4ª ed., Giufrè, Milán, 2011.

Manuel CLAVERO ARÉVALO, *Las transformaciones del Derecho administrativo en España tras veinticinco años de Constitución*, INAP, Madrid, 2003.

Edorta COBREROS MENDAZONA, "La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 2015, pp. 171-207.

Paul CRAIG, "Comparative Administrative Law and Political Structure", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017, pp. 946-965.

Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018.

André DE LAUBADÈRE, "Les actes administratifs", en *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften - Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Carl Heymanns, Colonia, 1965, pp. 472-487.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Acto administrativo comunitario", en L. Parejo Alfonso, T. de la Quadra-Salcedo y A. M. Moreno Molina (dirs.), *Manual*

de Derecho Administrativo Comunitario, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 193-226.

Giacinto DELLA CANANEA, "From the Recognition of Foreign Acts to Transnational Administrative Procedures", en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Springer, Cham (Suiza), 2016, pp. 219-242.

Johanna Elisabeth DICKSCHEN, *Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsform der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden. Eine dogmatische Vermessung*, Springer, Berlín, 2017.

Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Javier ESTEBAN RÍOS, *Coadministración y procedimientos compuestos: una singular vía de actuación administrativa entre lo nacional y lo europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Joseba FERNÁNDEZ GAZTEA, *Cooperación procedimental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, "Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: *nihil novum sub sole*", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002, pp. 55-60.

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, "La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento", en L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico – Libro homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 779-794.

Michel FROMONT, "L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés Européennes", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1968, pp. 47-65.

Jesús A. FUENTETAJA PASTOR, *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las Políticas de la Unión*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

Jesús A. FUENTETAJA PASTOR, "Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al Derecho europeo", en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2017, pp. 615-662.

Jesús A. FUENTETAJA PASTOR, *Derecho administrativo europeo*, 4ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2019.

Alfredo GALÁN GALAN, *Primacía europea y Administración pública*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

Javier GARCÍA LUENGO, *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*, Iustel, Madrid, 2016.

Agustín GARCÍA URETA, *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario*, IVAP, Oñati, 2002.

Miguel GARDEÑES SANTIAGO, "El reconocimiento mutuo en la Unión Europea: su naturaleza jurídica a la luz de las técnicas o métodos del derecho internacional privado", en J. Agudo González (dir.), *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 123-179.

Andreas GLASER, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2013.

Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, "Incidencia de la Constitución sobre el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 159-208.

Guido GRECO, "L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali", en Mario P. Chiti y Guido Greco (dirs.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 933-989.

Herwig C. H. HOFMANN, Gerard C. ROWE y Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Héctor IGLESIAS SEVILLANO, "Acto administrativo y derecho global: aspectos problemáticos", *Revista de Administración Pública*, núm. 219, 2022, pp. 137-164.

Anne JACQUEMET-GAUCHÉ y Ulrich STELKENS, "Le traitement du silence de l'Administration et de l'inertie administrative en droit allemande", en Jean-Bernard Auby (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 647-654.

Oswald JANSEN, "Silence of the Administration: General Comments and Dutch Law", en Jean-Bernard Auby (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 623-646.

Oswald JANSEN y Bettina SCHÖNDORF-HAUBOLD (eds.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Amberes, 2011.

Patricia JONASON, "Le traitement de l'inertie administrative en droit suédois", en Jean-Bernard Auby (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 727-734.

Stefan KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1999.

Martin KMENT, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2010.

Peter KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, Duncker & Humblot, Berlín, 1974.

Bernardo Giorgio MATTARELLA, "The Influence of European and Global Administrative Law on National Administrative Acts", en Edoardo Chiti y Bernardo Giorgio Mattarella (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, Berlín, pp. 61-85.

Oriol MIR PUIGPELAT, "El derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo", en A. von Bogdandy y O. Mir Puigpelat (coords.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 196-292.

Oriol MIR PUIGPELAT, "El procedimiento administrativo de la Unión Europea y el debate sobre su codificación", en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (coords.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo*, *vol. I Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 231-259.

Oriol MIR, Herwig C.H. HOFMANN, Jens-Peter SCHNEIDER y Jacques ZILLER (dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015.

María Jesús MONTORO CHINER, "Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts. Länderbericht Spanien", en H. Hill y R. Pitschas (eds.), *Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 127-154.

José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ, *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Chryssoula P. MOUKIOU, "The Silence of Public Administration According to Greek Administrative Law", en Jean-Bernard AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 699-712.

Santiago MUÑOZ MACHADO, "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, pp. 329-358.

Santiago MUÑOZ MACHADO, "Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 70-79.

Timotheus MÜLLER, *Die Europäisierung der Verwaltungsverfahrensgesetze in Deutschland und Spanien*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2019.

Volker NESSLER, "Der transnationale Verwaltungsakt – Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, pp. 863-866.

Rozen NOGELLOU, "L'influence du droit communautaire sur le régime des décisions administratives", en Jean-Bernard AUBY y Jacqueline Dutheil de la Rochère (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 915-930.

Julia ORTEGA BERNARDO, "La europeización de la administración que aplica el derecho de defensa de la competencia. ¿Hasta qué punto influye el derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa, en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015, pp. 87-122.

Julia ORTEGA BERNARDO, "El acto administrativo transnacional en el Derecho europeo del mercado interior", en Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 97-121.

Luis ORTEGA, Luis ARROYO y Carmen PLAZA, *Spanish Administrative Law under European Influence*, Europa Law, Groningen, 2010.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*, Global Law Press/INAP, Sevilla, 2012.

Alberto PICÓN ARRANZ, "El acto administrativo comunitario. Algunos aspectos de su régimen de invalidez", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, 2020, pp. 100-113.

Gerhard REISCHL, "Ansätze zur Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts in der Rechtsprechung des EuGH - Bestandsaufnahme, Einflußnahme der unterschiedlichen nationalen Rechtsvorstellungen", en Jürgen Schwarze (ed.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 97-119.

Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998.

Hans-Christian RÖHL, "The voidable decision according to Article 230(4) of the Treaty establishing the European Community as a form of legal protection", en Oswald Jansen y Bettina Schöndorf-Hausbold (eds.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 409-439.

Matthias RUFFERT, "Der transnationale Verwaltungsakt", *Die Verwaltung*, vol. 34, 2001, pp. 453-485.

Matthias RUFFERT, "Überlegungen zu den Rechtsformen des Verwaltungshandelns im europäisierten Verwaltungsrecht", en Maximilian Wallerath (ed.), *Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft – Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006, pp. 215-236.

Matthias RUFFERT, "European Composite Administration: The transnational administrative act", en Oswald Jansen y Bettina Schöndorf-Hausbold (eds.), *The European Composite Administration*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 277-306.

Matthias RUFFERT (ed.), *Administrative Law in Europe. Between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.

Daniel SARMIENTO y Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE, "La europeización del Derecho administrativo", en José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 743-776.

Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, "La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual", *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, 1993, pp. 7-31.

Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed., Springer, Berlín, 2006.

Florian SCHWETZ, *Grenzüberschreitende Verwaltungsakte*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2021.

Thorsten SIEGEL, *Europeización del Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Ulrich STELKENS y MIRSCHBERGER, M. (2016), "The Recognition of Foreign Administrative Acts: A German Perspective", en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (ed.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Springer, Cham (Suiza), 2016, pp. 137-170.

Saverio STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario – Contributo allo studio della nozione*, G. Giappichelli, Turín, 2006.

Saverio STICCHI DAMIANI, "Riflessioni sulla nozione di atto amministrativo comunitario dopo la tipizzazione degli «atti di esecuzione»", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, pp. 1197-1222.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Procedimiento administrativo español para la aplicación del Derecho comunitario", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008, pp. 433-474.

Francisco VELASCO CABALLERO, "El acto administrativo: concepto, clases y contenido", en E. Gamero Casado (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1757-1799.

Maartje VERHOEVEN, *The Costanzo obligation: the obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*, Intersentia, Amberes, 2011.

Thomas VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2016.

Henrik WENANDER, "Recognition of foreign administrative decisions", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 71, 2011, pp. 755-785.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Marcial Pons