Manual de Derecho administrativo

(Tercera edición)

Francisco **Velasco Caballero**
M. Mercè **Darnaculleta Gardella** (dirs.)

Marcial Pons

MANUAL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Tercera edición

FRANCISCO VELASCO CABALLERO
M. MERCÈ DARNACULLETA GARDELLA
(DIRS.)

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TERCERA EDICIÓN

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Autores

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
Tamayo y Baus, 7 - 28004 MADRID
☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-999-0

Deposito legal: M. 17606-2025

DOI: 10.37417/ManDerAdm/

Fotocomposición y diseño de la cubierta: Ene estudio

Impresión: Elecé Industria Gráfica S.L.

MADRID, 2025

ÍNDICE

Pág.

ABREVIATURAS GENERALES UTILIZADAS 31
ABREVIATURAS DE LA LEGISLACIÓN CITADA 35
PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN 39
PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN 41
PRESENTACIÓN 43

LECCIÓN 1 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
por *Francisco Velasco Caballero*

1. APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 47
2. INTERACCIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y DERECHO 52
3. ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO 53
4. PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 54
5. ADMINISTRACIÓN Y BUROCRACIA 55
6. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN 57
7. FUENTES DE LEGITIMIDAD 58
8. TIPOS Y MODELOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 59
   - 8.1. Modelos administrativos 60
   - 8.2. Tipos organizativos 60
   - 8.3. Tipos de actividad administrativa 62

Pág.

9. LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA 64
10. BIBLIOGRAFÍA 65

LECCIÓN 2 DERECHO ADMINISTRATIVO
por *M. Mercè Darnaculleta Gardella*

1. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO 67
2. FINES Y FUNCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 71
3. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN 73
   3.1. El Derecho administrativo como Derecho propio de la Administración pública 73
   3.2. El carácter relativo de la correlación entre Derecho administrativo y Administración pública 75
4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO ORDENAMIENTO 79
   4.1. Estructura 79
   4.2. Características 81
5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO CIENCIA 82
   5.1. La función dogmática del Derecho administrativo 83
   5.2. La apertura conceptual, geográfica y metodológica 83
6. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DISCIPLINA 85
7. BIBLIOGRAFÍA 87

LECCIÓN 3 BASES HISTÓRICAS
por *Luis Medina Alcoz*

1. PREHISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN 89
2. DIVISIÓN DE PODERES Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA 93
3. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA 96
   3.1. Iniciación: la Administración como idea 96
   3.2. Planificación: la Administración como proyecto 97
   3.3. Ejecución: la Administración como realidad 99
   3.4. Consolidación: la Administración como realidad afianzada 100
4. ADMINISTRACIÓN SOMETIDA AL DERECHO COMÚN 102
5. SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 103
6. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 105
   6.1. Hasta la Segunda Guerra Mundial 105
   6.2. Desde la Segunda Guerra Mundial 108
7. BIBLIOGRAFÍA 112

Pág.

LECCIÓN 4 BASES CONSTITUCIONALES
por *Luis Arroyo Jiménez*

1. LA VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 117
2. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DE DERECHO 120
2.1. La cláusula del Estado de Derecho 120
2.2. Elementos estructurales 120
2.3. Elementos sustantivos 123
2.4. Elementos formales 125
3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO SOCIAL 127
3.1. La cláusula del Estado social 127
3.2. Dimensión material 128
3.3. Dimensión instrumental 130
4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DEMOCRÁTICO 131
4.1. La cláusula del Estado democrático 131
4.2. Democracia representativa 132
4.3. Democracia participativa 132
4.4. Principios instrumentales 133
5. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO AUTONÓMICO 135
5.1. La cláusula del Estado autonómico 135
5.2. Autonomía 135
5.3. Unidad 136
5.4. Solidaridad 138
6. DERECHO ADMINISTRATIVO Y APERTURA INTERNACIONAL ... 138
7. BIBLIOGRAFÍA 139

LECCIÓN 5 LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO
por *Mariano Bacigalupo Saggese*

1. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE SU ACTUACIÓN 142
1.1. Densidad normativa y alcance del control jurisdiccional 142
1.2. Normas de programación condicional y potestades administrativas regladas 144
1.3. Conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa 145
1.4. Intensidad del control jurisdiccional: control positivo *versus* control negativo 147
1.5. Control del ejercicio y control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión .. 150

Pág.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO 151
   2.1. Concepto y clases de potestades discrecionales 152
   2.2. Límites jurídicos y control jurisdiccional de la actividad administrativa discrecional 153
3. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE SU LEGALIDAD: EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN 156
   3.1. Conceptos jurídicos indeterminados 156
   3.2. El margen de apreciación 157
   3.3. Límites jurídicos del margen de apreciación y alcance de su control jurisdiccional 158
   3.4. Distinción entre margen discrecional y margen de apreciación *versus* concepto unitario de discrecionalidad 158
   3.5. La discrecionalidad técnica de la Administración 159
4. BIBLIOGRAFÍA 160

LECCIÓN 6 FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
por *José María Rodríguez de Santiago*

1. LA DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 161
2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES 163
3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y NORMAS DE DERECHO INTERNO 164
   3.1. La disolución de la estatalidad del sistema de fuentes "hacia abajo" 164
   3.2. La "evaporación de la estatalidad" hacia arriba 165
   3.3. La ordenación de las relaciones entre las normas del Derecho internacional y de la Unión Europea y las normas de Derecho interno: el principio de primacía 167
4. LA RESERVA DE LEY 167
5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO 171
6. EL PODER NORMATIVO MUNICIPAL 173
7. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO 175
8. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 177
9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA 179
10. BIBLIOGRAFÍA 181

Pág.

LECCIÓN 7 SITUACIONES SUBJETIVAS Y RELACIONES JURÍDICAS
por *Dolores Utrilla Fernández–Bermejo*

1. INTRODUCCIÓN 183
2. SUJETOS 185
2.1. Administración 185
2.2. Sujetos privados 185
3. SITUACIONES SUBJETIVAS 186
3.1. Situaciones activas o de poder 187
3.2. Situaciones pasivas o de deber 193
4. RELACIÓN JURÍDICO–ADMINISTRATIVA 199
5. TIPOS ABSTRACTOS DE RELACIONES JURÍDICO–ADMINISTRATIVAS 200
5.1. Relaciones *ad intra* y *ad extra* 200
5.2. Relaciones bipolares y multipolares 201
5.3. Relaciones materiales y procedimentales 202
5.4. Relaciones instantáneas y continuadas 204
5.5. Relaciones de sujeción general y de sujeción especial 205
6. BIBLIOGRAFÍA 207

LECCIÓN 8 TEORÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
por *Rafael Caballero Sánchez*

1. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y SUS DIMENSIONES 210
1.1. La organización administrativa en el conjunto del Derecho administrativo y su relevancia 210
1.2. La Constitución como punto de partida 212
1.3. La potestad de autoorganización y la relación entre las tareas administrativas y los tipos de organización 215
1.4. Las vertientes macro y micro del poder de autoorganización de las Administraciones públicas 217
2. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA MACRO: LOS TIPOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES 217
2.1. La tipología de Administraciones públicas 217
2.2. El fenómeno de la creación de entidades instrumentales por las Administraciones públicas 219
3. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA MICRO: LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS 224
3.1. El triple nivel organizativo de persona, órganos y unidades administrativas 224

Pág.

3.2. Los órganos administrativos y sus tipos 226
4. LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS Y SU RÉGIMEN DE EJERCICIO 229
4.1. La atribución de competencias 229
4.2. Las técnicas de alteración del ejercicio de competencias 230
5. BIBLIOGRAFÍA 234

LECCIÓN 9 ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO ESTATAL
por *Francisco B. López–Jurado*

1. EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL 236
2. LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL 236
3. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO 238
3.1. El prototipo de Administración pública general 238
3.2. La dirección gubernamental 238
4. LA ORGANIZACIÓN CENTRAL 239
4.1. La estructura orgánica 239
4.2. Los titulares de órganos directivos 241
4.3. Las responsabilidades de los órganos superiores y directivos 242
5. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL 242
6. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL EXTERIOR 244
7. LAS ENTIDADES ESTATALES ESPECIALIZADAS 245
8. LAS ENTIDADES ESTATALES ESPECIALIZADAS DEPENDIENTES. 246
8.1. Los caracteres generales 246
8.2. Los organismos públicos comunes 246
8.3. Los organismos públicos sectoriales 248
8.4. Los organismos públicos de cooperación: los consorcios 249
8.5. Las entidades públicas de Derecho privado 250
8.6. Los fondos sin personalidad jurídica 252
9. LAS ENTIDADES ESTATALES SEPARADAS 252
9.1. Las autoridades independientes de regulación o supervisión 252
9.2. Las entidades de participación o prestación dotadas de autonomía 253
9.3. Las universidades públicas no transferidas 254
9.4. Las entidades de soporte de funciones constitucionales 254
9.5. Las corporaciones sectoriales de base privada 255
10. BIBLIOGRAFÍA 256

Pág.

LECCIÓN 10 ADMINISTRACIONES Y SECTORES PÚBLICOS AUTONÓMICOS
por *Alba Nogueira López*

1. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO AUTONÓMICO 260
   1.1. Nacimiento, traspaso de efectivos y medios materiales 260
   1.2. Diversidad de tipologías organizativas 262
2. AUTONOMÍA POLÍTICA, POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN Y LÍMITES DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL 265
   2.1. Autonomía política y autoorganización 265
   2.2. La incidencia de los principios de estabilidad presupuestaria y unidad de mercado en la organización autonómica 266
3. LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO AUTONÓMICA 267
   3.1. Las previsiones de los estatutos de autonomía 267
   3.2. Leyes autonómicas de régimen jurídico de las Administraciones y de sus sectores públicos. 270
4. LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS 271
   4.1. Estructura orgánica central y periférica 272
   4.2. La actividad exterior de las CCAA 273
   4.3. Algunos procesos de innovación y mejora organizativa en las Administraciones autonómicas 274
5. LOS SECTORES PÚBLICOS AUTONÓMICOS. TIPOLOGÍA DE ENTES INSTRUMENTALES. 276
6. BIBLIOGRAFÍA 279

LECCIÓN 11 ADMINISTRACIONES Y SECTORES PÚBLICOS LOCALES
por *Diana Santiago Iglesias*

1. LA PLANTA LOCAL 281
2. EL SISTEMA COMPETENCIAL 283
3. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL 284
4. EL MUNICIPIO 286
   4.1. Definición legal 286
   4.2. Territorio y población 286
   4.3. Competencias 287
   4.4. Organización 288
5. LA PROVINCIA 291
   5.1. Naturaleza jurídica 291
   5.2. Territorio y población 292
   5.3. Competencias 293
   5.4. Organización 294

Pág.

6. LA ADMINISTRACIÓN INSULAR 294
7. LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA 295
8. OTRAS ENTIDADES LOCALES 296
   8.1. Entidades locales de ámbito territorial supramunicipal 296
   8.2. Entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio 299
9. LOS SECTORES PÚBLICOS LOCALES 299
   9.1. Concepto 299
   9.2. Tipología de entes y clasificación 300
10. BIBLIOGRAFÍA 301

LECCIÓN 12 LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA
por *Susana de la Sierra*

1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EUROPEA: UNA REALIDAD HETEROGÉNEA 305
   1.1. La división de poderes en la Unión Europea: el poder ejecutivo y la Administración 306
   1.2. Concepto y clasificaciones. En particular, Administración directa y Administración indirecta 308
   1.3. Principios constitucionales de la Administración europea 309
2. LA ADMINISTRACIÓN DIRECTA 310
   2.1. Las agencias 313
   2.2. La comitología 316
   2.3. Las competencias ejecutivas del Consejo 317
   2.4. Otras instituciones y órganos especializados 318
3. LA ADMINISTRACIÓN INDIRECTA 319
   3.1. Las Administraciones nacionales como Administración europea 319
   3.2. La unión administrativa europea 322
4. BIBLIOGRAFÍA 323

LECCIÓN 13 LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
por *Marcos Almeida Cerreda*

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN, TIPOLOGÍA Y RELEVANCIA SISTÉMICA 326
2. LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN 330
   2.1. Aproximación: definición y caracterización general 330
   2.2. Los principios que rigen las relaciones de colaboración 331
   2.3. La tipología de las relaciones de colaboración 333
   2.4. Los instrumentos técnicos a través de los cuales se canalizan las relaciones de colaboración 338

Pág.

3. LAS RELACIONES DE CONTROL 343
3.1. Aproximación: caracterización general y tipología 343
3.2. Las relaciones de control entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas 344
3.3. Las relaciones de control entre la Administración General del Estado/Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales 345
4. LAS RELACIONES DE CONFLICTO 348
4.1. Aproximación: caracterización general y taxonomía 348
4.2. Las relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas o entre las Administraciones generales de las comunidades autónomas 348
4.3. Las relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado/Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales 349
4.4. Las relaciones de conflicto entre entidades locales 349
5. BIBLIOGRAFÍA 350

LECCIÓN 14 EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
por *Clara Isabel Velasco Rico*

1. APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD INTERNA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 352
2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL FUNCIONAMIENTO INTERNO 353
2.1. El principio de servicio efectivo como criterio orientador 354
2.2. Principios vinculados a la racionalización y agilización de los procedimientos 355
2.3. Principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa 356
2.4. Principios orientados a garantizar el control de la actuación administrativa 357
3. TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA INTERNA 357
3.1. Autoorganización 357
3.2. Relaciones interorgánicas 361
3.3. Actividad consultiva 365
3.4. Actividad de control interno 367
4. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS 371
5. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA AUTOMATIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS 373
6. BIBLIOGRAFÍA 373

Pág.

LECCIÓN 15 PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
por *Oriol Mir Puigpelat*

1. CONCEPTO Y FUNCIONES 375
   1.1. El procedimiento como proceso preceptivo y estructurado de preparación de decisiones administrativas 375
   1.2. Funciones principales 377
2. NORMATIVA REGULADORA 378
   2.1. La larga tradición codificadora española 378
   2.2. Bases constitucionales y europeas 379
   2.3. La vigente Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y el impacto de la digitalización 381
3. SUJETOS 382
   3.1. La Administración y su deber de diligencia 382
   3.2. Los interesados y sus derechos procedimentales 384
4. ESTRUCTURA 387
   4.1. Iniciación 387
   4.2. Instrucción 393
   4.3. Finalización 398
5. BIBLIOGRAFÍA 402

LECCIÓN 16 REGLAMENTOS Y OTRAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS
por *Juli Ponce Solé*

1. REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS EN EL SISTEMA DE FUENTES 404
   1.1. Importancia, datos empíricos, terminología y conceptos 404
   1.2. Fundamento de la potestad reglamentaria de gobiernos y Administraciones 408
   1.3. Tipología 409
   1.4. Reglamentos locales 412
2. LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO ADMINISTRATIVO Y DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA O ADMINISTRATIVA. NOCIÓN Y ALCANCE DE LAS INSTRUCCIONES 414
3. ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS 417
   3.1. Los principios jurídicos de buena regulación y el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias: la mejora de la regulación (*better regulation*) 417
   3.2. Procedimientos de elaboración de reglamentos 418
4. LÍMITES Y CONTROLES JURÍDICOS. EN ESPECIAL, EL CONTROL EJERCIDO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA 423

Pág.

4.1. El control por el mismo gobierno o Administración que dicta la disposición 425
4.2. El control por los tribunales de justicia..... 426
4.3. El control por el Tribunal Constitucional..... 429
5. BIBLIOGRAFÍA..... 429

LECCIÓN 17 ACTOS ADMINISTRATIVOS
por *Xabier Arzoz Santisteban*

1. APROXIMACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO..... 431
2. FUNCIÓN..... 433
2.1. Función clarificadora y estabilizadora..... 433
2.2. Función configuradora..... 433
3. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO..... 435
3.1. Concepto amplio y concepto estricto..... 435
3.2. El concepto legal..... 437
4. LA ANATOMÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO..... 437
4.1. Elementos subjetivos..... 438
4.2. Elementos objetivos..... 440
4.3. Elementos formales..... 443
5. LA DINÁMICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO..... 444
5.1. Notificación..... 444
5.2. Eficacia..... 446
5.3. Validez..... 447
5.4. Firmeza..... 449
5.5. Ejecución..... 450
6. BIBLIOGRAFÍA..... 454

LECCIÓN 18 PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA
por *Marcos Vaquer Caballería*

1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA: AUGE, CRISIS Y RENOVACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN 455
2. TIPOLOGÍA MATERIAL DE PLANES ADMINISTRATIVOS..... 458
2.1. Planificación socio-económica..... 458
2.2. Planificación de infraestructuras..... 459
2.3. Planificación ambiental..... 460
2.4. Planificación territorial y urbanística..... 460
2.5. Planificación interna de la actuación administrativa..... 461
3. NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICAS DE LOS PLANES..... 462
3.1. Identidad de la planificación, entre la normación y la actuación..... 462

Pág.

3.2. Características comunes 463
3.3. Eficacia vinculante u orientadora 466
3.4. Consecuencias para su régimen de invalidez e impugnación 467
3.5. La confianza legítima generada por los planes 467
4. PROCEDIMIENTOS DE PLANIFICACIÓN 468
4.1. Consideraciones generales 468
4.2. Evaluación 469
4.3. Participación ciudadana y coordinación interadministrativa 470
4.4. Terminación 471
5. RELACIONES ENTRE PLANES 472
6. BIBLIOGRAFÍA 473

LECCIÓN 19 CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
por *Silvia Díez Sastre*

1. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO 476
2. EUROPEIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 477
2.1. El sector público como cliente en el mercado 477
2.2. Marco jurídico 478
2.3. Conceptos funcionales del Derecho europeo 480
3. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO INTERNO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 487
3.1. Marco jurídico 487
3.2. Estructura de aplicación de la legislación de contratos del sector público 490
4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 498
4.1. Partes en el contrato 498
4.2. Necesidad y objeto del contrato 500
4.3. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato 501
4.4. Garantías 501
5. LA VIDA DEL CONTRATO PÚBLICO 502
5.1. Preparación 503
5.2. Adjudicación y formalización 507
5.3. Efectos, cumplimiento y extinción 511
6. VÍAS DE TUTELA 513
6.1. Recurso especial en materia de contratación 513
6.2. Sistema de recursos y revisión 514
7. BIBLIOGRAFÍA 517

Pág.

LECCIÓN 20 ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO
por *Jorge García-Andrade Gómez*

1. APROXIMACIÓN A LAS ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO Y SU PROBLEMÁTICA 519
2. CARACTERIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO 521
2.1. Relevancia jurídica y carácter vinculante 521
2.2. Contenido declarativo o material 522
2.3. Actuación *ad extra* y *ad intra* 522
2.4. Actuación favorable o desfavorable para los ciudadanos 522
3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN SIN PROCEDIMIENTO 523
3.1. Fundamento constitucional 523
3.2. Relación jurídica 524
3.4. La alternativa entre procedimiento y no procedimiento: criterios habilitantes 526
3.5. La problemática en torno a la ejecución forzosa 528
3.6. La posición jurídica de los ciudadanos 529
3.7. Singularidades en la atribución de competencias 530
3.8. La modificación de las actuaciones sin procedimiento 530
3.9. La protocolización de la actuación sin procedimiento 531
4. GARANTÍAS DE REACCIÓN CIUDADANA 532
4.1. Inexistencia de sistemas generales de impugnación en la vía administrativa 532
4.2. Deficiente sistema de control jurisdiccional 533
5. BIBLIOGRAFÍA 534

LECCIÓN 21 ACTUACIÓN AUTOMATIZADA, ROBOTIZADA E INTELIGENTE
por *Agustí Cerrillo Martínez*

1. TECNOLOGÍA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO 538
2. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS 540
2.1. La automatización de tareas sencillas, rutinarias y masivas 541
2.2. La robotización de procesos 542
2.3. El uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas 543
3. ELEMENTOS REGULADORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA 545
4. LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA 547

Pág.

4.1. El principio de seguridad jurídica ... 547
4.2. El principio de transparencia ... 548
4.3. El principio de igualdad y la no discriminación ... 549
4.4. El principio de protección de datos personales ... 549
4.5. El principio de seguridad ... 550
4.6. Los principios de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las tecnologías ... 550
4.7. El principio de personalización y proactividad ... 551
5. SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA ... 551
6. EL IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO ... 553
7. BIBLIOGRAFÍA ... 553

LECCIÓN 22 ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN Y CONTROL
por *Mariola Rodríguez Font*

1. LA ACTIVIDAD LA POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO REFERENCIA FINALISTA ... 556
2. LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN Y CONTROL ... 558
2.1. El impacto de las políticas liberalizadoras y simplificadoras en la actividad de ordenación y control ... 558
2.2. Principios rectores fundamentales: legalidad, igualdad, proporcionalidad y precaución ... 559
3. PRINCIPALES INSTRUMENTOS ... 561
3.1. Instrumentos de ordenación ... 562
3.2. Instrumentos de control ... 564
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y LA COMUNICACIÓN, EN ESPECIAL. PARTICULAR REFERENCIA A SUS "MOMENTOS PROCEDIMENTALES" ... 574
4.1. Momento anterior a la presentación: relaciones entre particular, Administración y otros sujetos ... 574
4.2. Momento de presentación: en especial, la eficacia ... 575
4.3. Momento posterior a la presentación: deber de control formal, material e inspección de la Administración ... 576
5. BIBLIOGRAFÍA ... 578

LECCIÓN 23 ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA
por *Nuria Magaldi*

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO ... 581

Pág.

2. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA ... 584
2.1. La aparición del concepto sociológico y jurídico de servicio público ... 584
2.2. El Estado Social de Derecho como Estado prestador de servicios públicos ... 587
2.3. El Derecho de la Unión Europea y los servicios de interés general ... 589
3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ... 593
3.1. La creación de los servicios públicos ... 593
3.2. Las formas de gestión de servicios públicos ... 596
4. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA ... 598
5. BIBLIOGRAFÍA ... 603

LECCIÓN 24 ACTIVIDAD DE PROMOCIÓN Y FOMENTO
por *Fernando Pastor Merchante*

1. INTRODUCCIÓN ... 606
2. MARCO NORMATIVO ... 606
2.1. Tipología de la actividad promocional y de fomento ... 606
2.2. Riesgos de la actividad promocional y de fomento y fundamentos de su regulación ... 608
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE SUBVENCIONES Y DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE AYUDAS ESTATALES ... 609
3.1. La legislación nacional sobre subvenciones ... 609
3.2. Normativa europea sobre ayudas estatales ... 611
4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES ... 614
4.1. Contenido de la legislación sobre subvenciones ... 614
4.2. El establecimiento de subvenciones ... 615
4.3. La concesión de subvenciones ... 616
4.4. Controles ... 619
5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AYUDAS ESTATALES ... 622
5.1. Contenido de la normativa sobre ayudas estatales ... 622
5.2. El procedimiento de autorización de ayudas estatales por parte de la Comisión ... 623
5.3. Las ayudas "de minimis" y las ayudas "exentas" ... 624
6. LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL Y DE FOMENTO A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NO PECUNIARIOS ... 625
6.1. Las campañas institucionales de publicidad y comunicación ... 625
6.2. Etiquetado de calidad ... 626
6.3. *Nudges* ... 627
7. BIBLIOGRAFÍA ... 628

Pág.

LECCIÓN 25 ACTIVIDAD DE REGULACIÓN
por *Rosario Leñero Bohórquez*

1. LA PROYECCIÓN DE LA REGULACIÓN EN LOS TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA 632
2. LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE REGULACIÓN Y SU DIFUSIÓN GLOBAL 632
   - 2.1. El *Regulatory Law* o Derecho regulatorio anglosajón 632
   - 2.2. La globalización como motor de la expansión de los planteamientos de la regulación económica 635
3. LA RECEPCIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EUROPA 637
4. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA 638
   - 4.1. La proyección de la regulación en la actividad de ordenación y control . 640
   - 4.2. La proyección de la regulación en el servicio público 641
   - 4.3. Notas distintivas de la regulación administrativa como actividad de intervención de la Administración 642
5. INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN 644
   - 5.1. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su carácter coactivo 644
   - 5.2. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su finalidad prevalente 649
6. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA 652
   - 6.1. Principio de separación de las actividades de regulación y de gestión 652
   - 6.2. La agencia reguladora como modelo institucional prevalente 653
7. BIBLIOGRAFÍA 655

LECCIÓN 26 ACTIVIDAD EXPROPIATORIA
por *Juan Antonio Chinchilla Peinado*

1. DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA ACTIVIDAD EXPROPIATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN 658
   - 1.1. Concepto de expropiación forzosa 658
   - 1.2. Distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas 661
2. EL OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN. BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO JURÍDICO 662
3. LOS SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN 662
   - 3.1. La Administración expropiante 662
   - 3.2. El beneficiario de la expropiación 663
   - 3.3. El sujeto expropiado 664
4. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO 664

Pág.

4.1. El presupuesto previo. La declaración de utilidad pública o interés social ... 665
4.2. El procedimiento ordinario (I). La concreción de los bienes que deben expropiarse. La declaración de necesidad de ocupación ... 666
4.3. El procedimiento ordinario (II). La determinación del justiprecio ... 667
4.4. El desistimiento de la expropiación ... 671
4.5. El procedimiento ordinario (III). El pago y la ocupación del bien ... 671
4.6. El procedimiento urgente ... 672
4.7. El control judicial de la expropiación forzosa ... 675
4.8. La expropiación por ministerio de la ley en el ámbito urbanístico ... 677
5. LA REVERSIÓN EXPROPIATORIA ... 678
5.1. Concepto y supuestos ... 678
5.2. El titular del derecho de reversión y la existencia de terceros adquirentes ... 680
5.3. El procedimiento para ejercer la reversión. La restitución de la indemnización ... 681
5.4. La imposibilidad legal de la reversión ... 681
6. LA OCUPACIÓN TEMPORAL ... 682
7. BIBLIOGRAFÍA ... 682

LECCIÓN 27 ACTIVIDAD SANCIONADORA
por *Carlos Alberto Amoedo-Souto*

1. LA ATRIBUCIÓN DE UNA POTESTAD SANCIONADORA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ... 686
1.1. División de poderes y autotutela sancionadora de la Administración ... 686
1.2. El desarrollo histórico de la potestad sancionadora en España ... 688
2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA ... 690
2.1. La configuración de la legalidad sancionadora como un derecho fundamental (art. 25.1 CE) ... 690
2.2. La privación de libertad como límite material absoluto de la sanción administrativa (art. 25.3 CE) ... 691
2.3. La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) ... 692
2.4. La aplicación de derechos procedimentales fundamentales al procedimiento sancionador (art. 24 CE) ... 692
2.5. La distribución competencial de la potestad sancionadora ... 693
3. EL DESARROLLO BÁSICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA ... 694
3.1. De la LRJPAC a la LRJSP y la LPAC ... 694
3.2. Los principios sustantivos en la LRJSP ... 696
3.3. Las reglas especiales básicas de procedimiento sancionador (LPAC) ... 704

Pág.

4. LA EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: HACIA UN *IUS GENTIUM PUNIENDI*. 705
5. BIBLIOGRAFÍA..... 708

LECCIÓN 28 INFORMACIÓN Y DATOS
por *Isaac Martín Delgado*

1. INTRODUCCIÓN: DATOS, INFORMACIÓN, CONOCIMIENTO ... 709
2. DIMENSIÓN INTERNA: EL VALOR ESTRUCTURAL DE LA INFORMACIÓN EN PODER DEL SECTOR PÚBLICO..... 712
   2.1. Introducción: la información como medio..... 712
   2.2. Gestión documental y gobernanza de los datos 714
   2.3. Interoperabilidad 718
3. DIMENSIÓN EXTERNA: EL VALOR INSTRUMENTAL DE LA INFORMACIÓN EN PODER DEL SECTOR PÚBLICO..... 719
   3.1. Los servicios de información administrativa 720
   3.2. Publicidad y acceso a la información pública..... 721
   3.3. Reutilización de la información del sector público y apertura de datos .. 726
4. LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LOS DATOS..... 728
   4.1. Seguridad..... 728
   4.2. Protección de datos de carácter personal..... 730
5. BIBLIOGRAFÍA..... 732

LECCIÓN 29 MEDIOS ECONÓMICOS
por *María Amparo Salvador Armendáriz*

1. PRESUPUESTOS MACROECONÓMICOS..... 735
   1.1. Ingresos públicos..... 736
   1.2. Gasto ***versus*** inversión pública..... 737
   1.3. La política económica como instrumento de políticas públicas..... 737
   2. EL PRESUPUESTO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÓMICA 739
   2.1. El presupuesto, el principio democrático y el Estado de Derecho 739
   2.2. Principios del Derecho presupuestario..... 740
   2.3. Límites materiales: materias incluidas y excluidas..... 741
   2.4. Requisitos formales 742
3. LA DEUDA PÚBLICA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO..... 745
   3.1. Límites constitucionales: exigibilidad y prioridad en el cobro..... 745
   3.2. Límites cuantitativos y el Pacto fiscal europeo 745
4. LA DINÁMICA DE LA GESTIÓN DE MEDIOS ECONÓMICOS..... 746
   4.1. Los principios de Derecho presupuestario y de la contabilidad pública.. 746
   4.2. Elaboración, aprobación y modificación del presupuesto..... 747

Pág.

5. CONTROL Y FISCALIZACIÓN 749
5.1. El control de los recursos públicos, en general 749
5.2. La función de intervención 750
5.3. El papel de la AIReF 751
5.4. La fiscalización del Tribunal de Cuentas 752
6. BIBLIOGRAFÍA 753

LECCIÓN 30 LOS BIENES PÚBLICOS
por *Elisa Moreu Carbonell*

1. QUÉ SON LOS BIENES PÚBLICOS 755
1.1. Bases constitucionales: artículo 132 de la Constitución 757
1.2. Tipología de bienes públicos y diversidad de su régimen jurídico 758
1.3. Formas de adquirir los bienes públicos 759
2. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES PÚBLICOS 759
2.1. Limitaciones a su disponibilidad 760
2.2. Inventario e inscripción en el registro de la propiedad 760
2.3. Potestades para la defensa y protección de los bienes públicos 761
3. RÉGIMEN GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO 762
3.1. Afectación y desafectación 763
3.2. Mutaciones demaniales 765
3.3. Utilización del dominio público: títulos habilitantes 766
3.4. Las reservas demaniales 769
4. LOS BIENES COMUNALES 770
5. RÉGIMEN GENERAL DE LOS BIENES PATRIMONIALES 771
5.1. Gestión y administración patrimonial 772
5.2. Los bienes patrimoniales "materialmente afectos" 773
6. EL PATRIMONIO NACIONAL 774
7. BIBLIOGRAFÍA 774

LECCIÓN 31 EMPLEADOS PÚBLICOS
por *Andrés Boix Palop*

1. LOS DIVERSOS MODELOS DE EMPLEO PÚBLICO 778
1.1. Breve repaso a la evolución histórica del modelo de empleo público en España y consagración del principio de mérito y capacidad 779
1.2. Las tradiciones jurídicas que se alejan del principio de mérito y capacidad: ventajas, inconvenientes y vigencia 781
1.3. El modelo de empleo público de la Constitución española de 1978 y del EBEP 782
2. LOS TIPOS DE TRABAJADORES PÚBLICOS 784

Pág.

2.1. Diferencias entre personal laboral y funcionario 784
2.2. Funcionarios y funcionarios interinos 788
2.3. El personal laboral indefinido y el personal laboral temporal. Indefinidos no fijos 790
2.4. El personal eventual 792
2.5. El personal directivo profesional 793
3. SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS 793
3.1. El modelo constitucional de mérito y capacidad y sus modulaciones 793
3.2. Requisitos constitucionalmente admisibles para la selección de trabajadores públicos y sus límites 794
3.3. Modalidades de acceso y sistemas de selección 796
3.4. Crítica al sistema y adopción de nuevos modelos 798
4. ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS EN ESPAÑA 799
4.1. Situaciones administrativas 799
4.2. Extinción de la relación 800
4.3. Derechos de los trabajadores públicos 801
4.4. Deberes, principios éticos y normas de conducta 804
4.5. Régimen de incompatibilidades 804
4.6. Incumplimiento de deberes y obligaciones y medidas disciplinarias 805
5. LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y FRACTURA DE CARA AL FUTURO EN EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL 806
5.1. La influencia de otros modelos y especialmente del Derecho europeo 806
5.2. Adaptación a los retos de la digitalización y de la transformación social y económica en curso 807
6. BIBLIOGRAFÍA 807

LECCIÓN 32 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
por *Gabriel Doménech Pascual* y *Luis Medina Alcoz*

1. CONCEPTO, DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES Y FUNCIONES 810
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA 812
3. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN VIGENTE 814
4. REQUISITOS 815
4.1. El daño 815
4.2. El funcionamiento de los servicios públicos 818
4.3. El nexo causal 819
4.4. El problema de la culpa 824
5. LA INDEMNIZACIÓN 828

Pág.

5.1. El principio de reparación integral y sus excepciones ... 828
5.2. Modalidades y cuantificación ... 829
6. VÍAS DE EXIGENCIA ... 830
6.1. Vía judicial ... 830
6.2. Vía administrativa previa ... 830
6.3. Prescripción ... 831
7. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ... 832
7.1. Responsabilidad por error judicial ... 833
7.2. Responsabilidad por prisión preventiva no seguida de condena ... 834
7.3. Responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ... 834
7.4. Responsabilidad por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional ... 834
8. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL LEGISLADOR ... 835
8.1. Responsabilidad por leyes ajustadas a Derecho ... 835
8.2. Responsabilidad por leyes inconstitucionales ... 836
9. RESPONSABILIDAD CONFORME AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA ... 837
10. RESPONSABILIDAD CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL ... 837
11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS ... 838
12. BIBLIOGRAFÍA ... 839

LECCIÓN 33 CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN
por *Antonio Fortes Martín*

1. APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD DE CONTROL INTERNO ... 842
1.1. Sentido y alcance del control interno ... 842
1.2. Su delimitación con el control judicial y con otros controles externos ... 843
2. EL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE SU ACTUACIÓN ... 843
2.1. El control interno de la Administración ... 844
2.2. El control interno de la actuación de la Administración y la revisión de actos en vía administrativa ... 845
3. LA REVISIÓN DE OFICIO ... 847
4. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD ... 849
5. LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ... 850
6. LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES Y ARITMÉTICOS ... 853

Pág.

7. LÍMITES A LA REVISIÓN 853
8. EL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS 854
   8.1. El presupuesto necesario de los recursos administrativos 855
   8.2. La tramitación de los recursos administrativos 856
   8.3. Los tipos de recursos administrativos 858
9. OTRAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS DE CONTROL 863
10. BIBLIOGRAFÍA 865

LECCIÓN 34 CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
por *Alejandro Huergo Lora*

1. INTRODUCCIÓN 868
   1.1. Significado constitucional del control judicial de la Administración 868
   1.2. La opción por un orden jurisdiccional especializado 869
2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 869
   2.1. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa 869
   2.2. Organización 874
3. LAS PARTES 878
   3.1. Los sujetos del proceso contencioso-administrativo 878
   3.2. Requisitos generales de las partes 879
4. OBJETO DEL PROCESO 881
   4.1. Significado del objeto del proceso: pretensiones y actividad administrativa impugnada 881
   4.2. Las diferentes vías procesales 881
   4.3. La dinámica del objeto del proceso 885
5. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 886
   5.1. Elementos comunes previos al inicio del proceso 886
   5.2. El procedimiento ordinario 888
   5.3. El procedimiento abreviado 893
   5.4. Los procedimientos especiales 894
6. LAS MEDIDAS CAUTELARES 896
   6.1. Concepto y requisitos 896
   6.2. Procedimiento 898
7. LOS RECURSOS 898
   7.1. El recurso de reposición 898
   7.2. El recurso de apelación 899
   7.3. El recurso de casación 900
8. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS 903
   8.1. Concepto y parámetros constitucionales 903
   8.2. Procedimiento aplicable a la ejecución 903

Pág.

8.3. Medidas a disposición de los órganos judiciales para conseguir el cumplimiento de las sentencias 903
9. BIBLIOGRAFÍA..... 904

ABREVIATURAS GENERALES UTILIZADAS

AACID	Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo
AAE	Agencia Andaluza de la Energía
AAIC	Agencia Andaluza de Instituciones Culturales
AGE	Administración General del Estado
AIReF	Autoridad independiente de responsabilidad fiscal
art.	artículo
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BIRD	Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CINEA	Agencia Ejecutiva Europea de Clima, Infraestructuras y Medio Ambiente (*European Climate, Infrastructure and Environment Executive Agency*)
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CNE	Comisión Nacional de la Energía
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
COEC	Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Catalunya

CONESTUR	Consejo Español de Turismo
COREPER	Comité de Representantes Permanentes de los Estados miembros
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
CSN	Consejo de Seguridad Nuclear
CTBG	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
DA	Disposición adicional
DF	Disposición final
DG	Dirección general
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición transitoria
DTC	Declaración del pleno del Tribunal Constitucional
EACEA	Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (*European Education and Culture Executive Agency*)
EATIM	Entidad de ámbito territorial inferior al municipal
ECDC	Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (*European Centre for Disease Prevention and Control*)
EEUU	Estados Unidos de América
EMA	Agencia Europea del Medicamento (European Medicines Agency)
EMASA	Empresa municipal de Aguas de Málaga
ENRESA	Empresa Nacional de Residuos Radiactivos
etc.	etcétera
FD	Fundamento de Derecho
FECYT	Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
FJ	Fundamento Jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional
IAGE	Intervención General de la Administración del Estado
ICO	Instituto de Crédito Oficial
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
M.P	Medio propio
Núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. ej.	por ejemplo
PANAP	Poder adjudicador no-Administración pública
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares

PNIEC	Plan Nacional Integrado de Energía y Clima
pp.	páginas
PPTP	Pliego de prescripciones técnicas particulares
REMC	Recurso especial en materia de contratación
RPA	Responsabilidad patrimonial de la Administración
RTVE	Radio Televisión Española
SAS	Servicio andaluz de Salud
SAU	Sociedad anónima unipersonal
SDA	Sistema dinámico de adquisición
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SEPLAC	Sistema Europeo de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria S.A.
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera

ABREVIATURAS DE LA LEGISLACIÓN CITADA

CC	Código Civil
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEAL	Carta Europea de la Autonomía Local
CP	Código Penal
DSMI	Directiva 2006/123 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior
EAAnd	Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía
EAAr	Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón
EACan	Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias
EACant	Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria
EACat	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña
EACM	Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid

EACyL	Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León
EAG	Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia
EAIB	Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears
EAPV	Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco
EBEP	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
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
LASE	Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado
LBCOCISN	Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación
LBRL	Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LC	Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas
LCP	Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LEA	Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa
LFTCu	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LGTel	Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
LIPAP	Ley 53/1984 de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LMi	Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas

LMRFP	Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la Función Pública
LMVSI	Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión
LOAIReF	Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal
LOCE	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORAFNA	Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General
LOSEG	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
LOSU	Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LOTCu	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas
LPA	Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento administrativo
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPH	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LPME	Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado
LPNB	Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad
LPrA	Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico
LRISP	Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público
LRJAE	Decreto de 26 julio de 1957 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local
LRTVE	Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal
LSF	Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario
LSPU	Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal
LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno
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
REF	Reglamento de desarrollo de la Ley de expropiación forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLA	Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
TRLSRU	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TUE	Tratado de la Unión Europea

PRESENTACIÓN

Este manual es el resultado de una reflexión colectiva sobre la dogmática del Derecho administrativo contemporáneo, adaptada a la docencia. Se trata de un manual pensado para poder acomodarse con facilidad a los planes de estudio vigentes en cualquiera de las setenta y tres facultades de Derecho españolas. El manual recoge, por tanto, los contenidos convencionales que integran el temario de esta disciplina y que, en función de las universidades, se exponen en dos o más asignaturas del Grado en Derecho, adaptándose a las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior. Esta vocación de versatilidad explica que, salvo en lo que atañe a algunos contenidos adicionales, no se adviertan en el índice grandes diferencias con los numerosos manuales que se han publicado en los últimos tiempos sobre esta materia. Por esta razón nos parece relevante dar cuenta en esta introducción de las particularidades de esta obra, tanto en lo que afecta a los contenidos del manual y a su forma de exposición como en lo relativo a quién lo ha escrito.

A diferencia de la mayoría de los manuales al uso, en este caso no nos encontramos ante un manual de autor. Los autores y las autoras de las diversas lecciones del manual —veintidós profesores y doce profesoras de veinte universidades distintas, repartidas en diez comunidades autónomas— a pesar de la diversidad que nos caracteriza —en cuanto al género, la edad, la procedencia o incluso la adscripción a una determinada escuela— poseemos unas inquietudes y una formación relativamente homogéneas, debido a nuestra curiosidad común por las aportaciones procedentes de otras disciplinas y del Derecho comparado. Compartimos también una misma comprensión constitucional y europea del Derecho administrativo, que da sentido a todas sus normas e instituciones. Esto incluye no sólo la legitimidad original de la Administración pública, en tanto que organización instrumental para el cum-

plimiento de los fines constitucionales y europeos, sino también la centralidad del principio del Estado social para todo el Derecho administrativo contemporáneo, la natural diversidad de fuentes normativas que resulta de la descentralización estatal y la integración europea, y la ampliación de las formas de relación de la Administración con los particulares, fuertemente influida por el Derecho de la Unión Europea.

La reflexión conjunta de los temas tratados ha sido posible gracias a la generosidad de quienes han participado en este proyecto y se ha visto facilitada por la trayectoria de colaboración común en diversas actividades académicas, entre las que destacan el *Seminario de Teoría y Método* que este año cumple su décimo aniversario, la *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* y el *Tratado de Derecho Administrativo*, coordinado por José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez.

El estudio, la reflexión y el diálogo nos han llevado a constatar que los contenidos de esta disciplina se exponen frecuentemente por estratos superpuestos. Esto es, a un estrato básico de Derecho administrativo preconstitucional —y preeuropeo— se le superponen nuevos derechos y principios constitucionales y nuevas normas europeas. De esta forma, los fenómenos que han tenido mayor capacidad de transformación del Derecho administrativo en las últimas décadas (como la subjetivación, apertura, pluralidad de fuentes normativas, imposibilidad de regulación sustantiva en ámbitos de incertidumbre científica, tecnológica o social, orientación hacia la igualdad social, globalización, liberalización, privatización, integración del Derecho blando, flexibilización o automatización, entre muchos otros) son tratados como cuerpos extraños a una rama del Derecho articulada tradicionalmente en torno a la Administración estatal, a una comprensión preconstitucional del principio de legalidad que tiene como premisa la ilegitimidad intrínseca de la Administración, a un catálogo limitado de formas jurídicas de la actuación administrativa (actos administrativos, disposiciones y contratos) y de tipos de actividad administrativa (policía, fomento y servicio público) y al control judicial como eje central de todo el Derecho administrativo.

Este manual se caracteriza por exponer cada una de las instituciones y categorías del Derecho administrativo a partir de las bases constitucionales y europeas y prestando atención a los fenómenos jurídicos, políticos y sociales ya señalados. Los derechos fundamentales, los principios del Estado social, la configuración autonómica del Estado y el Derecho de la Unión Europea impregnan y conforman la organización administrativa, las formas en las que se manifiesta su actuación, los tipos de actividad administrativa y los medios de los que disponen las Administraciones públicas para llevarlos a cabo. Esta voluntad integradora se acompaña de un mayor protagonismo de aspectos organizativos, procedimentales y financieros tradicionalmente considerados como secundarios, al menos desde una concepción del Derecho administrativo continental europeo que ha pivotado en torno al equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las correspondientes garantías de los ciudadanos.

En el Derecho administrativo de nuevo cuño adquieren destacado protagonismo instrumentos tendentes a mejorar el funcionamiento interno de la Administración —presupuestos, planes, programas, inspecciones y controles internos—, aparecen

nuevas formas de actuación administrativa —sin procedimiento, automatizada, robotizada e inteligente— y se produce una revitalización de las fórmulas relacionales, entre la Administración y los particulares y entre las diversas Administraciones y entidades que integran el sector público. La influencia de otras disciplinas, como la Economía, la Ciencia Política o la Psicología en el Derecho administrativo explican también la marcada orientación de esta disciplina hacia la eficacia, la creciente fragmentación, sectorialización y descentralización de la organización administrativa, el fomento de la colaboración público–privada, la aparición de nuevos tipos de actividad administrativa y la formulación de nuevos conceptos puente, vinculados a estas realidades, como administración en red, sector público, gobernanza, administración garante, *nudges*, etcétera.

Para alcanzar una correcta integración de todos los contenidos mencionados se ha intentado ofrecer, junto con una exposición de la legislación y la jurisprudencia europea, estatal y autonómica aplicable en cada caso, una reconstrucción sistemática del Derecho administrativo español, en un intento de dotar de mayor coherencia a los diversos elementos que componen esta disciplina.

El manual tiene vocación pedagógica, pero no pretende banalizar la creciente complejidad del Derecho administrativo. Por eso, a lo largo de todo el libro se utilizan dos tipos de letras, ordinaria y pequeña. El nivel expositivo básico está escrito con letra de tamaño ordinario; en letra más pequeña se incorporan exposiciones de detalle o cuestiones complejas o problemáticas, sobre las que no existe consenso doctrinal o jurisprudencial.

La renovación de contenidos viene acompañada también de un intento de renovación pedagógica. En la redacción de las lecciones se ha tomado en consideración la utilidad de los ejemplos, no sólo para facilitar la comprensión, asimilación y aprendizaje de las construcciones teóricas expuestas, sino también para conformar una imagen de la realidad acorde con los nuevos tiempos. En la selección de los ejemplos —y en la terminología y el lenguaje empleados en su redacción— se ha procurado reflejar la igualdad de género, el pluralismo lingüístico, la complejidad territorial y la diversidad de sectores de intervención de la Administración pública. Se ha ampliado así el catálogo tradicional de fuentes, para incluir ejemplos extraídos de dictámenes de órganos consultivos autonómicos, de reglamentos de entidades locales o de documentos de *soft law*; y se ha diversificado y actualizado el abanico de sectores de referencia, para mostrar el tránsito de un Derecho administrativo que se ha explicado tradicionalmente con base en instrumentos propios de la policía administrativa, a un Derecho administrativo que debe garantizar la correcta gestión de los riesgos tecnológicos, económicos y sociales propios del mundo contemporáneo. El texto principal de cada lección incluye muchos ejemplos breves, de apenas una palabra o frase. Y junto a ello, en letra pequeña y con fondo de color se introducen ejemplos más extensos, donde se exponen con más detalle fenómenos o problemas complejos, o donde se aportan datos empíricos sobre la realidad objeto de regulación.

También desde un punto de vista formal, las lecciones están numeradas en párrafos para facilitar las referencias cruzadas, permitiendo al lector transitar de unas

lecciones a otras, lo que facilita no sólo la ampliación de los conocimientos sino también la asimilación de una concepción sistemática del Derecho administrativo. Por ello, y con independencia del número de lecciones que puedan resultar de utilidad a los estudiantes y profesores de cada una de las asignaturas en las que se exponen los contenidos del Derecho administrativo en un concreto curso académico y en una concreta facultad, se recomienda acceder a todas las lecciones del manual, en versión papel o en la versión disponible *online*. De todos modos, para favorecer la versatilidad y facilitar el manejo del manual, las lecciones están también disponibles de forma individual *online*. Este dato también es novedoso y parte la convicción de que la ciencia abierta debe complementarse con la docencia abierta.

La ambición y, en algunos casos, la novedad de los objetivos expuestos explica que los autores y autoras de este manual lo veamos como un proyecto en permanente revisión, de modo que esperamos incorporar en próximas ediciones las mejoras que puedan aportarnos los profesores y los estudiantes que decidan manejarlo.

Francisco Velasco Caballero
M. Mercè Darnaculleta Gardella

PRESENTACIÓN
DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Un año después de la primera edición, publicamos ahora la segunda edición del *Manual de Derecho Administrativo*. Esta segunda edición se explica por dos factores. Por la excelente la acogida de la primera edición y, conectado con esto, por la necesidad de que un manual de estas características esté permanentemente actualizado.

En primer lugar, el *Manual* ha tenido una acogida extraordinaria, tanto en el ámbito académico como en el profesional. En su versión electrónica y abierta, las descargas mensuales de las distintas lecciones son abrumadoras. Sumando todas las lecciones, en el período que va de agosto de 2023 a julio de 2024 hemos contabilizado más de 35.000 descargas. Un dato llamativo y complementario es que también la versión impresa del libro ha tenido una muy buena acogida en la comunidad jurídica. Ello refuerza la idea, en la que la editorial Marcial Pons es pionera en España, de la compatibilidad entre el formato electrónico (gratuito) y el impreso (con precio). Cada formato cumple una función distinta, más o menos adecuada a los diversos destinatarios, momentos y necesidades. Hoy hay ya evidencia empírica de que el texto impreso favorece el entendimiento de la correspondiente materia, así como la reflexión crítica. En consecuencia, hacen bien las bibliotecas universitarias en ofrecer ejemplares impresos del *Manual*, pese a que los estudiantes puedan acceder a los mismos textos en formato digital sencillo y abierto. Y hacen bien en comprar el *Manual* todos aquellos que pretenden utilizarlo repetidamente a lo largo del año, para estudio o para consulta.

Nos consta, además, que las descargas provienen de todo el mundo, con lo que podemos afirmar que el *Manual* está contribuyendo a la divulgación del Derecho administrativo español y está facilitando la utilización de nuestro Derecho en los es-

tudios jurídicos comparados. Una acogida tan extraordinaria nos anima a continuar el proyecto iniciado hace ahora un año.

Además, y precisamente por la enorme proyección que ha tenido el *Manual* en su primer año de vida, resulta imprescindible una actualización y revisión continua. Solo así el *Manual* puede cumplir su doble función pedagógica y de primera consulta para cualquier duda relacionada con la parte general del Derecho administrativo.

Por sí mismas, las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales acaecidas entre 2023 y 2024 no habrían justificado una segunda edición tan temprana. Desde agosto de 2023 no se han identificado grandes cambios en los elementos estructurales del Derecho administrativo. Ha habido, lógicamente, múltiples reformas legislativas sectoriales, y también algunas generales (como las modificaciones puntuales de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local por medio del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre). Estas reformas presentan un alcance muy limitado desde la perspectiva sistemática del *Manual*. Ello no obstante, vista la acogida y repercusión que ha tenido el *Manual* en la comunidad jurídica, la actualización ya no se justifica sólo por la necesidad de integrar las novedades legislativas o jurisprudenciales, sino también por la confianza colectiva generada en que todo lo que está en el *Manual* es Derecho vigente, y se aplica en los términos que se explican en el propio *Manual*.

Todo lo dicho es suficiente para seguir adelante. Y de nuevo, como en la primera edición, los 34 autores asumimos este *Manual* como nuestra modesta contribución al interés general, indisociable de nuestra condición de profesores y profesoras de Derecho administrativo.

Francisco Velasco Caballero

M. Mercè Darnaculleta Gardella

PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN

Un año más cumplimos con el compromiso de que el *Manual de Derecho Administrativo* esté actualizado. En esta tercera edición son muy escasos los cambios respecto de la edición precedente. Se ha recogido la jurisprudencia más relevante para cada lección, se ha dado cuenta de algunos cambios en la organización administrativa, y se han incorporado algunas modificaciones legales. Entre las modificaciones legales, aparentemente la más relevante es la que afecta a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por medio de la Ley orgánica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que reforma la planta de la jurisdicción contenciosa.

En todo lo demás, la estructura del Derecho administrativo español muestra una alta estabilidad, que sin duda guarda relación con la ausencia de mayorías parlamentarias claras, tanto en las Cortes como en las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Por supuesto que a lo largo del pasado curso académico se modificaron múltiples normas administrativas sectoriales, pero en líneas generales los elementos básicos o generales del Derecho administrativo han quedado prácticamente inalterados.

En 2024 vio la luz la versión catalana del *Manual*, dirigida por Agustí Cerrillo Martínez con el apoyo de la *Universitat Oberta de Catalunya* (UOC). Esta versión es accesible tanto a través de la *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, en el portal de revistas de la editorial Marcial Pons, como a través del repositorio institucional de la UOC. Gracias a la labor coordinadora de Agustí Cerrillo confiamos en que la 3ª edición también pueda tener su versión catalana.

Para el curso académico 2025-2026 también está en marcha una versión gallega del Manual. Esta versión la está coordinando Diana Santiago Iglesias, de la Universidade de Santiago, y participan en ella también los profesores Alba Nogueira López, Carlos Amoedo Souto y Marcos Almeida Cerrada. La versión gallega cuenta con el apoyo de la *Consellería de Cultura, Lingua e Xuventude de la Xunta de Galicia*. Confiamos en que la versión gallega tenga la misma acogida favorable que ya han tenido las versiones castellana y catalana. Para los directores de este libro es una satisfacción contribuir, mediante un modesto Manual de Derecho administrativo, al uso normalizado e indistinto de las diferentes lenguas de España.

Francisco Velasco Caballero

M. Mercè Darnaculleta Gardella

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 47-66
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L01
© Francisco Velasco Caballero
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 1

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Francisco Velasco Caballero
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—2. INTERACCIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y DERECHO.—3. ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO.—4. PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES.—5. ADMINISTRACIÓN Y BUROCRACIA PÚBLICA.—6. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN.—7. FUENTES DE LEGITIMIDAD.—8. TIPOS Y MODELOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 8.1. Modelos administrativos; 8.2. Tipos organizativos; 8.3. Tipos de actividad administrativa—9. LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Todos tenemos una imagen intuitiva de la Administración pública. La identificamos con oficinas, instituciones y empleados que recaudan impuestos (Agencia Tributaria), detienen a los delincuentes (Mossos d'Esquadra), enseñan a los niños y niñas (Instituto de Bachillerato Sierra de la Najarra), vacunan contra los virus (Osakidetza), pavimentan las calles (Ayuntamiento de Navas del Rey) o nos transportan por ferrocarril (RENFE). Algunas de estas actividades son privativas de la Administración (como la recaudación de impuestos o la detención de delincuentes). Otras tareas, como la enseñanza o el transporte público, las realizan también algunos par-

ticulares. De ahí que no podamos identificar a la Administración pública con determinadas tareas, funciones o actividades. Como en seguida se explicará con más detalle, la Administración es fundamentalmente una **organización instrumental**: un conjunto ordenado de empleados públicos y de recursos materiales que, bajo la dirección o programación de un órgano político, forma parte del poder ejecutivo estatal, autonómico o local y lleva a cabo tareas muy diversas y cambiantes a lo largo del tiempo.

2. La Administración pública comparte ciertos rasgos con la administración de organizaciones privadas (como una empresa), con la administración de órganos e instituciones estatales que no están integradas en el poder ejecutivo (como el poder judicial o el poder legislativo), y con la administración de organizaciones que ni siquiera están integradas en un Estado (como las organizaciones internacionales). En todos los casos, el término **"administración"** resulta ambiguo, puesto que se refiere a la actividad de administrar o gestionar determinados asuntos (administración en sentido objetivo: *infra* § 1.8) como a la persona o a la organización que desarrolla esta actividad (administración en sentido subjetivo). Sin embargo, desde una perspectiva objetiva, la administración pública se diferencia de la administración de las organizaciones privadas porque su actividad característica consiste en la gestión de asuntos públicos en beneficio del interés general; y, desde una perspectiva subjetiva, la Administración pública se distingue del resto de administraciones por su integración en el poder ejecutivo y por su dependencia de un gobierno (supraestatal, estatal, regional o local). Una vez realizadas estas precisiones, se advierte al lector que en esta lección se utiliza el término "Administración" como sinónimo de "Administración pública" (*infra* § 1.8).

3. Aunque la Administración es una realidad social, y es observable desde múltiples perspectivas, tradicionalmente ha predominado la **comprensión política y jurídica**. En los inicios del siglo XIX, el ideario político liberal, por entonces emergente en Europa, definió a la Administración como parte del **poder ejecutivo** del Estado, frente al parlamento (poder legislativo) y frente al poder judicial. Se califica entonces como Administración pública al heterogéneo conglomerado de consejos, departamentos, establecimientos, secretarías, corporaciones y oficiales sometidos a la ley parlamentaria y dirigidos por el gobierno (que a su vez también está sometido a las leyes y —allí donde subsiste la monarquía— al correspondiente rey o reina). Desde el segundo tercio del siglo XIX se desarrollan en Europa dos comprensiones complementarias de la Administración: como organización al servicio del interés general (comprensión propia de la ciencia de la policía o de la Administración) y como persona jurídica sometida a un estatuto normativo especial y privilegiado (el Derecho administrativo). Con el crecimiento exponencial de Derecho administrativo, a lo largo de siglo XIX ha ido predominando la perspectiva jurídica. Desde entonces, y casi hasta nuestros días, la Administración se ha entendido fundamentalmente en **clave jurídica**, a través de las leyes que definen detalladamente la estructura y funcionamiento de la Administración. De esta forma, primero el ideario político liberal engendró la idea de Administración pública. Y luego el Derecho administrativo ha definido exhaustivamente su existencia.

4. La preeminencia del Derecho administrativo a lo largo del siglo XIX (NIETO, 2001: 68) ha ocultado la existencia, desde el primer tercio del mismo siglo XIX, de una extensa serie de estudios no necesariamente jurídicos sobre los tipos de Administración, sus formas de actuación o su componente burocrático (ALMEIDA, 2021: 133). Frente a una opinión muy extendida en el pasado siglo, estos estudios no eran simples importaciones a España de los tratados de ciencia de la policía o de Administración de Francia o Alemania (MEDINA, 2022: 255).

5. Ya se ha dicho que la comprensión predominantemente política y jurídica de la Administración ha subrayado su condición de organización **instrumental**, al servicio de un poder político. Esto es, lo propio de la Administración es ejecutar —llevar a la realidad social— las decisiones adoptadas por un poder político que, según los casos, puede ser un parlamento o un gobierno. Esta comprensión eminentemente política y jurídica de la Administración pública no puede ocultar otras perspectivas complementarias, cada vez más relevantes. La sociología presta atención a la Administración como conjunto de empleados públicos (burocracia) y a su relación con la sociedad con la que interactúa. En la economía prima la comprensión de la Administración como productora de bienes y servicios (sector público) y como como reguladora de los mercados. La **ciencia de la Administración** integra todas estas perspectivas sobre la Administración pública, subrayando su condición de organización de recursos humanos (burocracia) y económicos para la consecución de objetivos políticos. Precisamente la ciencia de la Administración, muy desarrollada en los países anglosajones desde mediados del siglo xx, está aportando hoy una visión menos jurídica de la Administración pública. Ha traído a un primer plano el funcionamiento interno de la Administración (y no sólo su relación con los ciudadanos); ha redimensionado a la baja la importancia de la ley en la dirección de la actividad administrativa; ha aportado nuevos criterios de funcionamiento, como el de "buena administración", el de eficiencia y el de transparencia; y ha puesto el acento en los resultados de la actuación administrativa: en la calidad de los servicios públicos, y no sólo en los procedimientos administrativos.

6. La diversidad de perspectivas en torno a la Administración pública es fuente de dificultades, pues **no contamos con un concepto único** de Administración. Así, según la perspectiva predominante en cada caso, la Administración pública es algo diferente o simplemente una parte del llamado "sector público". Tradicionalmente, el "sector público" se refería sólo a aquellas entidades administrativas o instrumentalmente privadas (sociedades mercantiles y fundaciones dependientes de una entidad administrativa) creadas para el desarrollo de actividades económicas o de mercado, esto es, para la producción de bienes y servicios económicos. Sin embargo, hoy se ha generalizado una comprensión más amplia del "sector público" que incluye a la Administración en general, también la reguladora y aplicativa de las leyes (*infra* § 1.15).

6 *bis*. Desde la **perspectiva económico–financiera** propia del Sistema Europeo de Cuentas (2010), lo definitorio de una Administración pública es que no actúa en el mercado, como un agente económico más. Con este criterio funcional, muy propio del Derecho europeo, forman parte del concepto de Administración pública algunas entidades jurídico-privadas (sociedades y fundaciones) dependientes de otra Administración pública y que realizan actividades administrativas o prestan servicios públicos, pero no actúan como agentes económicos en el mercado. Este concepto amplio de "Administración pública" no coincide con el concepto jurídico más estricto que expresan los artículos 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y 2.3. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

7. El inventario de entidades del sector público publicado por el Ministerio de Hacienda 2023 da cuenta tanto de la distinción entre Administración pública y sector público como de un concepto amplio de Administración pública, **a efectos financieros y contables**. Conforme al Sistema Europeo

de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC 2010), aprobado por el Reglamento nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, se distingue en el inventario del sector público español entre las "unidades públicas no de mercado" (a las que se califica como Administraciones públicas) y las "unidades públicas de mercado" (que no son Administración pública). Así, prestando atención al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se considera que son Administración pública hasta 191 entidades, de muy distinto tipo. Algunas de ellas son entidades con personalidad jurídico–pública, como diversas agencias instrumentales (entre otras: Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo [AACID]; Agencia Andaluza de Instituciones Culturales [AAIC]; Agencia Andaluza de la Energía [AAE]; Agencia Andaluza de Promoción Exterior [Extenda]), pero otras entidades administrativas son personificaciones jurídico–privadas. Entre ellas se encuentran sociedades mercantiles dependientes (Hospital Clínico Veterinario de la Universidad de Córdoba, S.L; Iniciativas Leader Comarca de los Vélez, S.A.; Orquesta Sinfónica de Sevilla, S.A.; Parque Científico y Tecnológico Cartuja, S.A, entre otras) o fundaciones también dependientes (por ejemplo: Fundación Audiovisual de Andalucía; Fundación Banco Agrícola de Don José Torrico y López Casero; Fundación Campus Científico–Tecnológicos de Linares, entre muchas). Y junto a estas, habría otras entidades o "unidades públicas de mercado" vinculadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía (como Aparta-hotel Trevenque, S.A., o Red de Villas Turísticas de Andalucía S.A.) que, como tales, no se reconocen como Administraciones públicas en el inventario español del sector público.

8. Según se ha dicho hasta aquí, hoy predomina una **comprensión subjetiva** de la Administración: como una organización integrada de medios para la realización de unos fines y tareas cambiantes. Pero esta comprensión ha convivido históricamente con otra concepción **objetiva o funcional** de lo administrativo. Esto es, se ha considerado también que existe un tipo definido de funciones o tareas públicas que se pueden calificar como propiamente "administrativas", y esto sería lo definitorio de la Administración pública. Esta comprensión objetiva o funcional ha permitido afirmar que hay ciertas actividades administrativas fuera de la Administración. Así, las actividades disciplinarias internas o la gestión patrimonial en los parlamentos y los órganos judiciales. Actualmente, esta comprensión objetiva de lo administrativo ha revivido tímidamente en relación con algunos sujetos particulares que gestionan actividades de interés público (*infra* § 1. 24 *bis*). Es el caso de los profesionales que, previa acreditación por la Administración, realizan tareas de inspección industrial; o de las entidades colaboradoras urbanísticas (entidades privadas autorizadas por la Administración que emiten informes sobre el cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los propietarios del suelo). En estos casos se plantea que estos sujetos privados llevan a cabo actividades materialmente administrativas; y con ello se plantea también si esas actividades debieran regirse por las leyes administrativas.

9. Con **perspectiva histórica**, y si nos situamos en el Antiguo Régimen europeo, quizá se pueda entender la **comprensión dual de lo administrativo**, como organización y como función estatal. De un lado, con la formación del Estado moderno a partir del siglo XVI va creciendo el número de oficiales reales (para los tributos, la seguridad de los caminos, las postas, etc.). Pero aunque estos oficiales reales existían ya en el Antiguo Régimen, y aunque muchas de sus actuaciones continuaron en los Estados contemporáneos, aún no se había sustanciado la idea de poder ejecutivo (como distinto del legislativo y el judicial). Las actividades destinadas al bienestar general, como el cuidado de los pósitos, la paz en los caminos o la beneficencia se gobernaban por las mismas magistraturas y consejos que, desde la Edad Media, venían impartiendo justicia en nombre del rey (MANNORI, 2007; MEDINA, 2022: 20). Por eso, aunque muchas formas de actuación "administrativa" fueran identificables en el Antiguo Régimen, tales actuaciones no tuvieron relevancia organizativa (como actuaciones de la Administración pública) hasta tiempo después, cuando lo administrativo se escinde por completo de la justicia dando lugar a nuevas autoridades y consejos no judiciales, aunque sometidos tanto al rey como a la ley.

10. Aunque la Administración pública es una constante en los Estados contemporáneos, se presenta de formas muy diversas en los distintos países. Incluso en el grupo más o menos homogéneo de las democracias occidentales se puede ver que bajo el nombre de Administración pública hay **realidades muy diversas**: hay órganos burocráticos y rígidamente jerarquizados (como un ministerio), pero también hay organizaciones con múltiples órganos relativamente autónomos (comisiones independientes, *tribunals* británicos, *administrative law judges* norteamericanos). Hay Administraciones que, por sus enormes dimensiones, se confunden con el propio Estado; y también hay Administraciones que ocupan solo concretos espacios funcionales dentro del Estado. Hay Administraciones en interacción continua con los particulares; y hay Administraciones más deslindadas respecto de los destinatarios de su actuación. Por fin, hay Administraciones que generan un alto porcentaje del PIB del correspondiente país, y hay otras con una aportación mucho menor.

11. Partiendo de la diversidad de Administraciones públicas (tanto dentro de un mismo Estado como desde una perspectiva comparada) y de la variedad de sus tareas o funciones, se plantean dos cuestiones teóricas: si el concepto de Administración incluye algunos elementos sustantivos esenciales; y si, pese a su diversidad actual, las Administraciones públicas del mundo evolucionan de una forma convergente. Esto es, si hay evolución y selección también en los modelos de Administración pública, como en la naturaleza. En cuanto a lo primero, en ocasiones se ha planteado que la Administración pública contemporánea sólo es identificable **en estados democráticos y de Derecho**. Según esto, una de las características naturales de la Administración pública sería su sometimiento a poderes políticos democráticos y, de forma instrumental, al principio de legalidad y al control judicial. Este concepto estrecho de Administración pública es poco útil. Primero, porque obvia el hecho cierto de que todos los Estados cuentan con una organización ejecutiva de medios y personas a los que expresamente califican como Administración pública. Y segundo, porque difumina el carácter estructural de la Administración, como realidad organizativa propia de los Estados desarrollados que, en los distintos momentos históricos, se adapta a la estructura política y constitucional de cada país. Se puede afirmar, en este sentido, que lo propio de la Administración pública es su condición de organización ejecutiva al servicio de un poder político. La Administración de los Estados democráticos y de Derecho sería sólo un tipo histórico y actual de Administración, no el único. En segundo lugar, en lo que se refiere a la **evolución de la Administración**, la influencia de las ciencias naturales sobre las ciencias sociales trajo consigo, a lo largo del siglo xx, las ideas de evolución, selección y convergencia (RAASCHELDERS, 1998: 64; CHEVALLIER, 2017: 8). Según esto, en los distintos países se estarían ensayando continuamente formas diversas de Administración pública. Pero solo algunos de estos modelos o formas administrativas triunfarían (y se exportarían o irradiarían a otros países). Las formas de Administración pública peor adaptadas a los Estados y las sociedades cambiantes o bien se extinguirían, o bien subsistirán como "fósiles vivos". Sin necesidad de adherirse al evolucionismo institucional, este planteamiento tiene como mayor utilidad la comprensión de la Administración como una realidad cambiante, más o menos coherente con la sociedad y el Estado de cada tiempo.

12. Ya se ha explicado que la Administración pública es, en principio, una organización estatal. Pero también hay Administración pública en el ámbito internacional. Se habla así de las Administraciones internacionales (para referirse a las organizaciones burocráticas internacionales) y de la Administración europea (en relación con la Comisión, sus direcciones generales y las agencias de la Unión Europea). En ambos casos estamos ante organizaciones de medios humanos y materiales que ejecutan —cumplen y hacen cumplir— mandatos políticos: pactados por los Estados en tratados internacionales o decididos directamente por órganos políticos supranacionales creados por los Estados (como las instituciones europeas). Sería Administra-

ción internacional, por ejemplo, el Comité para la Protección del Medio Ambiente creado por el Tratado Antártico (1959). Y sería Administración supranacional la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, creada por el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, para la aplicación del Derecho europeo de marcas. Es precisamente el carácter vicarial o instrumental de todas estas organizaciones internacionales o supranacionales lo que lleva a calificarlas como Administraciones públicas (internacionales).

2. INTERACCIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y DERECHO

13. Como se estudiará más detenidamente en la segunda lección, existe una rama del Derecho que regula específicamente la organización y el funcionamiento de la Administración pública: el Derecho administrativo. Y esto nos ha llevado a veces a pensar que la Administración es una simple creación del Derecho administrativo; que la Administración pública de cada país y cada tiempo es una pura creación jurídica. En la actualidad, por mucho que el Derecho administrativo sea definitorio de la Administración pública, esta es una realidad social no sólo jurídica. En puridad, la Administración pública y el Derecho administrativo son dos realidades sociales en **interacción mutua, continua y diacrónica**. De un lado, la Administración pública evoluciona *per se*, al compás de los cambios sociales, y aquella evolución impulsa reformas en el Derecho administrativo. Por ejemplo, primero las tecnologías digitales contemporáneas han transformado la forma de trabajo en la Administración, y esto ha motivado luego la regulación de los procedimientos electrónicos, de las sedes administrativas electrónicas, de las sesiones electrónicas de órganos colegiados o del teletrabajo. Del otro lado, el Derecho administrativo también configura o impone modificaciones exógenas a la Administración. Por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, somete a la Administración a rígidos límites de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; o también, el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) impone a la Administración la negociación de las condiciones de trabajo con los representantes de los empleados públicos.

14. Tradicionalmente, la Administración española está altamente **juridificada**. Son numerosas las leyes y reglamentos que regulan su organización y funcionamiento. Y eso permite comprender la Administración a través del Derecho que la regula. Esta afirmación, que es válida para España y en general para el continente europeo, no es universal, pues en países de tradición anglosajona el Derecho no penetra tanto en la configuración de la Administración, dejando mayor espacio para la configuración política (no normativa) y para la gestión operativa. Una de las muestras más claras de la alta juridificación, tradicional en España, está en la calificación de la Administración pública como **persona jurídica** (*infra* § 1.19).

3. ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO

15. La expresión **sector público**, utilizada hoy en las leyes administrativas (así en los arts. 2.1 LRJSP, 2.1 LPAC y 3.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público [LCSP]) es una aportación terminológica en su origen proveniente de la economía y la hacienda pública que hoy designa, además de a las Administraciones públicas territoriales o generales, a otras entidades que no son formalmente o no necesariamente Administración pública, pero que actúan bajo la dirección de una Administración pública. Incluye no sólo a Administraciones públicas en sentido estricto, sino a todas las demás entidades, órganos y organizaciones que prestan servicios públicos o realizan actividades económicas con cierta autonomía, pero bajo la dependencia o dirección de una Administración pública. Todas estas entidades se incluyen hoy en el concepto legal de "sector público institucional" (*infra* §§ 9.2, 10.6 y 11.82). Y ello con independencia de su forma jurídica, que puede ser pública (como el ente público "Canal de Isabel II") o privada (como la sociedad mercantil municipal "Barcelona Ciclo del Agua, S.A). La expresión "sector público institucional" es puramente instrumental, y describe el conjunto de entidades que realizan actividades económicas bajo la dirección o control de una Administración pública (en sentido estricto).

15 *bis*. Aunque, en los términos expuestos, hoy contamos con un concepto general de sector público, ese concepto general, compartido por la ciencia de la Administración y la economía, no tiene por qué coincidir con el concepto jurídico de sector público. Es más, cada ley administrativa puede, para sus propios fines, utilizar un concepto más amplio o reducido de sector público. Con lo cual, junto a un concepto teórico-abstracto de sector público y un concepto jurídico general de sector público (el de los arts. 2.1 LRJSP y 2.1 LPAC), contamos también con varios conceptos jurídicos específicos, a la medida de cada ley. Así, por ejemplo, para definir el ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos, el art. 3.1 f) LCSP califica expresamente como sector público a las mutuas colaboradoras de la seguridad social (*infra* § 19.48), precisión esta que no se contiene en la descripción del sector público de los arts. 2.1 LRJSP y 2.1 LPAC.

16. La expresión "sector público" diluye la importancia de las formas jurídicas con las que el Estado actúa económicamente. En puridad, la expresión "sector público" resultaría superflua si se utilizara un **concepto amplio de Administración pública**, comprensivo de todas sus posibles formas organizativas, incluidas las formas jurídico–privadas (sociedades mercantiles, fundaciones). Pero precisamente porque la Administración pública es hoy por hoy un concepto jurídicamente estricto o reducido, tiene sentido hablar de sector público, para integrar también a aquellas otras organizaciones que, aunque no son formalmente Administraciones públicas, también desarrollan actividades económicas al servicio del interés general.

17. Por otro lado, con la expresión "sector público" se expresa la idea de que algunas entidades dependientes o vinculadas a Administraciones públicas, aunque muy frecuentemente adoptan formas jurídico–privadas (sociedades de capital o fundaciones), **no son verdaderos sujetos privados**. Pasa aquí a un primer plano una comprensión no jurídica, sino organizativa y sociológica de la Administración. Esta perspectiva prescinde de las calificaciones formales (más propias de la perspectiva ju-

rídica) y simplifica la realidad económica en torno a dos tipos de sujetos: los públicos y los privados. De acuerdo con ello, un sujeto privado no es aquel que cuenta con una determinada forma jurídica, societaria o fundacional, sino el que actúa como tal sujeto privado: al servicio de intereses particulares (aunque puedan ser en parte coincidentes con intereses generales).

4. PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

18. Se puede hablar de Administración pública en singular (como un concepto abstracto que designa la suma de los órganos, departamentos o agencias administrativos de un país) o en plural, para poner de relieve la diversidad de organizaciones que responden a este concepto en un país. En este sentido, se habla genéricamente de la Administración pública española, designando así a todos los órganos y entidades administrativas de España, o de concretas Administraciones públicas: la Administración General del Estado, la Administración de la Junta de Andalucía, el Ayuntamiento de Mérida, el Instituto Aragonés de Empleo, etc. En España, a diferencia de la mayoría de los países occidentales, se habla normalmente de **Administraciones públicas** —en plural— para subrayar que existen varias organizaciones administrativas completas (cada una con sus propias funciones y medios), complejas (cada una está compuesta por una pluralidad de órganos) y diferenciadas (son independientes unas de otras). En esto ha primado una comprensión menos politológica y más jurídica de la Administración (como **sujeto** diferente e independiente de otros).

19. En España, la comprensión subjetiva y plural de la Administración incluye tradicionalmente la calificación de cada concreta Administración pública como **persona jurídica**. Este es el tenor literal del artículo 3.4 LRJSP cuando declara que "cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única". No es ya sólo que la Administración esté sometida a la ley y el resto del Derecho (como dice expresamente el art. 103.1 1 de la Constitución Española, CE), sino que su propia esencia es jurídica: se caracteriza por ser un sujeto del Derecho.

20. Desde luego que la **idea de personificación** forma parte de la cultura política occidental. En España, la doctrina académica por completo dominante viene argumentando que la personalidad jurídica le corresponde a la Administración pública (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1992: 195). Sin embargo, en la tradición continental europea tal personificación se ha proyectado más bien sobre el Estado (GALLEGO ANABITARTE, 1992:19). Ambas comprensiones de la personalidad jurídica pública muestran un mismo sentido y objetivo histórico, ya presente en el pensamiento ilustrado del Antiguo Régimen: el sometimiento del Estado (del poder del rey) al Derecho común. En su versión inicial y más recatada, este sometimiento del Estado al Derecho se limitó a la actividad patrimonial del Estado, al Estado como "fisco" (como propietario y como contratante con otros particulares). Y dado que la actividad común o patrimonial del Estado se desplegaba precisamente por la Administración (sobre todo, con la enorme expansión de la actividad administrativa en el siglo XIX) arraigó la imagen prevalente de la Administración pública como persona jurídica. Esto no supuso por sí la negación de la personalidad jurídica del Estado en su conjunto, ni impidió la idea de la doble personalidad jurídica del Estado, como sujeto patrimonial y como poder (PELÁEZ, 1849: 13-16; MEDINA, 2022:208), pero sí se generalizó la imagen prevalente de la Administración como persona jurídica. Y esta es la imagen común que ha lle-

gado hasta hoy, por mucho que el orden jurídico sea hoy por completo distinto. Con una mirada actual, la personificación jurídica de la Administración (desconocida en muchos países) presenta una relevancia teórica y práctica limitada (LÓPEZ–JURADO, 2020: 132). Si el objetivo inicial de la personificación jurídica (del Estado o de la Administración) era el sometimiento del poder al Derecho, en la actualidad este objetivo no precisa de ninguna ficción jurídica, porque es directamente la Constitución quien impone la vinculación de todos los poderes públicos a la ley y al Derecho (art. 9.3 CE), lo que incluye también a la Administración (art. 103.1 CE). En consecuencia, haya o no personificación jurídica de la Administración, su sometimiento al Derecho está asegurada. Por eso, actualmente la personificación jurídica cumple otra función: indica, más bien, el **nivel de autonomía** de cada concreta organización administrativa. La atribución legal de personalidad jurídica diferenciada (a, por ejemplo, el Organismo Autónomo Parques Nacionales, la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo, la Agencia Europea de Medicamentos o a cada ayuntamiento) indica hoy, sobre todo, una cierta capacidad de actuación autónoma de esa organización administrativa, con medios propios y sin controles intensos por parte de otra Administración pública.

21. El vasto mapa administrativo español se ordena por los artículos. 2.1 LPAC y 2.1 LRJSP en torno a dos categorías: Administraciones territoriales o generales frente a Administraciones institucionales, instrumentales o especiales (*infra* § 8.22). En la actualidad, en España hay tres tipos de Administraciones **territoriales o generales** (la Administración General del Estado, la Administración general de cada comunidad autónoma, y las Administraciones locales) de las cuales dependen otras Administraciones institucionales, instrumentales o **especiales** (organismos públicos y agencias). Además, de las Administraciones territoriales o generales y de las institucionales o especiales dependen a su vez **otras entidades** con formas jurídico–privadas (sociedades de capital y funcionales) que, aunque no son formalmente Administraciones públicas sí integran el llamado "sector público" (art. 2.2 b) LRJSP) porque gestionan servicios públicos o desarrollan tareas de interés público.

5. ADMINISTRACIÓN Y BUROCRACIA

22. Aunque en el lenguaje común es frecuente hablar de burocracia como sinónimo de Administración pública, en puridad la burocracia sólo se refiere al **elemento humano** de la Administración. Más allá de esta caracterización elemental, no hay consenso sobre cuál es el perímetro preciso de la burocracia. En ocasiones se utiliza para describir al conjunto de los empleados públicos (tanto directivos como funcionarios o contratados). Otras veces se restringe a sólo los funcionarios, o incluso sólo a las élites funcionariales de cada Administración. Cada una de estas descripciones incorpora, de forma implícita, la comprensión de la Administración en cada tiempo. Desde finales del siglo XVIII, y en el período de transición entre principio monárquico y principio democrático, la burocracia describe a las élites gubernativas del reino. Luego, el parlamentarismo y el principio de legalidad expanden una comprensión más amplia de la burocracia, como conjunto de servidores públicos que ejecutan o aplican la ley. Y durante las autocracias del siglo XX, la burocracia se ocupa no solo de la actuación cotidiana de la Administración sino, a falta de cargos electos, también de las decisiones eminentemente políticas. En cualquiera de sus acepciones, la burocracia siempre traslada la idea de servidores públicos **sin legitimidad política**

propia: conjunto de personas con cualificación técnica o profesional que actúan en estructuras jerarquizadas bajo la dirección de autoridades gubernativas y para el cumplimiento de la ley.

23. La burocracia contemporánea, aunque mantiene sus notas tradicionales de profesionalidad, jerarquía y permanencia, expresa también las mutaciones propias de la Administración contemporánea. En primer lugar, aunque la afirmación del principio de legalidad parlamentario desde principios del siglo XIX ha transmitido una imagen mecánica, neutral u objetiva de la burocracia, entendida como el brazo ejecutor de la ley, lo cierto es que también en la aplicación de las leyes hay amplios **espacios para la opción política o discrecional** (*infra* § 5.15). En segundo lugar, la diversidad de Administraciones públicas dentro de cada Estado (*supra* § 1.17) conduce también a una cierta **diversidad de burocracias**. Así, en los ayuntamientos y provincias la burocracia no ejerce funciones propiamente políticas (porque las ejercen directamente los concejales electos, integrados en los correspondientes plenos). En cambio, la burocracia del Estado y de cada comunidad autónoma incluye altos cargos (como la Directora General de Biodiversidad, Bosques y Desertificación del Ministerio de Transición Ecológica, o como el Director Territorial del Gobierno de Aragón en Teruel) que, aun no contando con legitimidad democrática directa, sí ejercen funciones políticas. También, la mayor o menor presencia de funcionarios o personal laboral en cada Administración concede más o menos relevancia a los tradicionales cuerpos funcionariales. Así, tanto en el Estado como en las comunidades autónomas los cuerpos funcionariales vertebran las correspondientes burocracias, mientras que su relevancia es menor en los ayuntamientos, donde es cuantitativamente más importante el personal laboral (contratado). Por último, la democratización del Estado en general también ha reducido el alcance de la **jerarquía** en la burocracia administrativa: por un lado, en la Administración aumentan los órganos autónomos o cuasi independientes e imparciales (como los "tribunales" económico–administrativos o los consejos de transparencia); por otro lado, en la determinación de las condiciones de trabajo participan de forma activa los sindicatos que representan los intereses de los empleados públicos; por último, en diversos ámbitos de la acción pública los órganos administrativos incorporan, junto a los empleados o cargos públicos, a representantes de entidades sociales o económicas (es el caso Iberdrola Generación S.A.U, que forma parte de la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Júcar).

24. Aunque para la ciencia de la Administración la burocracia es una categoría central, desde la perspectiva jurídica propia de este libro esa realidad administrativa se desagrega en dos ámbitos de regulación. Desde una perspectiva objetiva, la burocracia se regula como un elemento más de la **organización administrativa**. Y en perspectiva subjetiva la burocracia se regula como **empleo público** (*infr*a § 31).

24 *bis.* En su formación histórica, la burocracia, entendida en sentido amplio, es consustancial a la idea de Administración pública. Pero la Administración siempre ha contado, además de con su propia burocracia, con la colaboración o servicios de diversos **sujetos particulares**. Bien por medio de contratos con empresas (para la

prestación de servicios, o para la ejecución de obras públicas), bien por medio de autorizaciones, habilitaciones o acreditaciones a favor de determinadas empresas o personas que, de esta manera, ejercen funciones administrativas, aun no formando parte de la burocracia administrativa. Es el caso tradicional de los notarios y registradores, que aunque ejercen funciones administrativas —son fedatarios públicos— no forman parte de la burocracia administrativa. En las últimas décadas, en un contexto general de progresiva reducción de la burocracia administrativa, ha aumentado notoriamente la **externalización** de funciones administrativas. Así, por ejemplo, cada vez más leyes urbanísticas autonómicas permiten que las inspecciones de obras se lleven a cabo no por funcionarios municipales, sino por empresas acreditadas.

24 *ter*. En su conjunto, todos estos fenómenos contemporáneos, en los que la Administración actúa a través de sujetos privados (no a través de sus propios empleados y cargos públicos) se pueden calificar genéricamente como **colaboración público-privada**. Aunque son muchas las formas concretas que adopta esta colaboración, todas ellas plantean cuestiones comunes, a saber: qué tareas administrativas son susceptibles de ser gestionadas por sujetos privados (esto es especialmente trascendente en relación con las funciones administrativas de autoridad, como la práctica de inspecciones); cómo se selecciona a los colaboradores de la Administración; cómo la Administración dirige y controla la actividad de sus colaboradores; cuál es la relación entre el colaborador privado y los ciudadanos con los que interactúa o a los que presta servicios públicos; y cómo se financia la actividad del colaborador (mediante los presupuestos públicos o mediante precios o tasas de los particulares que reciben sus servicios) (VELASCO, 2023).

6. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

25. Desde la perspectiva político–constitucional de la separación de poderes, la Administración contemporánea nace **vinculada al gobierno de cada Estado**. En los albores del Estado contemporáneo, la Administración, el gobierno y el rey (o reina) integran el poder ejecutivo. Y también desde el principio los confines de la Administración, frente al gobierno, siempre han sido difusos. Ni siquiera desde un punto de vista jurídico–formal es posible distinguir con precisión entre gobierno y Administración. Así, en España **la Constitución expresamente distingue entre gobierno y Administración**, pero sin un claro criterio definitorio. Según el artículo 97 de la Constitución Española (CE), el Gobierno de España "dirige" a la Administración. También, según el artículo 103.1 CE, la Administración (no se habla del gobierno) está "plenamente sometida a la ley y al Derecho". La misma distinción se observa en los estatutos de autonomía (por ejemplo: art. 32.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura: "Corresponde a la Junta de Extremadura: (…) dirigir la Administración regional"). Más compleja es la distinción en el ámbito local. Pues por un lado se afirma que los ayuntamientos o diputaciones provinciales son Administraciones públicas (STC 214/1989, FJ 8) y por otro lado la ley dice que esas Administraciones públicas cuentan con "órganos de gobierno" (alcaldía, junta de gobierno y pleno) (arts. 22.1 a) y 123.1 a) de la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local [LBRL]).

26. Dos tipos de criterios se pueden utilizar para diferenciar el gobierno de la Administración: los organizativos o formales, y los funcionales. Desde una perspectiva **organizativa o formal** se puede sostener que el gobierno es un órgano específico del Estado o de cada comunidad autónoma, con una composición reglada por la propia Constitución o los estatutos de autonomía (un presidente, uno o varios vicepresidentes y varios ministros o consejeros). En cambio, la Administración dirigida por cada gobierno es una organización diversa y compleja (integrada por múltiples órganos). Aunque este criterio objetivo organizativo y formal es útil, presenta algunas insuficiencias. Primero, porque algunos cargos u órganos (los ministros y los consejeros) son tanto miembros de un gobierno como de la correspondiente Administración. Segundo, porque hay Administraciones (las locales y las independientes) en las que los órganos de gobierno son partes de la propia Administración, no externos y superiores a ella.

27. También se puede distinguir al gobierno de la Administración por **criterios funcionales**. El gobierno toma decisiones políticas, que se someten fundamentalmente al control político, esto es, parlamentario y electoral (SSTC 45/1990, FJ 2; 196/1990, FJ 5; 83/2016, FJ 10), mientras que la Administración aplica las leyes o ejecuta las decisiones del gobierno y se somete al control judicial. Esta distinción funcional, aunque no es incorrecta, sí es imperfecta. Porque también el gobierno adopta decisiones aplicativas de las leyes (por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la celebración del contrato de servicios de vigilancia y seguridad ferroviaria para 2022-2024). Además, en la medida en que una decisión gubernativa vulnere derechos fundamentales o infrinja las leyes, será anulable por la jurisdicción contencioso–administrativa. Del otro lado, la Administración pública también adopta decisiones políticas o con un altísimo grado de discrecionalidad (como el plan general de ordenación urbana que aprueba cada ayuntamiento); y el control judicial de las decisiones de la Administración, cuando se encuentran escasamente reguladas por las leyes (como una orden de la Consejera de Empleo y Políticas Sociales de Cantabria por la que se crean ayudas para la creación de empleo juvenil) son también poco fiscalizables por la jurisdicción contencioso–administrativa (*infra* § 5.20).

7. FUENTES DE LEGITIMIDAD

28. La legitimidad es la razón por la que los ciudadanos, organizados como comunidad política, aceptan la existencia y el poder de la Administración. En los países occidentales es hoy incuestionable que la **democracia** es la fuente de legitimidad de todo el Estado y, por tanto, de la Administración pública. Si a finales del Antiguo Régimen —y hasta bien entrado el siglo XIX— la Administración era una prolongación del poder real, y, por tanto, el propio principio monárquico que sostenía el poder real legitimaba también a su Administración, las revoluciones liberales desde finales del siglo XVIII y sus correspondientes constituciones erigieron al principio democrático como fuente única de legitimidad del poder público. En lo que hace a la Administración, la legitimidad democrática tomó forma de **principio de legalidad**:

si la soberanía nacional reside en la asamblea parlamentaria, la Administración será legítima en la medida en que se someta por completo a la ley.

29. Este sencillo enunciado, propio de una comprensión eminentemente político–jurídica de la Administración, ha permanecido hasta nuestros días, pero muestra claras señales de insuficiencia o agotamiento. La legitimidad de la Administración por medio del sometimiento a la ley ("dominación racional", en términos weberianos) puede ser adecuada para el tipo ideal de Administración de policía o intervención, característica del Estado y la democracia liberales de principios del siglo XX, pero muestra insuficiencias explicativas cuando, con el **Estado de bienestar**, se pierde la perspectiva del poder como "dominación" y se expande el tipo ideal de Administración igualadora o redistributiva, justificada por los fallos del mercado y orientada teleológicamente al bienestar de los ciudadanos. En ese nuevo contexto la Administración se legitima también por su función, por ser un instrumento idóneo para la efectividad del Estado social. La ley no pierde, ciertamente, su función legitimadora de la Administración. Pero no es ya la única fuente de legitimidad racional. En nuestro tiempo la Administración se abre a **nuevas formas de legitimidad**, unas complementarias y otras alternativas a la legitimidad democrática. Se habla así, en primer lugar, de la *out–put legitimacy*, esto es, de una legitimidad de la Administración basada en sus resultados, en el grado de cumplimiento de sus tareas características. Se habla también de la transparencia y la participación ciudadana como formas complementarias de legitimidad administrativa. Además, la llamada "buena administración", categoría que describe ciertas formas cualificadas de actuación de la Administración, actúa hoy también como fuente de legitimidad.

30. Se podría afirmar que, si bien **el principio de legalidad establece un estándar básico y mínimo de legitimidad** para toda clase de Administración, cada tipo o forma de Administración pública cuenta con más o menos fuentes complementarias de legitimidad. Así, por ejemplo, la Administración local frecuentemente cuenta con una doble legitimidad democrática: la que proviene del principio de legalidad (el sometimiento de los ayuntamientos a la ley parlamentaria) y la que deriva de la elección directa por los vecinos de sus órganos de gobierno (el consejo o asamblea municipal e incluso en algunos países también el alcalde). En esa medida, la Administración local no precisa de fuentes complementarias de legitimidad. Como contrapunto, hay Administraciones públicas, como las agencias independientes de la Unión Europea, cuyo funcionamiento está escasamente regulado por la ley; y por eso mismo, para complementar su baja legitimidad democrática, son muy transparentes o participativas. En suma, hay tantos niveles de legitimidad como tipos o formas de Administración pública.

8. TIPOS Y MODELOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

31. La variedad de Administraciones públicas en el mundo hace necesaria una cierta racionalización explicativa, mediante tipos o modelos administrativos. Estos tipos y modelos no se corresponden con concretas Administraciones públicas, ni históricas ni presentes. Son conceptos abstractos que permiten sistematizar y entender mejor cómo son y qué hacen las distintas Administración públicas efectivamente existentes. Dada la pluralidad de perspectivas analíticas sobre la Administración, podemos encontrar tipologías y modelos explicativos más o menos apegados a **cada**

disciplina académica. Así, la ciencia de la Administración nos aporta varios modelos administrativos: clientelar, burocrático, gerencial o de gobernanza. También la ciencia de la Administración (y antes la ciencia de la policía) comparte con el Derecho administrativo una tipología de actividades administrativas (de intervención o policía; de prestación o de servicio público; y de fomento) y una tipología organizativa (burocrática o por departamentos, frente a agencias o Administración "de misión").

8.1. Modelos administrativos

32. La ciencia política y de la Administración reconoce de forma tradicional cuatro modelos administrativos. Está, en primer lugar, el modelo **clientela**r, en el que la Administración depende o está capturada por determinados grupos sociales o de interés. Este no es sólo un modelo histórico, sino también presente en las Administraciones penetradas por los partidos políticos. El modelo **burocrático o racionalizado** descansa sobre tres ideas elementales: la separación entre las decisiones políticas (expresadas en leyes y acuerdos gubernativos) y su ejecución administrativa; el carácter objetivado o aplicativo (despolitizado) de la actividad administrativa; y la profesionalidad de los empleados públicos, reclutados con criterios de mérito y capacidad. El modelo **gerencial** responde al movimiento académico y político del *New Public Management*, que ha protagonizado la renovación administrativa desde la década de 1980. En este modelo la Administración imita las formas de actuación empresarial, de ahí su interés por la calidad de los servicios, la eficiencia en la gestión, la flexibilidad funcional, la descentralización en la provisión de servicios o la formación y el reciclaje continuo de los empleados públicos. Un último modelo administrativo, el más contemporáneo, sería el de **gobernanza.** Se parte en él de la pluralidad de actores públicos y privados, cada uno de ellos con diferentes capacidades y distintos intereses. La gobernanza administrativa consiste precisamente en insertar a todos estos actores en una red funcional única que tome en cuenta las distintas perspectivas y aproveche las distintas capacidades (conocimiento, capacidad financiera, etcétera).

8.2. Tipos organizativos

33. A lo largo del siglo xx, en algunos países de la Europa continental hizo fortuna la distinción elemental entre organizaciones con base asociativa (**corporaciones**) y organizaciones con sustrato patrimonial (**fundaciones**) o especialización funcional (**establecimientos**). El criterio distintivo estaba en la asociación de personas (propia de la corporación) frente al elemento de misión o fin característico, propio tanto de las fundaciones como de los establecimientos públicos. Sin haber perdido por completo su utilidad original, la oposición entre asociación y finalidad característica ha ido perdiendo eficacia explicativa. En nuestro tiempo ha ganado predicamento la distinción entre Administraciones **territoriales**, portadoras de fines amplios o cuasi universales, y Administraciones instrumentales, **funcionales**, o "de

misión". Más recientemente se ha propuesto también la simple distinción entre Administraciones generales y Administraciones especiales (*infra* § 8.23), con la que se pretende eludir tanto la oposición corporación *versus* fundación, como la distinción entre Administraciones territoriales e instrumentales.

34. En otros países se habla, más que de tipos de Administraciones públicas, de **tipos organizativos** de la Administración pública. Se distingue así de forma estructural entre los **departamentos y las agencias**, o entre diversos tipos de agencias (reguladoras, ejecutivas, etc.). Los departamentos son estructuras organizativas primarias, burocráticas, simétricas, jerarquizadas, con múltiples funciones decisorias y, con frecuencia, estrechamente vinculadas a concretos cuerpos de funcionarios. Las agencias son entidades derivadas y asimétricas, normalmente conectadas a un departamento, para tareas o funciones muy específicas y acotadas, y más flexibles en su organización y empleo. Un rasgo normalmente distintivo entre departamento y agencia (e incluso entre agencia ejecutiva y agencia reguladora) es su **grado de autonomía** o separación respecto de un órgano de gobierno político, con legitimidad democrática. Las estructuras organizativas más vinculadas al gobierno político son departamentos; las estructuras más autónomas funcionalmente (incluso a veces independientes) son agencias. La diferenciación entre departamentos y agencias también resulta de la distinción funcional entre los órganos que **definen políticas públicas** (los departamentos) y los órganos u organizaciones que prestan servicios públicos materiales (agencias).

35. La **Administración norteamericana** conoce la distinción entre departamento y agencia. Lo que marca la singularidad de cada concreta agencia es la clase de funciones que ejerce (regulatorias o aplicativas) y el nivel de independencia que ostenta (respecto de los gobiernos políticos). Tenemos así, como tipos empíricos extremos, las *Regulatory Commissions* (con funciones tanto normativas —por delegación— como aplicativas y con un alto nivel de independencia funcional) y las *Executive Branch Agencies*, eminentemente aplicativas y con escasa autonomía regulatoria. También en Reino Unido la distinción entre departamentos y agencias, aunque es relativamente reciente (desde mediados de los años sesenta del siglo XX) tiene valor estructural. Aunque los rasgos característicos de los departamentos y de las agencias británicas no son simétricos a los de sus homónimos norteamericanos. Se distingue en Gran Bretaña entre los departamentos, las agencias ejecutivas y las entidades públicas no departamentales (*Non–departmental Public Bodies: NDPBs*).

36. Las diversas formas organizativas de la Administración surgen en concretos contextos político–jurídicos. Y se deben a esos concretos contextos. Pero las formas organizativas, una vez ensayadas en un concreto Estado o para una concreta política pública, se extrapolan. En ciencia de la Administración a esto se le llama **isomorfismo administrativo**. Las virtudes del isomorfismo están en el ahorro de costes de innovación, porque se trasladan las formas organizativas ya experimentadas con éxito.

37. El **problema del isomorfismo** está en la posible inidoneidad de una forma organizativa fuera del concreto ecosistema político, jurídico y social en el que ha nacido. Así ha ocurrido en la Europa continental, donde los departamentos, forma organizativa tradicional de las Administraciones públicas desde los inicios del siglo XIX, conviven hoy con agencias independientes (inspiradas, fundamentalmente, en los Estados Unidos). El traslado es problemático porque el modelo de agencias independientes norteamericano descansa sobre tres pilares: una doble relación institucional de la agencia con el Congreso federal (o con las correspondientes cámaras legislativas de los Estados federados) y con la presidencia o el gobernador estatal; el carácter frecuentemente bipartidista de su órgano colegiado de dirección; y

un control judicial muy contenido. Este modelo de legitimidad institucional es de difícil traslación a la Europa continental, con una Administración fuertemente basada en el principio de legalidad (cuanta más densidad legal, más legitimidad de la Administración) y en un control judicial intenso (a la medida de la propia densidad de la regulación legal). La más amplia autonomía, propia de las agencias, desborda la concepción misma de la Administración pública de los Estados europeos y desencadena la búsqueda de nuevos instrumentos de legitimación para las agencias (*supra* § 1.29).

8.3. Tipos de actividad administrativa

38. Dos son los tipos elementales de actuación administrativa: de **policía o intervención y prestadora**. Una tipología también bimembre, aunque parcialmente distinta, distingue entre actividad de autoridad o poder y actividad de gestión. En la distinción elemental entre actividad de intervención o de policía y actividad prestacional, el criterio diferenciador está en los efectos de la actividad administrativa sobre los ciudadanos: efectos gravosos o favorables. Esta distinción binaria se convirtió en estructural a partir de la segunda posguerra mundial, con el nacimiento constitucional del Estado social y la multiplicación de la actividad prestacional del Estado. Aún hoy, si bien la actividad de policía o intervención ha dado lugar a un concepto más amplio (el de Administración ordenadora), la distinción binaria elemental muestra una alta utilidad sistematizadora.

39. La innegable eficacia ordenadora del binomio Administración de policía o intervención *versus* Administración prestadora no puede perder de vista algunas realidades que relativizan o erosionan su eficacia explicativa. En primer lugar, de siempre han existido actuaciones administrativas **con doble efecto** (prestación–limitación), porque simultáneamente benefician a un destinatario y perjudican a otro. Por ejemplo, la orden de cierre de un local nocturno ruidoso puede ser visto como actuación administrativa prestacional (a favor de los residentes del edificio) y como la restricción de un derecho (el de libre empresa del titular del local). Además, la expansión y sofisticación de la actuación administrativa aporta a ambos tipos de actividad administrativa (de intervención y prestacional) una cierta función **complementaria**. Así, en los servicios públicos básicos para la ciudadanía, como el transporte público, tanto hay prestación como también policía o intervención (para garantizar el correcto acceso de todos al servicio).

40. Sin contestar abiertamente las tipologías funcionales bimembres, en España ha arraigado, desde la mitad del siglo XX, una clasificación trimembre, la que distingue entre Administración de **policía, de servicio público y de fomento.** Lo característico del "fomento", como tercer tipo característico de actividad administrativa, sería su carácter prestacional indirecto: no prestaría servicios concretos a los ciudadanos, sino medios o ayudas económicas u otros incentivos para conseguir fines de interés general (JORDANA DE POZAS, 1949: 48).

41. En cada momento histórico, policía, fomento y servicio público han pretendido ser, más que simples tipos de actuación, **conceptos explicativos del conjunto de la actividad administrativa**. Históricamente, ya en el siglo XVIII en la Europa continental la idea de policía (actuación pública para garantizar el libre ejercicio de los derechos individuales) describía toda la actividad de la Administra-

ción, incluso aquella de contenido prestacional. El fomento de la riqueza nacional (de la industria, el comercio y la hacienda) es un concepto muy presente en el pensamiento ilustrado hacia finales del siglo XVIII; y se formula originalmente no como un tipo de actividad estatal, sino como argumento legitimador para toda intervención del Estado (la monarquía) en la vida y bienes de las personas. En tanto que argumento legitimador del poder, la idea general del "fomento" abarcaría incluso a la de policía, entendida como una forma de fomento del interés general. El servicio público es el tercer tipo de actividad administrativa, junto a la policía (intervención, ordenación) y el fomento. En el planteamiento de Duguit a principios del siglo XX en Francia, el servicio público describe no un concreto tipo de actividad, sino el conjunto de la actividad administrativa dirigida a la consecución del interés general. Actualmente, la policía, el fomento y el servicio público ya no se entienden como explicaciones sucesivas para el conjunto de actividad administrativa, sino como tipos o modalidades de actuación de la Administración contemporánea.

42. Son muchas las **objeciones** a la clasificación bipartita (intervención *versus* prestación) o tripartita (policía, servicio público y fomento) de la actividad administrativa. Se critica, sobre todo, su **insuficiencia** para abarcar fenómenos contemporáneos (como la actividad administrativa arbitral, la actividad industrial del Estado, la gestión patrimonial, o la gestión de la información en bancos de datos públicos); y su incapacidad para describir las **transformaciones actuales** de los fines y las técnicas características de cada uno de aquellos tipos clásicos. Así, el concepto clásico de policía administrativa no describe bien su orientación contemporánea hacia la gestión de riesgos y la intensificación de las técnicas de intervención *ex post* (*infra* § 22.5 y 22.68). Tampoco el concepto tradicional de servicio público describe bien la progresiva sustitución de la actividad prestacional por la actividad administrativa de garantía de las prestaciones por operadores privados (*infr*a § 23.5). Por último el concepto clásico de fomento tampoco abarca hoy fácilmente ciertos modos sofisticados de dirección o manipulación de la conducta de los ciudadanos que van desde el *marketing* y la publicidad —mediante la utilización de sellos, etiquetas y marcas— hasta el uso de los *nudge*s o acicates (*infr*a § 24.73).

43. En nuestro tiempo, el debilitamiento más determinante de la distinción nuclear entre intervención y prestación, o entre policía, fomento y servicio público, proviene de la progresiva teorización de la "Administración garante" (ESTEVE, 2015: 23). La **Administración garante** sería aquella que no presta servicios (ni directa ni indirectamente) sino que se ocupa de asegurar que la sociedad misma (los sujetos privados que compiten en el mercado) efectivamente desarrollen aquellas tareas consideradas como de interés general. Sin duda que **la idea de "garantía"** es útil para describir los fenómenos contemporáneos de retirada del Estado en la prestación de una buena parte de los servicios públicos establecidos tras la segunda guerra mundial y en el marco del emergente Estado social. Pero ya es más dudoso que la "Administración garante" sea un tipo alternativo de actividad administrativa. Pues, en puridad, la Administración garante se caracteriza por la sustitución progresiva de la actividad prestacional administrativa (directa o indirecta) por actividad de policía, renovada en su instrumentario (que ahora incluiría, además de las técnicas tradicionales de regulación, inspección o sanción, otras más actuales como la información administrativa al público) (*infr*a § 25.38).

43 *bis*. Desde la perspectiva económica, la importancia de la competencia en el mercado interior europeo está alumbrando la distinción entre **actividad administrativa de autoridad y económica**. Aunque esta distinción no es nueva, y guarda relación con la diferencia francesa de principios del siglo XX entre "autoridad" y "gestión" administrativas, ahora cobra un nuevo significado. Distingue entre la Administración que actúa al margen del mercado, ejerciendo funciones singulares (muchas de ellas de autoridad) no comunes a otros sujetos, y la Administración que actúa **en el mercado**, sometida a las

mismas o similares reglas económicas y jurídicas (como el Derecho de la competencia) que rigen para el conjunto de operadores jurídicos.

9. LA ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA

44. La Administración actual es el resultado de múltiples factores sociales, políticos, económicos y jurídicos que se han ido sucediendo a lo largo de la historia, y en especial desde los inicios del siglo XIX. En este acarreo histórico, el tiempo actual también está contribuyendo a moldear la Administración pública. En nuestro tiempo, la Administración se ha abierto más a la complejidad y la diversidad, tanto social como territorial; ha multiplicado su actividad internacional; busca la legitimidad no sólo en la ley, sino también a través de la eficacia; busca la sostenibilidad (tanto económica como ambiental y social); y sobre todo, incorpora en su funcionamiento sofisticadas tecnologías de la información y la comunicación.

45. En las tres últimas décadas, la Administración ha incorporado masivamente la ingeniería electrónica en la firma de documentos, las notificaciones, los registros, o el funcionamiento de los órganos colegiados. Todo ello ha permitido hablar de e–Administración o Administración electrónica. En nuestro tiempo se habla de Administración **digital** para abarcar también la utilización de algoritmos, de inteligencia artificial, de bases masivas de datos (*big data*) y de *blockchain*. La Administración digital se sirve de la tecnología informática para sus **procesos internos** (elaboración de decisiones, gestión y control económico, conexiones de datos entre órganos administrativos), para las relaciones **con otras Administraciones públicas** nacionales o extranjeras (control el integrado de las fronteras *Schengen* mediante el sistema informático SIS–II) y para las relaciones con los **particulares** (procedimientos administrativos electrónicos, participación ciudadana, prestación inteligente de servicios públicos, transparencia a través de internet, comunicación con la ciudadanía por redes sociales, traslado de información y apertura de bancos de datos a los ciudadanos y las empresas).

46. La digitalización administrativa unas veces modula las estructuras y funcionamiento de la Administración precedente y otras veces da lugar a fenómenos y realidades administrativas por completo nuevas. Hay **adaptación** en la incorporación del teletrabajo (donde no se cambian funciones ya existentes, sino el lugar de su realización) o en el funcionamiento telemático de los órganos colegiados. Y hay **novedad** en la actuación administrativa mediante algoritmos (que programan decisiones administrativas automáticas o dirigen servicios públicos de forma automatizada, como ocurre con los transportes públicos en las *Smart cities*) y en el uso de la inteligencia artificial, mediante la cual una máquina puede aprender de la realidad o de su propia experiencia y formar o corregir los algoritmos que aplica: es el caso de los algoritmos para la prevención de riesgos naturales o de fraudes e infracciones, que se corrigen por los propios ordenadores a partir de la práctica.

47. Todos estos cambios tecnológicos afectan a los fundamentos y características de la Administración pública tradicional. Así, por ejemplo, la automatización de

muchas actuaciones administrativas repetitivas hace innecesarios muchos **puestos de trabajo** de gestión administrativa, y en cambio aumenta la demanda de empleados públicos expertos en programación y diseño de procedimientos electrónicos. La transparencia administrativa a través de internet —cuando es plena y real— actúa como una nueva fuente de **legitimidad** de la Administración y permite aligerar los controles administrativos internos a través de funcionarios especializados, como los interventores. También, la digitalización permite una mayor comunicación entre particulares y órganos administrativos, lo que facilita tanto la **Administración multinivel** como la incorporación masiva de particulares en procedimientos administrativos (como ocurre con procedimientos electrónicos de **participación ciudadana**). Todas estas transformaciones se inician en la práctica administrativa, pero acaban por ganar carta de naturaleza en las leyes administrativas.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1 Bibliografía citada

Marcos ALMEIDA CERRADA, "Historia de la Ciencia del Derecho Administrativo en España", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–Sâo Paulo, 2021, pp. 329-376.

Jacques CHEVALLIER, *L´État postmoderne*, 5ª ed., LGDJ, París, 2017.

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

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público", *Revista de Administración Pública*, núm. 129 (1992), pp. 195-207.

Luis JORDANA DE POZAS, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48 (1949), pp. 41-54.

Francisco LÓPEZ–JURADO, "Los criterios doctrinales de clasificación de las organizaciones administrativas", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1 (2020), pp. 101-146.

Luca MANNORI, "Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, traducción del original italiano (1997) por Julia Solla y Alejandro Agüero, núm. 15 (2007), pp. 125-146.

Luis MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires–Sâo Paulo, 2022.

Alejandro NIETO, *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Julián PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico–práctico de la organización, competencia y procedimiento en materias contencioso–administrativas*, Imprenta D.B. González, Madrid, 1849

Jos C.N. RAADSHELDERS, *Handbook of administrative history*, Transaction Publishers, New Brunswick, N.J., 1998.

Francisco VELASCO CABALLERO, "La Administración en la colaboración público-privada", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 67 (2023), pp. 36-66.

10.2. Bibliografía complementaria recomendada

Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Dir.), *La Administración digital*, Dykinson, Madrid, 2022.

Manuel ARENILLA SÁEZ, "Marco teórico actual de la Administración Pública", en Manuel ARENILLA SÁEZ, *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, Oleiros (A Coruña), 2011, pp. 1-138.

Carles RAMIÓ, *La administración pública del futuro (horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2017.

Carles RAMIÓ, *Inteligencia artificial y Administración pública*, Catarata, Madrid, 2019.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23 (2017), pp. 107-143.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 67-87
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L02
© M. Mercè Darnaculleta Gardella
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 2
DERECHO ADMINISTRATIVO

M. Mercè Darnaculleta Gardella
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO.—2. FINES Y FUNCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—3. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN: 3.1. El Derecho administrativo como Derecho propio de la Administración pública; 3.2. El carácter relativo de la correlación entre Derecho administrativo y Administración pública; 3.2.1. El empleo del Derecho común por la Administración pública; 3.2.2. La expansión del Derecho administrativo extramuros de la Administración.—4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO ORDENAMIENTO; 4.1. Estructura; 4.2. Características.—5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO CIENCIA; 5.1. La función dogmática del Derecho administrativo; 5.2. La apertura conceptual, geográfica y metodológica.—6. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DISCIPLINA.—7. BIBLIOGRAFÍA; 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Esta lección tiene por objeto ofrecer una **introducción** convencional al Derecho administrativo español contemporáneo. Sin embargo, para facilitar su lectura, resulta conveniente explicitar que, si bien la estructura de la lección se articula en torno a una aproximación propiamente jurídica del Derecho administrativo, su contenido incorpora **otras perspectivas metodológicas**, que reflejan el proceso actual de apertura de esta disciplina.

2. En esta línea, y con carácter previo a la introducción a los fines y funciones del Derecho administrativo y su conceptualización, deben realizarse algunas precisiones con el objeto de facilitar la comprensión de este fenómeno. En concreto es necesario advertir que, desde una perspectiva lingüística, la expresión "Derecho administrativo" posee carácter polisémico; desde una perspectiva fenomenológica, el Derecho administrativo es una realidad universal en la actualidad, que presenta rasgos diversos en función del contexto histórico, geográfico y jurídico en el que se desarrolla; y, desde una perspectiva cognitiva, la aproximación a esta realidad está afectada, entre otros, por sesgos ideológicos, sesgos de escuela y por los sesgos culturales propios de cada tiempo y lugar (MIR, 2025).

3. La expresión "Derecho administrativo", desde una **perspectiva lingüística**, posee diversas acepciones, puesto que alude a tres fenómenos diferentes, aunque complementarios. En una primera acepción, la mencionada expresión se refiere a una rama del **ordenamiento** jurídico que tiene por objeto específico la regulación de los fines, la estructura y la dinámica de actuación de las Administraciones públicas. El Derecho administrativo como ordenamiento es, hoy en día, una realidad universal, en la medida en que, a pesar de su diversidad tipológica, existen Derechos administrativos en todo el mundo.

4. En una segunda acepción, la observación y análisis del ordenamiento jurídico–administrativo y la formulación de enunciados científicos o explicativos de esa realidad permiten hablar del Derecho administrativo como **ciencia**. La ciencia del Derecho administrativo tiene como precedentes la Cameralística y la ciencia de la policía, con los que, a finales del Antiguo Régimen, en el continente europeo se dan los primeros pasos para la construcción del Derecho público. Esta ciencia se consolida gracias a las grandes construcciones doctrinales elaboradas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Francia, Italia, Alemania y, en España, culmina con la generación de la Revista de Administración Pública a mediados del XX. En la actualidad estamos asistiendo al surgimiento de una nueva ciencia del Derecho administrativo, derivada de un proceso de reforma, basado en el análisis comparado y la interdisciplinariedad, que ha sido calificado como un proceso de crisis, de ruptura o incluso de transformación radical del Derecho administrativo.

5. La tercera acepción de la locución "Derecho administrativo" se refiere a este objeto como materia propia de una **disciplina académica**. La enseñanza del Derecho administrativo como disciplina se nutre del ordenamiento jurídico–administrativo, de las aportaciones de la doctrina científica clásica y de las aportaciones más relevantes de la doctrina contemporánea.

6. En España, el estudio de esta materia se introdujo por primera vez a mediados del siglo XIX, en el **primer plan de estudios la Facultad de Jurisprudencia**. Los planes de estudios de las facultades de jurisprudencia y de Derecho, aprobados en el período comprendido entre 1845 y 1900, fueron ampliando el peso relativo de esta disciplina, que se explicaba en el marco de una asignatura que recogía los contenidos del Derecho público de finales del siglo XIX, con denominaciones diversas —como "Derecho Político y Administrativo" o "Derecho público y Derecho administrativo español"—. En el año 1900, mediante el Real Decreto, de 1 de agosto de 1900, se introdujo una reforma en el plan de estudios de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales mediante la cual el "Derecho administrativo"

adquirió plena autonomía, impartiéndose como una asignatura autónoma en el tercer año de carrera (ALMEIDA, 2021: 359).

7. En cualquiera de las tres acepciones mencionadas, el Derecho administrativo presenta rasgos diversos, en función del **tiempo y lugar** de referencia, en consonancia con la configuración del Estado y de la Administración de un momento histórico y un ámbito geográfico determinados. El origen del Derecho administrativo se vincula convencionalmente al nacimiento del Estado de Derecho, el reconocimiento de la soberanía popular y la división de poderes, con la consiguiente adscripción de la Administración en el poder ejecutivo, de modo que juegan un papel relevante en su configuración tradicional la vinculación de la Administración al Derecho (principio de legalidad) y el control jurídico de la Administración (*infra* § 3.48-50).

8. La comprensión más común del Derecho administrativo, estrechamente vinculada al Estado de Derecho y al principio constitucional se separación de poderes, se ha formado progresivamente (desde principios del siglo XIX) en determinados países de **Europa continental** —Francia, Italia, Alemania y España— y ha tenido una notable influencia en los Derecho administrativos de Latinoamérica. Sin embargo, en la actualidad conviven diversos tipos y concepciones del Derecho administrativo **en todo el mundo** —también en el Reino Unido y Estados Unidos y, de forma más reciente, incluso en diversos países del continente africano y de extremo oriente—. Asimismo, se observa que han existido y siguen existiendo Derechos administrativos **sin Estado de Derecho** —como los Estados autoritarios de la Alemania nazi, la España franquista o la actual República Popular China— (VELASCO, 2021: 38).

9. El Derecho administrativo se ha configurado tradicionalmente como un Derecho de **Estado** y, más en concreto, como un Derecho aplicable a la Administración, en tanto que parte del poder ejecutivo del Estado. Por esta razón, la configuración del Estado —centralizado o descentralizado, autoritario o democrático, liberal o social— y de la Administración —más o menos interventora, prestadora de servicios o meramente reguladora— explican también la densidad y el contenido de los distintos Derechos administrativos existentes.

10. La aprobación de la Constitución de 1978 —que define el Estado español como un Estado social y democrático de Derecho, que se organiza territorialmente en comunidades autónomas, provincias y municipios— y la integración en la Unión Europea —con la consiguiente participación de las Administraciones públicas nacionales en la Unión administrativa europea— han conducido a una **desestatalización** del Derecho administrativo vigente. Esto es, el Derecho administrativo no se produce sólo por el Estado central (también procede de la Unión Europea, de las comunidades autónomas y de las entidades locales) y se aplica no sólo a la Administración estatal, sino a una pluralidad de Administraciones públicas de ámbito *infra* y *supra* estatal (*infra* §§ 4.60 y 73-76). Por otro lado, en la actualidad, el contenido del Derecho administrativo viene predeterminado por la **constitucionalización** de los fines y los límites de la actuación administrativa (por ejemplo, el Derecho administrativo que regula el empleo público está dirigido y limitado por el principio de imparcialidad de los funcionarios: art. 103.3 de la Constitución Española [CE]) (*infra* §§ 4.1-8) y por la **europeización** tanto de los sectores de referencia del Derecho administrativo (así, por ejemplo el Derecho administrativo ambiental que se aplica en España es un desarrollo de previos reglamentos y directivas de la Unión Europea)

como de sus principales instituciones e instrumentos jurídicos (desde la contratación administrativa hasta las técnicas de intervención clásica, como la autorización administrativa, el servicio público o las ayudas públicas) (*infra* § 12.7).

11. La apertura actual de los Estados, fruto del proceso de regionalización, internacionalización y **globalización** de la economía, está dando lugar a la aparición de un Derecho administrativo europeo y un Derecho administrativo internacional o global, aplicable a las organizaciones internacionales y a las redes transnacionales de regulación (LEÑERO/DARNACULLETA, 2021: 674). Piénsese, por ejemplo, en las crecientes regulaciones y estándares financieros internacionales, tanto vinculantes como no vinculantes, que afectan directamente a las diversas Administraciones públicas de España (*infra* § 2.41)

12. La relevancia y la expansión actual, en términos funcionales y geográficos, del Derecho administrativo contrasta sin embargo con un **sesgo ideológico y cultural** que atribuye una connotación marcadamente negativa de esta rama del Derecho. Constituye un lugar común en la actualidad identificar el Derecho administrativo con los **obstáculos** procedimentales que dificultan la concreción y la implementación de políticas públicas, el acceso a ayudas o servicios sociales o la libertad económica. Los trámites administrativos, propios de una concepción garantista del Derecho administrativo, se consideran un lastre para la economía y una carga innecesaria para los ciudadanos que hay que superar a toda costa. La penetración de una concepción economicista de la regulación propia del Derecho regulatorio angloamericano en el Derecho administrativo continental europeo propicia, precisamente, la desregulación y, con ella, la desconfianza en las fórmulas tradicionales de intervención de la Administración en la economía y en la sociedad (*infra* § 25.14). De poco sirve para combatir esta situación la razón científica, que intenta convencer a los destinatarios del Derecho administrativo de que esta rama del ordenamiento tiene por objeto la persecución del interés general y la limitación del poder de la Administración, a la que se ha dotado de prerrogativas exorbitantes para hacerlo efectivo (*infra* § 15.5 y § 34.1-2)

13. La reticencia que despierta el Derecho administrativo se suma a la especial **complejidad** que caracteriza esta rama del ordenamiento, formada por un denso y extenso laberinto de disposiciones normativas de múltiples niveles, cuyo ámbito subjetivo, objetivo y temporal de aplicación es diverso y cambiante, lo que dificulta la tarea de exponer de forma clara su contenido sin caer en la simplificación (el régimen jurídico de la contratación del sector público resulta particularmente ejemplificativo de esta complejidad [*infra* §§ 19.8-13 y 26 y § 2.43]). Los estudiantes, los profesores y los operadores jurídicos deben lidiar con estereotipos y prejuicios que identifican el Derecho administrativo con una materia particularmente difícil, aburrida, árida y gris. En este contexto, es particularmente relevante señalar la **importancia** y la belleza de una rama del Derecho que afecta a todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos —que los acompaña en el nacimiento, la salud, la enfermedad y la tumba (*infra* § 23.36)—, que los protege frente a todo tipo de riesgos —naturales, tecnológicos, industriales, ambientales, sanitarios o financieros (*infra* § 22.17)—, que resulta determinante para la provisión de los servicios públicos —para la provisión del agua, la vivienda, la educación, la salud, la electricidad, el transporte o la energía— (*infra* § 23.1) y que protege y salvaguarda los recursos naturales —los ríos, las playas, los

humedales y los montes (*infra* § 30.31)— para su disfrute por parte de las generaciones presente y futuras. La satisfacción efectiva de estos fines depende de la correcta formulación y aplicación del Derecho administrativo, cuyo conocimiento resulta indispensable, no sólo para resolver los grandes temas que tiene planteada nuestra sociedad, sino también para orientarse en cuestiones tan cotidianas como la solicitud de una beca (*infra* § 15.54-58) o el pago de una multa (*infra* § 27).

2. FINES Y FUNCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

14. De acuerdo con la configuración constitucional de la Administración pública (art. 103.1 CE), el Derecho administrativo tiene por **finalidad** garantizar que la Administración pública sirva con objetividad los **intereses generales**, cumpliendo con eficacia las funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico (*infra* § 4.1). En el Derecho administrativo de corte continental europeo la satisfacción de esta finalidad ha venido acompañada, junto a la atribución de los medios económicos, materiales y personales necesarios para garantizar su cumplimiento efectivo, de la atribución de diversas prerrogativas o potestades extraordinarias para la Administración (como la potestad sancionadora —*infra* § 27—, la potestad de decisión ejecutiva —*infra* § 17.19— y la potestad de ejecución forzosa de sus decisiones —*infra* § 17.82—), no disponibles para las personas privadas. De acuerdo con ello, el Derecho administrativo gira en torno a dos ejes fundamentales: la regulación del alcance y los límites de las potestades exorbitantes; y la regulación de la gestión interna de los recursos públicos atribuidos a la Administración. El primer eje incluye la atribución por ley de potestades administrativas (inspectora —*infra* § 22—, sancionadora —*infra* § 27—, expropiatoria —*infra* § 26—), la regulación de las garantías procedimentales para su ejercicio —*infra* § 15— y su sometimiento a control judicial —*infra* § 34—. Las normas derivadas de este primer eje tienen por finalidad **embridar el poder** de las Administraciones públicas y garantizar la **eficacia** de su actuación. El segundo eje incluye las reglas de adquisición, administración y gestión del personal —*infra* § 31—, los bienes —*infra* § 30— y los recursos económicos y financieros de la Administración —*infra* § 29— y tienen por finalidad garantizar la transparencia, la objetividad y la **eficiencia** en la gestión de recursos públicos.

15. En consonancia con estos fines, el Derecho administrativo cumple diversas funciones, que pueden sintetizarse en las funciones de legitimación, dirección y control de la Administración. En primer lugar, el Derecho administrativo **legitima** la actuación de la Administración, la hace jurídicamente admisible (por ejemplo, la consejera de Sanidad de Aragón puede ordenar el cierre urgente de establecimientos de ocio, para evitar el contagio de un virus, porque así se lo permite el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud p*ública*).

16. La función legitimadora ha sufrido una importante **transformación** a partir de la configuración constitucional actual del Estado como social y democrático de Derecho. En el modelo de Estado liberal la Administración, en tanto que vinculada al poder ejecutivo, carecía de la legitimidad democrática propia del parlamento y operaba en un contexto en el que se predicaba su intervención mínima en

la sociedad. En este contexto, cualquier actuación administrativa destinada a ordenar la actividad de los particulares, prestar los servicios públicos o fomentar las iniciativas privadas de interés social requería una habilitación legal previa. Al ser la ley la fuente principal de legitimidad de la Administración se entendía que ésta debía limitarse a ejecutar su contenido, de acuerdo con el principio de vinculación positiva (a diferencia de los ciudadanos que, de acuerdo con el principio de vinculación negativa pueden hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por ley). Con la aprobación de la Constitución española de 1978 esta función legitimadora del Derecho administrativo ha perdido parte de su sentido, en la medida en que **la Constitución es fuente de legitimidad directa** de la Administración pública y le atribuye también directamente mandatos de actuación que legitiman su intervención en la sociedad. En este contexto las leyes administrativas siguen siendo fuente de legitimidad de la Administración —que está vinculada a "la ley y al Derecho" (art. 103.1 CE)—, pero en su defecto, y salvo en los casos de reserva material de ley, es la Constitución quien autoriza o legitima la actividad administrativa (*infra* § 4.13). Surgen, además, nuevas formas de legitimidad, basadas en la eficacia, en la participación directa o en la orientación ética de la actividad administrativa (*supra* § 1.29).

17. La **función de dirección** se concreta principalmente en los mandatos de actuación contemplados en la Constitución y desarrollados por el Derecho administrativo sectorial que obligan a la Administración a cumplir determinados objetivos (como la protección de la salud, del medio ambiente o del patrimonio histórico, o el acceso a la vivienda, la educación y cultura) y a garantizar la prestación de determinados servicios al territorio (transportes, telecomunicaciones, abastecimiento y distribución de agua, electricidad o energía) y a las personas (sanidad, educación y servicios sociales) (*infra* § 4.42). En cumplimiento de esta función el Derecho administrativo puede programar hasta el último detalle la actuación administrativa o puede otorgar cierta libertad de decisión a la Administración. Según el grado de intensidad y concreción de las normas que dirigen la actividad administrativa los programas normativos se caracterizan como finales o condicionales, los métodos de adopción de la decisión administrativa se califican de subsuntivos o ponderativos y la actuación de la Administración se califica de reglada o discrecional (*infra* § 5.39).

18. Las **normas finalistas**, que normalmente conceden una amplia discrecionalidad a la Administración, son frecuentes en las leyes urbanísticas autonómicas que, además de atribuir a los ayuntamientos la competencia para redactar y aprobar los planes de ordenación urbana, les fijan los fines generales de esa ordenación. Por ejemplo, el artículo 33.1 b) de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, establece que todo plan urbanístico municipal debe: "b) Basarse en una ponderación de todos los intereses y las necesidades, públicos y privados, a la luz del orden constitucional y de los fines de la ordenación urbanística". En estos casos, la aplicación de las leyes urbanísticas no es subsuntiva (no consiste en comprobar que un determinado caso es subsumible en el supuesto de hecho de una norma) sino ponderativa: se busca que el planificador urbanístico (el ayuntamiento) tenga en cuenta, en la mayor medida posible, ciertos fines, objetivos o principios que le señala la ley. Diferentes son las **normas condicionales**, que dan lugar a actuaciones o decisiones administrativas regladas: en este caso, la norma si predetermina con precisión que en ciertas situaciones tipificadas, procederá una determinada decisión administrativa. Así, por ejemplo, el Real Decreto 889/2022, de 18 de octubre, establece los concretos requisitos para la homologación de títulos universitarios extranjeros. Aquí la aplicación normativa es subsuntiva (no ponderativa): si se cumplen los requisitos del reglamento, el órgano administrativo (el ministro de Universidades) necesariamente debe homologar el título del solicitante.

19. En tercer y último lugar, el Derecho administrativo hace posible la **función judicial de control de legalidad** de la Administración. En España toda la actividad administrativa está sometida al control de los tribunales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 106.1 CE, según el cual: "Los Tribunales controlan la potestad

reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" (*infra* § 34.2). La densidad de la programación del Derecho administrativo determina la intensidad del control judicial, en la medida en que los jueces deben limitarse a controlar la legalidad de la actuación administrativa, no la dirección de la actividad de la Administración a través de criterios de otro tipo, como los políticos, técnicos o, en general, de oportunidad. El Derecho administrativo proporciona pues a los tribunales los parámetros de control jurídico de la actividad de la Administración, pero también dirige y legitima su actividad, garantizando que cumpla con eficiencia y eficacia los fines de interés general que tiene encomendados.

3. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

20. El proceso de construcción y consolidación del Derecho administrativo como ciencia ha venido acompañado del intento no sólo de delimitar conceptualmente el objeto de conocimiento que le es propio, sino de buscar incesante e infructuosamente un **criterio definidor único** del Derecho administrativo como ordenamiento. Entre los siglos XIX y XX la doctrina administrativista de Europa continental ha propuesto diversas definiciones, que pueden reconducirse a dos grandes grupos de tesis: objetivas (o materiales) y subjetivas. Las **tesis objetivas** intentan aislar una función administrativa que permita identificar la administración como actividad del Estado distinta de la legislativa y la judicial. Entre estas tesis se encuentran las que identifican a la Administración con el ejercicio de poder o autoridad pública, con la noción de servicio público o con la noción de interés general. Las **tesis subjetivas** se centran en la Administración pública como organización, como institución o como persona jurídica. Todas estas definiciones tienen limitaciones explicativas, que derivan de las dificultades propias de los conceptos sociales, del carácter polisémico de la expresión "Derecho administrativo" y del carácter histórico de este fenómeno y de todos los elementos que lo acompañan. Como en seguida se verá, al menos de forma implícita predomina hoy una comprensión subjetiva del Derecho administrativo, aunque con correcciones o modulaciones importantes.

21. El Derecho administrativo **evoluciona y se transforma**, al compás de las transformaciones de la Administración, del Estado y de la sociedad. En la actualidad es precisamente la recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad la que explica las principales transformaciones que sufre el Derecho administrativo contemporáneo (ESTEVE, 2013).

3.1. El Derecho administrativo como Derecho propio de la Administración pública

22. Las dificultades conceptuales expuestas no impiden desconocer que en todos los Estados que se califican como "Estados de Derecho" se reconoce la existencia de una Administración pública, integrada por múltiples organizaciones administrativas, financiada con fondos públicos y orientada al servicio del interés general, que se rige por una serie de normas distintas del Derecho común. Ello permite afirmar,

como convención mínima y tendencialmente universal, que el Derecho administrativo es el **Derecho propio de la Administración pública**. Se trata pues de un Derecho especial —distinto del Derecho común que rige las relaciones entre sujetos privados— y de un Derecho estatutario —propio de las organizaciones encuadradas en la Administración pública—.

23. Si un ciudadano sufre un daño derivado del funcionamiento de un servicio público (por ejemplo, porque sufre una caída en la calle como consecuencia del mal estado de pavimentación de una acera) no resultan de aplicación las **normas sobre daños extracontractuales** del Código Civil (arts. 1902 y siguientes). Puesto que la pavimentación, conservación y mantenimiento de las vías públicas urbanas es una competencia atribuida a los municipios, de acuerdo con el artículo 26.1 a) de la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y el Ayuntamiento es una Administración pública, resultan de aplicación las normas especiales de responsabilidad patrimonial del Derecho administrativo, en todo lo relativo tanto a los presupuestos sustantivos para reconocer el derecho a la indemnización del ciudadano (art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: LRJSP) como en lo que atañe a los cauces procedimentales para solicitarla y reconocerla (arts. 65, 67, 81, 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: LPAC) (*infra* § 32).

24. El Derecho administrativo **regula** tanto la organización administrativa como el funcionamiento de la Administración. Dada la compleja distribución constitucionales de títulos competenciales sobre la Administración pública, la organización y el funcionamiento de la Administración se encuentran regulados tanto en leyes y reglamentos estatales (básicos o plenos) como en leyes y reglamentos autonómicos (de desarrollo o plenos) y en reglamentos u ordenanzas locales.

25. La **organización administrativa** se regula en varias leyes y reglamentos, tanto estatales como autonómicos y locales. La Administración General del Estado se regula fundamentalmente en la LRJSP (*infra* § 9.8). Las Administraciones autonómicas se regulan por las normas básicas de la LRJSP y por las leyes y reglamentos autonómicos (*infra* § 10.35). La organización de la Administración local se rige por los preceptos básicos de la LRJSP y, además: por la LBRL, las leyes autonómicas y los reglamentos de las correspondientes entidades locales (*infra* § 11.12-15). La llamada Administración institucional, instrumental o especial (*infra* § 8.23) se rige también por la LRJSP y por leyes autonómicas. Junto a este complejo sistema de normas organizativas, **el funcionamiento** de la Administración se rige tanto por normas generales como por normas sectoriales. En primer lugar, la LPAC regula con carácter básico (para todas las Administraciones públicas) las prerrogativas de la Administración y los límites de su ejercicio (*infra* § 15). De algunas potestades o actuaciones específicas se ocupan leyes estatales especiales, que también se aplican a todas las Administraciones públicas (sin perjuicio de posibles normas complementarias autonómicas o locales). Es el caso de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa (LEF) (*infra* § 26), la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa (LJCA), que somete la actividad administrativa al control judicial (*infra* § 34), 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) (*infra* § 31), la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que establece los mecanismos mediante los cuáles puede contratar la adquisición de suministros, obras o servicios (*infra* § 19) o la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que regula la gestión de las infraestructuras públicas y la protección de los recursos naturales de titularidad pública (*infra* § 30). Junto a ello, son muchas las leyes sectoriales, unas estatales y otras autonómicas, que regulan la actividad administrativa en cada ámbito o sector de la realidad. Valgan como ejemplos la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (que tiene su correspondencia en leyes autonómicas de carreteras), el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (que también tiene su correspondencia en leyes de las comunidades autónomas

portuarias), el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, o la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (*infra* § 30).

26. Según se ha expuesto, el régimen jurídico de la Administración pública resulta de integrar normas organizativas (generales o especiales, y tanto estatales como autonómicas o locales) y normas sobre la actuación administrativa, tanto generales (LPAC, LEF, LJCA, etc.) como sectoriales (de urbanismo, costas, aguas, puertos, caza, etc.) y tanto estatales como autonómicas o locales. Como muestra de esta **necesidad de integración de normas administrativas diversas** se puede dar un ejemplo en materia de servicios sociales. La legislación autonómica de servicios sociales y, en concreto, la Ley de la Comunitat valenciana 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos, atribuye a la Administración autonómica y local la responsabilidad de garantizar los derechos sociales reconocidos en Catálogo y en la Cartera de Prestaciones del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales. Estos instrumentos incluyen las prestaciones profesionales, económicas y tecnológicas exigibles por los ciudadanos que cumplen los requisitos de acceso y tienen por objeto la protección y el cuidado de las personas que no pueden valerse por sí mismas, por razones de edad, de salud física o mental o por otras razones económicas y sociales. Para el cumplimiento de estos fines las Administraciones autonómicas y locales pueden decidir prestar ellas mismas estos servicios, con los medios materiales y personales de los que disponen, pueden crear organizaciones instrumentales encargadas de dicha prestación o pueden decidir prestar estos servicios de forma indirecta, encomendando su gestión a una empresa privada o a una organización sin ánimo de lucro mediante un contrato o un concierto social. Ello implica que, para cumplir los fines que la legislación sectorial atribuye a la Administración ésta deberá aplicar también la legislación general (estatal o autonómica): para la creación de la correspondiente organización instrumental o para la contratación de los servicios.

3.2. El carácter relativo de la correlación entre Derecho administrativo y Administración pública

27. La afirmación que sostiene que el Derecho administrativo es el Derecho propio de la Administración pública se confirma en el Derecho positivo. La legislación administrativa general (*supra* § 2.26 e *infra* § 8) incluye en su ámbito de aplicación tanto a Administraciones territoriales o generales como a las Administraciones institucionales, instrumentales o especiales (*supra* § 1.21 e *infra* § 8). Ello no implica, sin embargo, que exista una **correlación unívoca** entre Administración y Derecho administrativo. Por un lado, la Administración en ocasiones actúa sometida al Derecho común (*infra* § 2.28-29); y por otro lado, el Derecho administrativo se aplica también, por lo menos parcialmente, a sujetos públicos o privados que no tienen la consideración de Administración pública (*infra* § 2.30-35).

3.2.1. El empleo del Derecho común por la Administración pública

28. El régimen ordinario que rige la actuación de la Administración es sin duda el Derecho administrativo. Sin embargo, en ocasiones, las organizaciones administrativas que integran la Administración pública se rigen por el Derecho común. Este resultado se produce por diversas razones. En primer lugar, porque no siempre hay leyes específicas para la actuación administrativa. Hay que tener en cuenta que el Derecho administrativo es un Derecho especial para la Administración, que desplaza la aplicación de las leyes comunes o de Derecho privado. En consecuencia, allí donde no

hay leyes específicas para la Administración, rigen las normas comunes del Derecho privado (**civil, laboral o mercantil**). En segundo lugar, desde mediados del siglo XX, y para eludir las múltiples limitaciones y controles propios del Derecho administrativo, se expandió un fenómeno global conocido que es una "huida al Derecho privado". Con ello se busca, para la Administración, la agilidad y flexibilidad de funcionamiento que es propia de las empresas privadas, que actúan bajo el Derecho privado. Para este fin, diversas leyes administrativas autorizan la existencia de personal laboral en la Administración (que se rige por el Estatuto de los Trabajadores). Otras leyes administrativas permiten que la Administración cree sociedades mercantiles o fundaciones dependientes, que lógicamente actúan conforme al Derecho privado. La "huida al Derecho administrativo" se ha restringido notablemente en los dos últimos decenios.

29. Por falta de regulación específica para la actuación administrativa, el **Derecho civil** se aplica, entre otros, a la adquisición de la **herencia** de una persona física en favor de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas (art. 20.6 LPAP); a los **contratos de compraventa**, donación, permuta y arrendamiento sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales (art. 9.2 LCSP) o a contratos que tienen por objeto ciertos servicios financieros y servicios de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos (*infra* § 19.55). El **Derecho laboral** se aplica a los **contratos de trabajo** celebrados entre las Administraciones y los empleados públicos laborales (art. 7 EBEP) (*infra* § 31.49). El **Derecho mercantil** se aplica a la gestión de las participaciones en el capital de una **sociedad mercantil** en manos de la Administración pública (*infra* § 8.73). En esos supuestos existe una separación entre el régimen jurídico aplicable a la formación de la voluntad de la Administración y el régimen jurídico sustantivo del negocio jurídico–privado. El régimen jurídico aplicable a las decisiones previas —aceptar la herencia, comprar, donar, permutar, arrendar, contratar personal laboral o adquirir participaciones en una sociedad mercantil— es el Derecho administrativo; el régimen jurídico aplicable a las relaciones jurídicas subsiguientes es el Derecho común.

29 *bis*. La "huida del Derecho administrativo" siempre ha sido objeto de cuestionamiento y crítica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Consecuentemente, se han ido consolidando diversos límites. Algunos de esos límites provienen directamente de las leyes; otros son de creación jurisprudencial. En primer lugar, para asegurar su igual vigencia en todos los Estados miembros de la Unión, el **Derecho europeo** de la contratación y presupuestario impone su aplicación directa a todas las entidades instrumentales de la Administración, con el consiguiente desplazamiento aplicativo de las correspondientes normas de Derecho privado. Se habla aquí de una "extensión horizontal" del Derecho administrativo (*infra* § 32). También, algunas **leyes** han adaptado o matizado la aplicación del Derecho privado a la Administración, dando lugar a un Derecho privado específico para la Administración. Así, por ejemplo, aunque el personal laboral contratado de la Administración puede ser despedido mediando un expediente de regulación de empleo, regulado en la legislación laboral, cuando ese expediente se refiere al personal laboral de la Administración cuenta con algunas singularidades (Disposición adicional 16.ª del Estatuto de los Trabajadores). También, la Disposición Adicional 1.ª del EBEP establece expresamente que a las sociedades mercantiles públicas (que en principio se rigen por Derecho privado) se les aplica la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad que, para las Administraciones públicas, establece el art. 59.1 EBEP. Por último, también la **jurisprudencia** ha embridado el fenómeno de la "huida del Derecho administrativo". Por ejemplo, declarando que la creación de una sociedad mercantil por una Administración pública no impide la plena vigencia de los derechos fundamentales respecto de dicha sociedad o fundación, en los mismos términos que rigen para la Administración pública que la crea.

29. ***ter***. La vigencia de los **derechos fundamentales** frente a entidades jurídico-privadas creadas por la Administración quedó afirmada, por ejemplo, en el ATC 206/1999, sobre el cese de la directora general de la Fundación Teatro Lírico Español dependiente del Ministerio de Cultura. La directora general alegaba en amparo, ante el Tribunal Constitucional, que su cese era causa directa de un cambio de gobierno, tras las correspondientes elecciones generales, lo cual infringía su derecho fundamental

a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y al acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). El Tribunal Constitucional consideró que, pese a tratarse de un cargo directivo de una entidad jurídico-privada (una fundación), ello no impedía la plena vigencia de los derechos fundamentales de la recurrente, si bien en el caso concreto no se había producido la lesión denunciada. Según el Tribunal Constitucional: "(…) Estamos en presencia (…) de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones" (FJ 2).

3.2.2. La expansión del Derecho administrativo extramuros de la Administración

30. El Derecho administrativo se aplica también extramuros de la Administración, como consecuencia de un proceso de expansión horizontal —que supone su aplicación a sujetos públicos y privados situados dentro del Estado (*infra* § 2.31-33)— y vertical —en relación con organizaciones y redes transnacionales de ámbito supraestatal (*infra* § 2.34-35)—. Las concretas normas y principios del Derecho administrativo cuya aplicación se extiende más allá de la Administración pública responde a **lógicas diversas**.

31. La **expansión horizontal** del Derecho administrativo responde principalmente a tres motivos, cuyas racionalidades se superponen parcialmente. Una primera manifestación de esta expansión tiene por objeto controlar la gestión ordinaria de los órganos constitucionales o estatutarios (incluyendo a las asambleas de representación política), de los órganos jurisdiccionales (incluyendo al Consejo General como órgano de gobierno del Poder Judicial) y de los órganos de la Administración electoral. Estos órganos no son Administración, pero tienen una administración y, por tanto, un presupuesto público, unos bienes públicos y un personal a su servicio financiado con recursos públicos. En nuestro ordenamiento jurídico este supuesto está previsto en el artículo 1.3 LJCA (*infra* §§ 17.17 y 34.14). En este caso se trata de una extensión utilitarista y parcial, en la que el Derecho administrativo que gira en torno al eje de los principios de transparencia, objetividad y eficiencia, se proyecta sobre la **actividad organizativa interna** del conjunto del Estado.

32. Una segunda manifestación de la expansión horizontal tiene por objeto revertir el fenómeno de la **huida del Derecho administrativo**, derivada de la abusiva utilización de personificaciones de Derecho privado por parte de la Administración pública. En un contexto en el que la legislación utilizaba un concepto estricto de Administración pública, creaban **sociedades mercantiles o fundaciones** para la gestión de servicios públicos (por ejemplo, la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A., cuyas acciones pertenecen en su totalidad al Ayuntamiento de Madrid, gestiona el transporte urbano en la ciudad) con el fin de eludir el régimen jurídico público, porque a esas entidades jurídico–privadas instrumentales se les aplica, en principio, el Derecho privado (como el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; el Código Civil, el Código de Comercio, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, etc.). A fin de contener esta "huida al Derecho privado", tanto los tribunales como las leyes han impuesto a aquellas sociedades y fundaciones formalmente jurídico–privadas la aplicación parcial de ciertas leyes administrativas(la LRJSP, la LPAC, la LPAP, la LCSP, las leyes presupuestarias o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones [LGS]) , cuando ejercen potestades ad-

ministrativas, celebran contratos, gestionan bienes y recursos públicos o conceden subvenciones (*infra* § 8.26 y § 9.66). Se trata en este sentido de una extensión "reactiva" del Derecho administrativo (CABALLERO, 2021: 13), que pretende dotar de mayor transparencia y control a la actuación del sector público, en particular en materia de presupuestos y contratación. En realidad, en este caso la legislación administrativa —(art. 2.2.b) LRJSP, art. 2.2.b) LPAC, art. 3.1 LCSP, art. 166 LPAP, art. 2 LGP y DA 26 LGS)— está ocupando el espacio que naturalmente le corresponde, de acuerdo con el concepto amplio sustantivo o material de Administración pública (*supra* § 1.6).

33. La tercera y más significativa manifestación de la extensión horizontal se produce como consecuencia del **traslado de funciones del Estado a la sociedad** y, más en concreto, de la atribución de genuinas públicas a sujetos privados (ESTEVE, 2012: 34). En estos casos la legislación atribuye a algunos profesionales (el capitán de un buque, los concesionarios de la Administración), a entidades colaboradoras y a sociedades mercantiles (operadores del mercado y del sistema en el sector eléctrico y gasista) una posición funcional o de poder respecto de terceros parangonable a la de una Administración. Ello ocurre también en el caso de la certificación, la inspección y el control de la seguridad industrial, donde profesionales privados o entidades privadas colaboradoras previamente acreditados emiten certificaciones administrativas hacia terceros (de inspección técnica de vehículos, sobre instalaciones de gas, de adecuación ambiental, etc.) (*infra* § 17.17). A estos sujetos privados, en la medida en que ejercen funciones de autoridad propias de la Administración (dictan certificaciones oficiales, o incluso actos administrativos), se les aplica el Derecho administrativo (CANALS: 2003). Esta extensión "adaptativa o sustitutiva" del Derecho administrativo (CABALLERO, 2021: 19) tiene por objeto otorgar a los ciudadanos las garantías articuladas por el Derecho administrativo para compensar del ejercicio de potestades administrativas, prescindiendo de la naturaleza, pública o privada, del sujeto que las ejerza.

34. La **expansión vertical** del Derecho administrativo se explica por el grado de madurez alcanzado por las reglas, valores y principios de este sector del ordenamiento que tienen por objeto garantizar la **racionalidad** de las decisiones administrativas. Esta expansión se extiende tanto a los procedimientos, las redes y las organizaciones que integran la unión administrativa europea (*infra* § 12.62) como a los que integran la impropiamente denominada Administración global (esto es, las diversas estructuras administrativas de las organizaciones internacionales y de las redes internacionales de cooperación). A pesar de las enormes diferencias entre el entorno jurídico e institucional de los niveles nacional, europeo e internacional, puede establecerse un paralelismo entre las razones que explican la expansión vertical y las expuestas sobre la expansión horizontal del Derecho administrativo. Con la expansión vertical se pretende dotar de mayor racionalidad a la actuación de la Administración de las instituciones europeas y de las organizaciones internacionales —las cuáles, como ocurre a nivel interno con los órganos constitucionales, no son Administraciones públicas en los términos tradicionales, pero tienen una organización burocrática, que permite identificar una Administración (en sentido subjetivo) y, además realizan una actividad administrativa (en sentido objetivo) (*supra* § 1.12)—; se busca también mejorar la transparencia y el control de la actuación de las organizaciones y redes de cooperación supra y transnacionales y, en fin, se intenta someter a unas mínimas garantías el ejercicio de poder, público o privado, más allá del Estado.

35. La expansión del Derecho administrativo más allá del Estado afecta principalmente a las reglas y principios vinculados a la noción anglosajona de *accountability*: información, transparencia, participación, razonabilidad, obligación de motivar y control judicial. Esta extensión se produce mediante la incorporación de estos valores, reglas y principios en los tratados internacionales o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incorpora con similares contenidos el derecho de buena administración (art. 41 CDFUE). En otros casos son las organizaciones internacionales creadas

a través de un tratado, las redes transnacionales de regulación o incluso las organizaciones privadas de estandarización las que se dotan de reglas estables de procedimiento, incorporan progresivamente la obligación de motivación de sus resoluciones, o establecen mecanismos de resolución de conflictos y de revisión y control de sus decisiones. En fin, los mencionados principios y valores públicos son aplicados, con intensidades diversas, por los tribunales nacionales, europeos o internacionales en la resolución de conflictos de carácter transnacional. A pesar de que se trata de un fenómeno incipiente, con un grado de implantación discontinuo, heterogéneo e irregular, la extensión del Derecho administrativo conlleva una pérdida de su tradicional conexión con el territorio, los ciudadanos y las instituciones del Estado. El Derecho administrativo contemporáneo ha dejado de ser un Derecho típicamente nacional **para extender su radio de acción más allá del Estado** (DARNACULLETA, 2016: 12).

4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO ORDENAMIENTO

36. El conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico administrativo es muy diverso y variado, tanto en lo que atañe a su contenido como a su procedencia. Existe un conjunto de normas estatales con rango de ley (como la LRJSP, la LPAC, la LJCA o la LEF, ya mencionadas *supra* § 1.26) aplicables a todas las Administraciones públicas y que conforman la denominada "legislación administrativa general". Sin embargo, a pesar de su carácter nuclear, estas leyes no son más que una parte muy reducida del Derecho administrativo. La legislación **general** se completa con la legislación **especial** para cada Administración pública (estatal, autonómica, local e institucional), de rango legal y reglamentario, y con la legislación **sectorial**, de origen estatal, supraestatal, o autonómico, que dirige la actividad de la Administración.

4.1. Estructura

37. En la actualidad el Derecho administrativo posee una **estructura multinivel**, en la medida que sus fuentes proceden de ámbitos territoriales y de organizaciones dotadas de poder normativo de origen diverso (*infra* § 6.10-17). El Derecho administrativo ha sido tradicionalmente un Derecho de Estado. El reconocimiento de las Comunidades Autónomas y de la autonomía local en la Constitución de 1978 ha comportado la consolidación de dos nuevos niveles territoriales de fuentes. La Constitución y las leyes, las normas con rango de ley (decretos–leyes y decretos legislativos) y los reglamentos estatales (aprobados por las Cortes Generales, el Gobierno o la Administración estatal) se completan con las leyes y reglamentos autonómicos, los reglamentos de las entidades locales (ordenanzas municipales) y las disposiciones administrativas aprobadas por la Administración institucional, instrumental o especial. Además, estas normas deben respetar las fuentes de origen supranacional (los tratados internacionales, así como los reglamentos y directivas de la Unión Europea). Los principios de primacía (*infra* § 6.18), jerarquía y competencia (*infra* § 6.47-49), además de los de temporalidad y especialidad, ordenan la aplicación de estas normas jurídicas.

38. La intensificación del proceso de **europeización** ha consolidado esta estructura multinivel (*infra* §§ 4.73-76, 6.15-17, 19.6). Algunos sectores de referencia del Derecho administrativo, como el Derecho alimentario, el Derecho de los productos industriales, el Derecho medioambiental, el Derecho de la regulación de los servicios de interés económico general (telecomunicaciones, transportes, electricidad, gas), o el Derecho de la contratación pública, por citar solo algunos ejemplos, proceden del Derecho de la Unión Europea. Las razones que explican este proceso son distintos según los sectores. La europeización de la contratación pública y de los servicios de interés económico general está vinculada a la creación del mercado europeo y a la garantía del principio de libre concurrencia entre operadores económicos, mientras que la regulación a nivel europeo de sectores como el alimentario, el industrial o el medio ambiental se explica por la necesidad de mejorar la gestión del riesgo.

39. La **legislación alimentaria europea** constituye un buen ejemplo de esta segunda tendencia mencionada, puesto que tiene su origen en la crisis generada a raíz de la enfermedad de las "vacas locas" causante de la enfermedad de Creuzfeldt–Jacob. En un contexto de liberalización del mercado de los productos alimentarios, las diferencias entre las normas y los controles sanitarios de distintos Estados de la Unión europea, el desconocimiento científico de la posibilidad de transmisión en humanos de la encefalopatía espongiforme bovina, así como la inexistencia de una red de alerta de riesgos alimentarios tuvo como consecuencia una crisis sanitaria, originada en el año 1995 en el Reino Unido y que causó la muerte a más de 200 personas. Con la aprobación del Reglamento (CE) 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan los procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. El Derecho administrativo alimentario se basa en la actualidad en un enfoque global de gestión de los riesgos, que parte del conocimiento científico disponible, combina el autocontrol empresarial con el control e inspección de la Administración y se articula en torno a una red de autoridades nacionales y europeas encargadas de la evaluación y la comunicación de los riesgos alimentarios.

40. La estructura multinivel de las fuentes del Derecho administrativo se completa, en algunos sectores, con una estructura organizativa también multinivel, generadora, a su vez, de **nuevas fuentes del Derecho** (en este caso de normas de *soft law* o Derecho blando) provenientes de organizaciones de origen público o privado y de ámbito nacional, europeo o internacional (*infra* § 16.28).

41. En el ámbito de los **mercados financieros**, las autoridades nacionales de regulación bancaria, de seguros y de los mercados de valores se integran en el órgano decisorio de la Autoridad Bancaria Europea (ABE), la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM). A su vez, estas autoridades participan en los respectivos organismos reguladores globales, que son, el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (*Basel Committee on Banking Supervision*, BCBS), la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (*International Association of Insurance Supervisors* [IAIS, por sus siglas en inglés]) y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*International Organization of Securities Commissions*, IOSCO). Estas redes transnacionales replican el modelo de Administración ensayado por las redes transnacionales privadas que operan en el ámbito de la normalización industrial, en el que las organizaciones nacionales de normalización participan en Comité Europeo de Normalización (CEN), y son, a su vez, miembros de la Organización Internacional de Normalización (*International Organization for Standardization*, ISO). Todas estas redes y organizaciones producen **estándares y normas técnicas**, con carácter monopolístico en su respectivo sector. Las normas técnicas y los estándares aprobados por estos organismos, a pesar de no poseer carácter jurídico, son aplicadas por las entidades de regulación que forman parte de la red. La autoridad técnica de estas entidades favorece su transformación en normas jurídicas, mediante la

incorporación de los estándares o la remisión a normas técnicas en las fuentes del Derecho (LEÑERO/DARNACULLETA, 2021: 681).

4.2. Características

42. La proliferación de fuentes de producción normativa y su integración en un sistema multinivel dota al Derecho administrativo, en particular al sectorial, de un **carácter** enormemente **complejo y dinámico**. El número de normas jurídicas vigentes en un mismo territorio aumenta exponencialmente como consecuencia de la multiplicación de legisladores —el Estado, las comunidades autónomas y la Unión Europea— y entidades dotadas de potestades reglamentaria —entidades locales y Administraciones independientes—. La vigencia temporal de estas normas es cada vez más reducida, como también lo es su vocación de generalidad y abstracción. Las normas jurídicas, incluso las normas con rango de ley, son aprobadas para casos singulares, como lo demuestra el uso desproporcionado de las leyes medida, las leyes de acompañamiento y, singularmente, de la figura del decreto–ley. Las leyes y los reglamentos sufren continuas modificaciones, en detrimento de la estabilidad y la permanencia. Existen pues muchas normas de diverso origen y éstas se modifican de forma constante, de modo que, poco después de entrar en vigor son derogadas y sustituidas por otras posteriores, planteando dificultades en cuanto a la determinación del Derecho aplicable.

43. La **modificación permanente de la legislación** afecta incluso a algunas de las normas de cabecera del Derecho administrativo general, como la legislación de contratos, que pasó de la relativa estabilidad del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril) a las sucesivas modificaciones de las leyes de contratos de las Administraciones públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo y Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre y Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Para solucionar los problemas de transitoriedad que ello pueda comportar, la Disposición transitoria primera de la vigente LCSP de 2017 establece que "los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior". Ello puede comportar que una Administración que quiera resolver un contrato suscrito hace tiempo con una entidad privada, deba aplicar la normativa vigente en lo relativo a los aspectos procedimentales y la normativa histórica en relación con los aspectos de fondo. Ello ocurrió, por en ejemplo, en un caso en el que el Ayuntamiento de Girona se planteó la resolución del contrato adjudicado el año 1992 a la entidad "Aigües de Girona, Salt i Sarrià de Ter, SA" (AGISSA), para la prestación del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable a los municipios integrantes del sistema de Girona. En este caso, tal y como puede leerse en el fundamento jurídico tercero del Dictamen 202/2020 de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, por razones temporales, el régimen aplicable a la resolución contractual era el previsto en la vigente LCSP, pero las cuestiones de fondo debían resolverse de acuerdo con la histórica Ley de Contratos del Estado de 1965.

44. La complejidad y dinámica descritas explican que la legislación administrativa se caracterice como una "legislación motorizada" que favorece la **hiperregulación**. Como solución a este fenómeno se propone la derogación de normas innecesarias, la simplificación del ordenamiento y una mejora de la regulación, basada en la existencia de controles *ex ante* y *ex post* que evalúen la necesidad y el impacto de la aprobación de normas jurídicas y, en particular, de reglamentos y demás disposiciones administrativas de carácter general (*infra* § 16.76).

45. La complejidad del Derecho administrativo no responde únicamente, sin embargo, a una incorrecta técnica legislativa o a la proliferación de fuentes de producción normativa en un sistema de múltiples niveles y su carácter dinámico. La complejidad de las relaciones sociales contemporáneas y el progresivo aumento de demandas de la sociedad hacia el Estado se corresponde con una progresiva atribución de responsabilidades a la Administración que deben ser programadas normativamente. Ello da lugar, a su vez, a una extraordinaria **sectorialización del Derecho administrativo**. La regulación sectorial en materia de alimentación, transporte, energía, medio ambiente, internet o mercados financieros tiene sus propios mecanismos de gestación y ejecución de normas, en los que se engarzan la actuación de las Administraciones públicas territoriales con la de sujetos privados, entidades reguladoras o redes transnacionales de regulación.

46. En este contexto, el Derecho administrativo ha renunciado al ideal liberal de un Derecho codificado, basado en la generalidad, la estabilidad y la racionalidad de la ley. El Derecho administrativo contemporáneo se caracteriza así por la **pérdida de la centralidad de la ley,** como consecuencia de la proliferación de otras fuentes del Derecho y la interconexión entre ordenamientos, exacerbada por la sectorialización. Esta fragmentación de la legalidad, la inflación normativa, la permanente modificación de las normas y la hiperregulación debilitan la certeza del Derecho y debilitan también la legitimidad de la Administración basada en el principio de legalidad y la capacidad ordenadora o de dirección del Derecho administrativo (*supra* § 1.28).

47. En este contexto, el Derecho administrativo contemporáneo, junto con la tradicional atribución de potestades y prerrogativas a la Administración, persigue en la actualidad aumentar la confianza de los ciudadanos y legitimar la actuación administrativa a partir de la aceptación ciudadana de las normas y las decisiones administrativas. Ello permite observar una tendencia hacia la **flexibilización y contractualización** del Derecho administrativo (ESTEVE, 2023). Esta tendencia se percibe tanto en las fuentes como en la actividad de la Administración. El Derecho "duro" —*hard law*—, obligatorio y coactivo, de origen europeo, estatal o autonómico, se complementa con la existencia de un Derecho "blando" —*soft law*— de origen público o privado, al tiempo que las formas imperativas de intervención —actos administrativos, autorizaciones— se sustituyen por fórmulas paccionadas —terminación convencional del procedimiento (*infra* § 15.82)— o por fórmulas basadas en la autorregulación y el contrato —comunicación previa y declaración responsable (*infra* § 22. 69 y ss.)—.

5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO CIENCIA

48. La comunidad científica constata con cierto vértigo la intensidad de las transformaciones de la Administración y del Derecho administrativo derivadas del aumento de la complejidad, la sectorialización y la estructura multinivel de esta rama del Derecho. En numerosos trabajos científicos, el Derecho administrativo se describe a partir de términos que denotan el cambio, la reforma, la transición, la crisis, la ruptura y transformación radical de esta rama del Derecho. En este contexto, para

que la ciencia del Derecho administrativo pueda cumplir adecuadamente con su **función heurística y dogmática**, reduciendo la complejidad del ordenamiento y facilitando su aplicación, debe mejorar su capacidad de sistematización y enriquecerse con las aportaciones del Derecho comparado y con de los resultados obtenidos por otras ciencias afines.

5.1. La función dogmática del Derecho administrativo

49. El Derecho administrativo como ciencia, a partir de la observación y análisis del ordenamiento jurídico–administrativo, tiene la función de ofrecer **enunciados explicativos** que faciliten la comprensión de la legislación vigente. En este sentido, la dogmática sirve de puente entre el texto de una norma jurídica y su aplicación por parte de la Administración y los tribunales. La dogmática facilita la tarea de los operadores jurídicos, haciendo comprensible y manejable la complejidad característica del Derecho administrativo mediante enunciados que no deberían limitarse a glosar o comentar la legislación y la jurisprudencia, sino que deberían aportar una racionalidad y sistematización con vocación prescriptiva. En la práctica, la aplicación y la explicación del Derecho —metodología aplicativa y académica— son inescindibles.

50. La dogmática tradicional se caracteriza por una orientación sistemática que articula y explica el Derecho administrativo a través de conceptos, de principios o de tipos ideales (VELASCO, 2021: 62). Los **sistemas conceptuales**, permiten sintetizar fenómenos, discursos y pensamientos complejos en un solo término (Estado garante, privatización, desregulación o liberalización, son algunos de los conceptos clave que mejor explican los rasgos del Derecho administrativo contemporáneo). Los **sistemas de principios** permiten conectar las normas de un ordenamiento a través de los principios o valores a los que sirven. Estos principios y se localizan normalmente en la Constitución (legalidad, objetividad, seguridad jurídica, eficacia) o en los tratados constitutivos de la Unión Europea (transparencia, buena administración). Por ejemplo, el Derecho administrativo sancionador, y en especial sus reglas sobre la prescripción de las infracciones administrativas, se explican como el punto de equilibrio entre el principio constitucional de legalidad (que reclama el castigo de las infracciones en cualquier momento) y el principio también constitucional de seguridad jurídica, que es contrario a situaciones de pendencia o incertidumbre indefinidas. Los rigores metodológicos de los sistemas conceptuales y principales han dado lugar a la generalización de los **sistemas tipológicos**, basados en la simplificación de la realidad a través de "tipos" empíricos (elaborados con base en la similitud de elementos característicos de una realidad) o ideales (basados en abstracciones lógicas). Por ejemplo, el conjunto de la actividad administrativa, que en otro tiempo se explicó mediante un sistema conceptual binario (actividad de intervención *versus* actividad prestacional) se explica hoy frecuentemente mediante una tipología más flexible y abierta (actividad administrativa prestacional, de garantía, arbitral, de gestión, planificadora, de policía, de dirección) que evita el mayor rigor de los sistemas conceptuales.

5.2. La apertura conceptual, geográfica y metodológica

51. La ciencia del Derecho administrativo, en consonancia con las tendencias que se detectan en otras disciplinas científicas y, en particular, en el ámbito de las ciencias sociales, destaca la necesidad de buscar **nuevos enfoques** con el objeto de dar una respuesta adecuada a la creciente complejidad de la realidad. Estos nuevos enfoques son, en síntesis: la apertura a otras disciplinas y el Derecho comparado.

52. En primer lugar, existe un enorme consenso sobre la necesidad de superación de las delimitaciones disciplinares que han marcado 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.

53. En la actualidad una aproximación al Derecho del medio ambiente por parte de un administrativista, por ejemplo, se considera insuficiente si no se toma en consideración tanto la relevancia constitucional de este Derecho y su regulación a nivel europeo e internacional como los mecanismos propios del Derecho civil o del Derecho penal que se incluyen en la legislación medioambiental (**intra–disciplinariedad**). El contenido de esta misma legislación sectorial incluye conceptos (como el relativo al caudal ecológico de un río o a los límites a la emisión de gases de efecto invernadero) vinculados con el conocimiento experto proveniente de otras disciplinas —en este caso con las ciencias de la naturaleza—, que conducen derechamente a la **interdisciplinariedad**.

54. La apertura del Derecho administrativo a otras disciplinas no se produce sin embargo con carácter general y de forma indiscriminada, sino que se circunscribe a determinadas teorías, conceptos o métodos particularmente exitosos de las **disciplinas más próximas o afines**. Por la coincidencia parcial de su objeto de estudio destacan las aportaciones de la ciencia política y, en particular, de la ciencia de la Administración en el Derecho administrativo. Entre estas aportaciones ha tenido enorme relevancia, tanto para el desarrollo de la teoría de la dirección y la formulación de la noción de Estado garante, como para el emergente Derecho administrativo europeo y global, la teoría politológica de la gobernanza. La influencia de la sociología se ha hecho especialmente presente en el desarrollo del principio de precaución, vinculado a la teoría de la sociedad del riesgo. La orientación del Derecho administrativo hacia la eficiencia ha venido acompañada de la incorporación de diversas aportaciones de la economía, entre las que destacan la teoría de la gestión y organización administrativa, basada en el *New Public Management* y el análisis económico del Derecho (*infra* § 25.73). En fin, las más novedosas propuestas de transformación del Derecho administrativo en una tecnociencia al servicio del poder abogan por la utilización instrumental de las ciencias de la conducta en la actividad de las Administraciones públicas, con el objeto de mejorar la capacidad de influencia de la Administración sobre los ciudadanos con el menor coste económico posible. Es el caso de los llamados *nudges*, acicates o "empujoncitos", a través de los cuales la Administración no ordena o impone conductas, sino que las incentiva sutilmente (por ejemplo, mediante campañas de estímulo al ahorro energético, o informando sobre los costes ambientales de determinadas conductas) (*infra* §§ 24.81-83 y 25.71-72).

55. El planteamiento interdisciplinar está muy presente en la llamada **"nueva ciencia del Derecho administrativo"**. Esta corriente académica propone, en primer lugar, una **apertura del objeto** de esta disciplina, tomando en consideración, junto con los mecanismos tendentes a garantizar la racionalidad, el control y la limitación del poder de las Administraciones públicas nacionales, las estra-

tegias orientadas a aumentar la eficacia de la actuación administrativa; y propone también extender la aplicación de estos mecanismos y estrategias tanto a las administraciones en mano privada como a las administraciones europea y global.

56. La **apertura geográfica** y la observación de otras culturas jurídicas tiene como consecuencia una revitalización y una nueva orientación del **Derecho comparado**, que pretender rebasar el ámbito de la erudición académica en el que se ha circunscrito tradicionalmente para ofrecer respuestas a los problemas prácticos derivados de la europeización y la globalización. En la actualidad la comparación ha salido de las universidades para convertirse en una actividad que realizan todos los operadores jurídicos, y en particular los jueces. En este sentido el Derecho comparado se concibe como un método práctico e instrumental respecto del Derecho interno, que permite cubrir lagunas o perfeccionar soluciones. La comparación y la transferencia facilita, asimismo, la armonización de soluciones y la formación de un cuerpo de principios generales comunes tanto en el ámbito europeo como, en su caso, en el ámbito internacional.

6. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DISCIPLINA

57. La asignatura de Derecho administrativo se imparte en la actualidad en todas las facultades de Derecho de España, tanto en el primer como en el segundo ciclo (esto es, en los estudios de grado y de máster), aunque la concreta distribución de sus contenidos es diversa, puesto que depende de los planes de estudios aprobados por cada universidad.

58. La Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y el Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, establecen que los planes de estudios, mediante los que se estructuran los objetivos formativos de un título universitario oficial, así como los conocimientos y contenidos que se pretenden transmitir, serán elaborados por las universidades. La elaboración de los planes debe tomar en consideración las directrices comunes vigentes en los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho, aprobadas por RD 1424/1990, de 26 de octubre, que establece que la carga troncal común debe incorporar los contenidos mínimos siguientes: "El ordenamiento administrativo. Estructura y régimen básico de las Administraciones Públicas. Posición del administrado y su tutela jurisdiccional"; "Consideración de los medios, bienes y actuación de las Administraciones Públicas, con especial referencia a los sectores de la intervención administrativa".

59. La exposición de estos contenidos en las aulas y en los manuales de Derecho administrativo se organiza a partir de la utilización de diversas **ideas ordenadoras** que tienen por objeto facilitar la comprensión y la aplicación del Derecho positivo. Los manuales más completos y los planes de estudio que otorgan mayor número de créditos a esta materia acostumbran a dividir la asignatura en una parte general y una parte especial del Derecho administrativo.

60. Con independencia de la concreta distribución de los planes de estudio, la ordenación del Derecho administrativo en una **parte general y una parte especial o sectorial** tiene una larga tradición. La parte general incluye habitualmente los fundamentos del Derecho administrativo, así como la organización, las prerrogativas, los

procedimientos y los controles sobre la Administración, mientras que la parte especial incluye el estudio de los medios de los que dispone la Administración (medios económicos, bienes públicos, empleados públicos) y de los concretos sectores de la actividad administrativa (urbanismo, medio ambiente, servicios de interés económico general, servicios sociales). Contenidos tales como la contratación pública, la expropiación forzosa o la actividad sancionadora de la Administración se incluyen, según los casos, en la parte general o en la parte especial (aunque deberían incorporarse en la parte general porque describen técnicas que son aplicables a todos los sectores, cumpliendo la función de ordenar y dirigir el Derecho administrativo especial o sectorial). En todo caso, el Derecho administrativo sólo se puede entender como un ordenamiento en el que interactúan reglas generales y especiales o sectoriales: las leyes administrativas generales se complementan, adaptan o modulan a través de las leyes especiales o sectoriales; y estas, a su vez, sólo cobran pleno sentido por referencia a las leyes generales.

61. Por ejemplo, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, no solo ordena los instrumentos intervención de la Administración en este sector —mediante la actividad de planificación y regulación— sino que también prevé **especialidades para las expropiaciones** necesarias para la construcción de la red eléctrica y establece un régimen sancionador particular para este sector. Estas especialidades sólo se pueden entender en relación con la regulación general de la expropiación forzosa contenida en la LEF.

62. Las materias propias de la parte general se encuentran principalmente reguladas en las grandes leyes administrativas y presentan una cierta estabilidad (*supra* § 2.26), mientras que las propias de la parte especial y, en particular, las relativas a los diversos sectores de referencia del Derecho administrativo se caracterizan por su dinamismo y complejidad (*supra* § 2.45). En todo caso, la amplitud y grado de desarrollo actual de la legislación sectorial, así como su marcado carácter autorreferencial, permiten observar el surgimiento de **Derechos generales en las distintas partes o sectores del Derecho administrativo especial**. Así puede hablar hoy, por ejemplo, de un Derecho administrativo económico general que da sentido y coherencia sistemática a diversos ordenamientos sectoriales (Derecho de la energía, del transporte, financiero, etc.).

63. La extensión de este manual no permite desarrollar todo el contenido de la parte especial del Derecho administrativo, aunque incorpora lecciones sobre la actividad de ordenación y control (*infra* § 22), la actividad de prestación y garantía (*infra* § 23), la actividad de fomento (*infra* § 24), la actividad de regulación (*infra* § 25), los medios económicos (*infra* § 29), los bienes públicos (*infra* § 30) y los empleados públicos (*infra* § 31). En la exposición de los contenidos propios de la parte general se incorporan también numerosos ejemplos de la parte especial del Derecho administrativo. La ordenación del contenido de este manual se articula en torno a los tipos organizativos de administración (*infra* § 8-12), las formas de actuación administrativa (*infra* § 15-21) y los tipos de actividad administrativa (*infra* § 22-27). Estas ideas ordenadoras están presentes a lo largo de la historia del Derecho administrativo, aunque los conceptos que engloban hayan sufrido una notable transformación, como se irá viendo a lo largo de las lecciones siguientes.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Marcos ALMEIDA CERRADA, "Historia de la Ciencia del Derecho Administrativo en España", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires, Sâo Paulo, 2021, pp. 329-376.

Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, "La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso–administrativa", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 4 (2021), pp. 7-65.

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

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?" *Revista de Administración Pública*, núm. 199 (2016), pp. 11-50.

José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 189 (2012), pp. 11-40.

José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2013.

José ESTEVE PARDO, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2023.

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Derecho administrativo y Derecho internacional", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2021, pp. 665-742.

Oriol MIR PUIGPELAT, "Los sesgos en la investigación del Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 12 (2025), pp. 7-42

Francisco VELASCO CABALLERO, "Introducción al Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2021, pp. 37-93.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Rasgos del Derecho administrativo contemporáneo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires, Sâo Paulo, 2021, pp. 377-441.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Introducción al Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2021, pp. 37-93.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 89-115
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L03
© Luis Medina Alcoz
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 3
BASES HISTÓRICAS

Luis Medina Alcoz
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. PREHISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN.—2. DIVISIÓN DE PODERES Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA.—3. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA: 3.1. Planteamiento general; 3.2. Iniciación: la Administración como idea; 3.3. Planificación: la Administración como proyecto; 3.4. Ejecución: la Administración como realidad; 3.5. Consolidación: la Administración como realidad afianzada.—4. ADMINISTRACIÓN SOMETIDA AL DERECHO COMÚN.—5. SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—6. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 6.1. Hasta la Segunda Guerra Mundial; 6.2. Desde de la Segunda Guerra Mundial.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2 Bibliografía complementaria recomendada.

1. PREHISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. La idea de Administración pública era inconcebible en la **Edad Media**, y ello tanto en el sentido subjetivo (organización) como en el objetivo (actividad o función). El monarca era nada más que un juez que impartía justicia, alguien que encarnaba una suerte de **Estado jurisdiccional**: "es puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la Justicia e dar a cada uno su derecho" (Partidas 2, 1, 5). Ello no era expresión de una ideología "garantista" o "liberal", sino la consecuencia de que el poder estuviera disuelto en una sociedad compleja, integrada por múltiples ele-

mentos corporativos (ciudades, universidades, gremios, señores, instituciones de la Iglesia), y de que esta larga serie de entidades reconociese a la corona autoridad nada más que para tutelar los derechos originarios de cada una a fin de conservar el equilibrio recíproco entre todas ellas. Se impuso así una visión panjudicial según la cual el rey y sus agentes, incluso cuando alguna vez realizaban tareas que hoy llamaríamos administrativas, debían tramitar un procedimiento contradictorio y resolverlo con base en razonamientos jurídicos; solo así podían obligar a un súbdito a hacer (o a soportar) algo en contra de su voluntad.

2. Durante la **Edad Moderna**, el creciente intervencionismo monárquico no exigió, en principio, la invención de una función administrativa radicalmente nueva y distinta. Dio lugar más bien a una **especialización** en el ejercicio de la jurisdicción. El gobierno polisinodial de los Austrias lo expresaba magníficamente en España. Una variedad de órganos colegiados (consejos) de carácter territorial (Castilla, Aragón, Navarra, Portugal, Italia, Indias, Flandes y Borgoña) o temático (Estado, Guerra, Hacienda, Órdenes Militares, Inquisición, Cruzada), dominados en buena medida por la nobleza y la jerarquía eclesiástica, procuraba conservar la monarquía y el orden establecido actuando como lo hacen los tribunales, con procedimientos, audiencias, alegaciones, pruebas, deliberaciones y disquisiciones en torno a los posibles fundamentos jurídicos. Ejercía una jurisdicción "retenida" en el sentido de que sus resoluciones se presentaban formalmente como asesoramiento al rey. La monarquía "jurisdiccional" de los Austrias se completaba con altos tribunales en las ciudades capitalinas o principales de cada reino (audiencias y chancillerías); y magistraturas locales, como los corregidores castellanos: jueces de designación real desplegados en el territorio y auxiliados, en su caso, por especialistas en leyes (alcaldes mayores, tenientes de corregidores); presidían los concejos y actuaban con preeminencia sobre sus regidores o alcaldes ordinarios.

3. No obstante, las monarquías europeas, señaladamente la francesa y la española, fueron aislando y ensanchando un ámbito exento de los límites jurídicos y procedimentales propios del Estado jurisdiccional medieval o, lo que es lo mismo, un ámbito de poder absoluto donde el rey o sus agentes podían decidir ágil y espontáneamente al margen del Derecho. A la **justicia**, entendida como actividad procedimentalizada de juristas dirigida por las reglas "naturales" de la moral y el Derecho, acabará oponiéndose así la **policía o gobierno**, concebido como actividad informal de hombres de experiencia orientada por máximas "artísticas" o "voluntarias", expresivas de *utilitas* o razón de Estado. El desarrollo de lo gubernativo conllevaba estructuras organizativas más ejecutivas (salas de gobierno, cámaras, juntas, virreyes, gobernadores, superintendentes, intendentes) y formas de despacho más ágiles (vías de expediente o gracia), destinadas a canalizar aquella actividad tendencialmente libre o voluntaria. Llegaron incluso a formularse abiertamente propuestas de diferenciación orgánica de la justicia y el gobierno, no para desarrollar dogmas liberales, sino para lo contrario, esto es, para reforzar la acción interventora del monarca.

4. A este último respecto, el Marqués de la Ensenada, Secretario de Estado de Fernando VI, recordaba en su Representación de 1751 que "el mismo Consejo de Castilla, en consulta hecha a fines del siglo pasado, confesó sustancialmente que de gobierno, policía y economía de los pueblos no entendían

sus ministros, porque siendo materias que las enseña la práctica, carecían de ella en carrera de toga", pidiendo al rey "que se le relevase de estos cuidados, para poder atender a su principal obligación, que es la justicia". Haciendo suyo este parecer, el Marqués propugnaba "dejar el Consejo de Castilla con sólo lo de justicia […], repartiendo el gobierno, policía y economía de los pueblos con ordenanzas en ministros que respondan inmediatamente a V. M.". Años más tarde, en 1795, Francisco Cabarrús, ministro de hacienda de Carlos IV, lo aconsejaba con toda elocuencia. Razonaba que para evitar equivocaciones, el príncipe debe "poner en distintas manos la administración de justicia y el gobierno, sin permitir que estas cosas, distintas por naturaleza, se reúnan, conservando al mismo tiempo á cada una de ellas los atributos que les son esenciales"; "Dejen las secretarías á los tribunales la administración de justicia, sin intervenir por ningún término en ella; y estos tribunales para nada intervengan en el gobierno: á esto reduzco todos los remedios de nuestros males, y algunas cortas explicaciones bastarán á demostrar su eficacia"; "quítese á todas las secretarías cualquiera intervención en las causas civiles y criminales, so pena de una responsabilidad personal, severa, irrevocable".

4 bis. Suele subrayarse con razón el papel de la monarquía gala en el desarrollo de la idea de gobernación o policía; en competencia permanente con otras potencias y sumida en múltiples guerras civiles de religión, Francia hubo de intervenir más ampliamente en la vida social y levantar una organización institucional más sofisticada para obtener los ingentes recursos que demandaban las constantes campañas militares. Ahora bien, no puede dejar de destacarse también el intervencionismo hispánico en las Indias (GARCÍA-GALLO, 1970; BRAVO, 1990; PIHLAJAMÄKI, 2002; 2015). La monarquía de los Austrias desarrolló la idea de gobernación como algo diferente de la justicia al abrirse camino dentro de un **Nuevo Mundo** sin cortes estamentales, señoríos, gremios, corporaciones o fueros, así como al emprender un proyecto civilizatorio, concretado en la evangelización, la educación y el cuidado de los indígenas; en la fundación de ciudades, hospitales, universidades, colegios mayores y escuelas; y en el desarrollo de la cartografía, la imprenta, la minería, las finanzas, la ingeniería y el urbanismo.

5. En todo caso, el **ámbito de lo gubernativo** siguió siendo **muy circunscrito**, por dos razones. En primer lugar, hasta el final del Antiguo Régimen sobrevivió la matriz jurisdiccionalista como marco de justificación de (y fuente de límites para) los poderes coercitivos del Rey y sus agentes. Lo gubernativo no llegó a diferenciarse orgánicamente de la justicia y su ámbito natural siguió siendo lo doméstico o interior (gestión de bienes y rentas de la corte real, de las casas anejas y de la corona), pues, al desplegarse hacia dentro, faltaban la pluralidad subjetiva y la alteridad características de la justicia. Lo gubernativo se correspondía, en general, con tareas que podían gestionarse sin las solemnidades jurisdiccionales por no implicar coerción ni limitación de derechos (concesión de títulos, oficios, dispensas, perdones, salvoconductos, licencias, donaciones) o ubicarse al margen de la gestión ordinaria (asuntos diplomáticos y militares). De modo que, como regla general, solo autoridades revestidas de jurisdicción, conforme a las formas propias del juicio, podían ejercer poder con efectos restrictivos *ad extra* sobre los súbditos.

6. Ciertamente, no había entonces nada parecido a lo que hoy denominamos "Estado de Derecho": la proliferación de privilegios y jurisdicciones, así como la inmensa discrecionalidad judicial concretaban la desigualdad inherente al orden feudal, haciendo absolutamente impensables ideas que hoy consideramos fundamentales, como la seguridad jurídica y la predeterminación legal de las medidas sancionadoras o restrictivas, entre otras. Es igualmente cierto que el rey, al presentarse como un patriarca obligado por Derecho divino a velar por la felicidad de sus vasallos como lo hace un padre con los miembros de su casa, pretendía dar entrada a la lógica expeditiva de lo gubernativo en decisiones con relevancia externa, como si formaran parte también del ámbito doméstico o interior de la corona, evitando las solemnidades y la negociación con las instituciones corporativas (p. ej., las sanciones por perturbación del orden público que imponía la Superintendencia general de policía de Madrid). También lo es que el aparato monárquico incurrió en comportamientos despóticos, como la persecución de

los opositores políticos o el cierre de las universidades, por citar solo dos ejemplos de las postrimerías del Antiguo Régimen. Ahora bien, nada de esto autoriza a desconocer que existían **límites institucionalizados al ejercicio del poder** vinculados, precisamente, a la subsistencia de una sociedad corporativa y al juego de aquella matriz jurisdiccionalista o concepción panjudicial del Estado.

7. En segundo lugar, a finales del siglo XVIII, la actividad gubernativa del rey y sus oficiales seguía consistiendo, al menos en la España del Viejo Mundo, más que en realizar tareas de gestión en beneficio de los vasallos, en regular esas tareas a través de **leyes de policía** o autos de buen gobierno. La corona no centralizaba las actividades que hoy llamamos administrativas (orden público, educación, beneficencia, obras públicas…); cometidos que siguieron correspondiendo en su mayoría a aquella ingente variedad de cuerpos intermedios. De modo que eran estos quienes con mucha más frecuencia podían perjudicar o vulnerar derechos adquiridos; derechos que en todo caso contaban con la protección de la monarquía a través de su complejo entramado de magistraturas o justicias.

8. El llamado "gobierno político y económico de los pueblos", que incluía abastos, cárceles, obras públicas, limpieza de calles y caminos y derribo de edificios que amenazan ruina, entre otros asuntos, correspondía a los ayuntamientos o concejos y a sus regidores, instancias dominadas por la nobleza, fuera del alcance de los agentes reales, muy lejos aún de conformar un "poder público" vinculado al Estado (VELASCO, 2020). Los corregidores de la Corona desplegados en el territorio desempeñaban tareas eminentemente jurisdiccionales, ejerciendo todo lo más funciones inspectoras respecto de las actividades de aquellas corporaciones. Ciertamente, los intendentes —comisarios reales extendidos también en el territorio— realizaban tareas de índole gubernativa, pero circunscritas a los ramos de hacienda y guerra (Real Cédula de 13 de noviembre de 1766). La protección del orden público, captada por el paradigma liberal como razón de ser del Estado, era, en realidad, una tarea que no desarrollaban los agentes del rey; fue centralizándose solo en una mínima parte y muy lentamente a través de la Superintendencia general de policía de Madrid (1782-1792).

9. Habrá que esperar a las revoluciones liberales y a la consecuente **desaparición de la sociedad corporativa** y de la monarquía tradicional para asistir a la transmutación efectiva de aquellas funciones políticas o gubernativas en la Administración pública contemporánea, una autoridad gubernativa que ocupa el vacío resultante de la liquidación de los cuerpos intermedios y que ejerce amplios poderes coercitivos al margen de la tradicional *iurisdictio.*

10. Inversamente, la historiografía y el administrativismo del siglo XIX **presentaban el régimen político del Antiguo Régimen como un Estado de fuerza** que actuaba al margen del Derecho a través de una poderosa Administración (p. ej., en España, COS, 1868; en Alemania, MAYER, 1895). De acuerdo con este tradicional enfoque, el legislador liberal habría logrado limitar esa Administración preexistente a través de los principios de separación de poderes y legalidad. Esta imagen tenía un fondo de verdad (*supra* § 3.6), pero mucho de **caricatura**, lo que cumplía una concreta finalidad práctica: ocultar que el llamado Estado liberal era, en realidad, un Estado amplio, con una capacidad de intervención sin precedentes, y el Derecho administrativo, un nuevo orden sin límites de Derecho natural y constitucional que garantiza esencialmente, no los derechos del individuo, sino la posición de superioridad de una autoridad completamente nueva: la Administración pública (*infra* § 3.48-57). El **absolutismo** en el Antiguo Régimen no puede reputarse un simple mito historiográfico, pero tampoco puede ignorarse que los rasgos que permitían caracterizarlo como tendencia fueron exacerbados, ofreciendo una explicación muy distorsionada de la verdadera dimensión del Estado y sus límites. Lo ha puesto de relieve la historiografía moderna, de la que es plenamente tributaria esta Lección: MANNORI (1990, 2007), MANNORI y SORDI (2001, 2004). También, refiriéndose específicamente a la Monarquía españo-

la: GONZÁLEZ (1988), HESPANHA (1989, 1990), CLAVERO (1995, 1996), LORENTE (2007), AGÜERO (2007), MEDINA (2022).

2. DIVISIÓN DE PODERES Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA

11. A diferencia de la Revolución Gloriosa —que restringió las facultades de la corona inglesa sin la pretensión de suprimir los privilegios aristocráticos— y de la Revolución norteamericana de las Treces Colonias —que actuó sobre una sociedad igualitaria de origen—, la **Revolución Francesa** (1789-1804) promovió la radical trasformación de la estructura social, ajustándola a postulados racionales de libertad e igualdad. Proclamó que los hombres "nacen y permanecen libres e iguales" y que las "distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común" (art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789). Ello condujo a la abolición irrevocable de las "instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos" (Preámbulo de la Constitución de 1791). Se suprimieron los derechos y privilegios de la nobleza, del clero, de las ciudades y provincias y se prohibieron las corporaciones gremiales y las asociaciones de todo tipo (Ley Chapelier de 14 de junio de 1791).

12. La **aniquilación de los cuerpos intermedios** dejó un enorme vacío entre el individuo y el Estado que ocupó una autoridad nueva: la **Administración**, concebida, por efecto del principio de división de poderes —otra formidable innovación revolucionaria—, como autoridad diferenciada del poder judicial capacitada para ejercer coerción sin sujeción a las pautas y criterios propios de la justicia. Múltiples tareas hasta entonces desperdigadas entre las instituciones sociales del Antiguo Régimen acabaron así, prácticamente de golpe, centralizadas en este nuevo poder (salubridad, seguridad y tranquilidad públicas; prisiones, incentivos a la industria y la agricultura; propiedades públicas; bosques; educación; beneficencia; pobres, mendigos y vagabundos). Se dice habitualmente por ello que, junto al código, el Estado administrativo, entendido como Estado hegemonizado por la Administración, es el legado más universal de la Francia revolucionaria y bonapartista.

13. Una de las piezas maestras del llamado **régimen administrativo** inaugurado en el país vecino fue una reinterpretación por completo heterodoxa de la separación de poderes, muy alejada de la formulación liberal originaria (Locke, Montesquieu, Blackstone, Jefferson), que no concebía siquiera la idea de una Administración pública con amplios poderes coercitivos para promover el interés general y conformar la vida social. En virtud de la relectura francesa, la separación de poderes impedía demandar a la recién nacida Administración ante los órganos del poder judicial porque *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración es también administrar). Establecido el privilegio administrativo de la inmunidad judicial, el control de la legalidad de los actos administrativos se encomendó a la propia Administración: el Consejo de Estado (art. 52 de la Constitución de 24 de diciembre de 1799) y los Consejos de Prefectura (Ley de 17 de febrero de 1800), órganos *administrativos* especializados que ejercían una **justicia** *administrativa* inicialmente **retenida** (sus de-

cisiones no vinculaban al Gobierno y al Prefecto) que pasó a ser **delegada** (decisiones vinculantes), primero durante un tiempo (1848-1852) y definitivamente después (Ley de 24 de mayo de 1872).

14. La **Revolución española** (1808-1814) fue más moderada y menos igualitarista que la francesa, pero siguió su estela, de un lado, al impulsar la **transformación del viejo orden feudal** (degradación de los señoríos territoriales y solariegos a meros derechos de propiedad; supresión de privilegios; obligación de que todos los españoles contribuyan a los gastos del Estado y que lo hagan en proporción a sus haberes; abolición de la inquisición; prohibición de los signos de vasallaje y de las pruebas de nobleza para acceder al ejército; plan de desamortización de bienes eclesiásticos y de la corona); y, de otro, al perfilar la **Administración** como poder coercitivo diferenciado del poder judicial que promueve el interés general, esto es, la felicidad de la nación y el bienestar de sus individuos. La Constitución de 1812 confiaba expresamente al Estado (el gobierno supremo, los jefes políticos provinciales dependientes del anterior y los nuevos "ayuntamientos constitucionales") no solo cometidos que la corona venía realizando —como la promoción de la agricultura, la industria y el comercio—, sino también actividades hasta entonces propias de organizaciones eclesiásticas, señoriales o corporativas como la "instrucción pública" (arts. 366-371) y "el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia" (art. 321.6). Llegó a establecerse una Secretaría de gobernación para la península llamada a asumir todas las competencias relacionadas con el gobierno político y económico del Reino (Decreto de 6 de abril de 1812).

15. Ahora bien, aquellas Cortes proclamaron la **división de poderes en su versión liberal ortodoxa**, como garantía de libertad frente al despotismo tanto en su primer Decreto, aprobado el 24 de septiembre de 1810, como en la Constitución: "El examen y la experiencia de todos los siglos han demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, ni por lo mismo justicia ni prosperidad, en un Estado en donde el *exercicio* de toda la autoridad soberana esté reunido en una sola mano" (Discurso preliminar). A diferencia de lo previsto en el país vecino (y en el Estatuto de Bayona de 1808 aprobado para la España bonapartista), esta formulación conllevaba el sometimiento de la naciente Administración española a los **tribunales ordinarios** (SANTAMARÍA, 1972).

16. El viejo orden corporativo, el sistema polisinodial y la indiferenciación de funciones no llegaron a desaparecer como consecuencia de la doble **reacción fernandina** (1814-1820, 1823-1833). Sin embargo, la separación orgánica de lo gubernativo y lo contencioso siguió proponiéndose incluso entonces a partir, no ya de los postulados liberales, sino dede premisas próximas al viejo despotismo ilustrado (*supra* § 3.3-4). Se pretendía racionalizar la estructura estatal para edificar dentro de ella un poder coercitivo amplio y autónomo respecto de la declaración del Derecho, denominado ya normalmente "Administración General del Reyno", "Administración civil" o "Administración pública".

17. Javier de Burgos y Pedro Sainz de Andino recomendaron a Fernando VII la instauración de un régimen de división de poderes, entendido como canal de un amplio intervencionismo de Estado. El

primero se mostraba partidario de la separación orgánica "de la Administración y de la Justicia" por las "diferencias notables" entre las "leyes judiciales y las administrativas", así como entre las profesiones de "jurisconsulto y administrador". El segundo subrayaba en la misma línea que "nuestras leyes administrativas" "siempre han propendido a la confusión de la autoridad civil con la autoridad judicial; o lo que es lo mismo del poder con la jurisdicción, y este es el defecto cardinal de cuantos reglamentos de policía se han publicado en España". Sobre esta base, ambos solicitaban la configuración de una Administración "inmensa" y "omnipresente" con múltiples agentes y extensas ocupaciones (BURGOS, 1826) cuya acción "debe sentirse en todas partes y a toda hora" (SAINZ DE ANDINO, 1829).

18. Más adelante abordo específicamente la transmutación efectiva de las funciones gubernativas, económicas o políticas ejercidas por autoridades judiciales en la Administración pública contemporánea (*infra* § 3.21-41). Ahora interesa subrayar que a principios del siglo XIX esta era la concepción de la división de poderes de una parte muy significativa del pensamiento político español —y europeo—, inserta en una tradición teórica favorable al **intervencionismo** que se remonta a los Austrias, alejada de la genuina formulación liberal. Ahora bien, también es cierto que, al proponer la concentración en la nueva autoridad administrativa (singularmente, el Ministerio de Fomento) de las múltiples funciones gubernativas desarrolladas por el orden feudo-corporativo, Burgos y Sainz de Andino favorecían la construcción de una **sociedad de hombres iguales**, sin privilegios por razón de nacimiento, territorio o profesión, en consonancia con los más genuinos postulados liberales. De hecho, solo el régimen liberal había intentado llevar a cabo esta propuesta (1810-1814, 1820-1823); y solo él la establecerá definitivamente a partir de 1833 (GONZÁLEZ, 1995).

19. Tras la **muerte de Fernando VII**, la división de poderes se convirtió en un principio prácticamente indiscutido, solo contestado por el tradicionalismo político (como el último Donoso Cortés o Vázquez de Mella). Formaba parte del ideario compartido por los dos partidos liberales, en un caso como soporte para levantar una Administración fuerte y poderosa (moderados o conservadores); en otro, como garantía de libertad frente al despotismo (progresistas). No ha de extrañar pues que poco antes de la promulgación del Estatuto Real de 1834, varios Decretos impulsaran pacíficamente la **separación orgánica** de las funciones gubernativas y las contenciosas sin necesidad de invocar el principio de división de poderes ni proclamar que ello servía a la libertad individual. Tampoco que todas las Constituciones posteriores, de signo tanto conservador (1845, 1876) como progresista (1869) o intermedio (1837), atribuyeran directa o indirectamente las funciones ejecutivas o administrativas a un aparato organizativo diferenciado de los poderes legislativo y judicial. En fin, se comprende igualmente, a la vista de la larga duración de los gobiernos conservadores, que la división de poderes se consolidara durante el siglo XIX como canal de un extenso intervencionismo de Estado más que como garantía de libertad; cosa plenamente coherente con la ideología imperante en la Europa postnapoleónica.

20. El principio de división de poderes experimentó, en efecto, penetrantes **modulaciones**, siempre en beneficio del ejecutivo y en perjuicio de los otros dos poderes. La Administración ejerció **amplias potestades normativas**, desplazando virtualmente a las cámaras parlamentarias durante algunos periodos, y disfrutó enormes **privilegios jurisdiccionales**, destacadamente, la imposibilidad de que los tribunales ordinarios controlasen sus actos imperativos o de mando, afirmados como infiscalizables o exclusivamente revisables por la propia Administración dentro de un régimen contencioso–administrativo, instaurado en 1845 siguiendo la senda trazada por las reformas napoleónicas (*infra* § 3.35).

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

21. Si de un modo u otro en España, como en Francia, la división de poderes quedó prontamente establecida, la **realización práctica del Estado administrativo** no se produjo de la misma manera; no apareció de golpe ni en poco tiempo. En primer lugar, no acaeció entre nosotros el derrocamiento violento del viejo orden feudal que allí propició la sustitución repentina de los cuerpos intermedios por una Administración nueva, fuerte y poderosa. En segundo lugar, dos simas históricas habían cortado sucesivamente la continuidad del Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961). Por un lado, el cambio dinástico (1700) y la llamada Guerra de Sucesión (1701-1713), que colocaron la monarquía española en situación de dependencia respecto a la francesa y propiciaron la pérdida de buena parte de las posesiones europeas. Por otro lado, el proceso revolucionario sin precedentes desencadenado tras las abdicaciones de Bayona y el apoyo dispensado por las instituciones españolas al Rey francés (1808). A la guerra contra el ejército napoleónico siguieron las libradas contra los insurrectos de ultramar, terminadas con la pérdida del último bastión español en América del Sur (Chiloé, 1826) y el fracasado intento de reconquistar México (Batalla de Tampico, 1829); y la primera de las Carlistas (1833-1840), que puso en jaque el régimen constitucional restablecido tras la muerte de Fernando VII.

22. Durante las primeras décadas del ochocientos nuestro aparato estatal estaba pues muy debilitado como consecuencia de aquella doble ruptura, los conflictos bélicos, la pérdida de los mercados americanos, la ausencia de control efectivo del territorio (en parte ocupado por autoridades carlistas durante la guerra civil), la crisis financiera y, derivadamente, la fuerte dependencia de acreedores, prestamistas y potencias extranjeras. En este contexto se hallaron las fuerzas para diseñar y poner en marcha un Estado administrativo; programa ambicioso que se hizo realidad después de un laborioso proceso. Ubicada dentro del bloque de países de Europa occidental que afirmó antes el **Estado administrativo**, España levantó uno d**e los más antiguos y estables** (PRO, 2019). Cabe distinguir convencionalmente cuatro fases, que abordo en breve: la Administración como idea (iniciación), la Administración como proyecto (planificación), la Administración como realidad (ejecución) y la Administración como realidad afianzada (consolidación).

3.1. Iniciación: la Administración como idea

23. Durante el último periodo del reinado de Fernando VII (1823-1833), ante el evidente agotamiento de la monarquía tradicional, la quiebra de las arcas públicas y la firme voluntad de no alterar la infraestructura económica de la nobleza y el clero, la construcción de una **Administración fuerte y racionalizada** se teorizó como sucedáneo de reforma política alternativa a la revolución. Una serie de autores de formación francesa (*supra* § 3.16-18), continuadora de la tradición del despotismo

ilustrado (*supra* § 3.3-4), generalizó el neologismo "Administración" y, con ello, la defensa de un aparato centralizado, sin funciones judiciales, con amplios poderes coercitivos, que usa siempre formas expeditivas (gubernativas) para garantizar el orden público y fomentar la productividad.

24. En el plano de las medidas efectivamente adoptadas, sobresalen dos disposiciones, retratadas muchas veces por la historiografía como punto de arranque del proceso de construcción del Estado administrativo. Se trata de los Reales Decretos de 5 y 9 de noviembre de 1832, aprobados tras los "sucesos de la Granja" (enfermedad de Fernando VII, recuperación del sistema tradicional de sucesión al trono, que incluía a las hijas del rey en ausencia de hermanos varones; alianza de María Cristina con los liberales para asegurar los derechos dinásticos de su hija Isabel frente al tradicionalismo carlista). A su través **arraigó en el Derecho positivo la idea de "Administración"** y la palabra para designarla, ya presentes en la Constitución de Cádiz y en el proyecto de Código Civil de 1821. Siguiendo las recomendaciones de Javier de Burgos, estas disposiciones crearon la **Secretaría de Estado y de Despacho de Fomento**, atribuyéndole todas las competencias relativas a la "administración interior", lo que incluía, entre otras: sorteos y levas para el ejército y la marina; la policía urbana y rural, en general, todo lo relacionado con la seguridad pública; las cárceles y casas de corrección; la instrucción, incluidas la primera enseñanza y las universidades; la beneficencia y la sanidad; las comunicaciones; las obras públicas; la agricultura, la industria, el comercio y las bellas artes; la estadística general del Reino.

25. También destacan las **reformas hacendísticas**, los primeros ensayos de ordenación de la función pública (Real Orden de 19 de agosto de 1825 y Real Decreto de 7 de febrero de 1827, en relación con el personal del Ministerio de Hacienda) y un arreglo de la policía del Reino (Real Decreto de 13 de enero de 1824) que trató de centralizar parte del gobierno político y económico de los pueblos, así como implicar al aparato monárquico en el desarrollo de tareas típicamente municipales.

26. Se avanzaba así hacia el Estado administrativo. Ahora bien, la cartera quedó vacante y sin organizar en vida de Fernando VII. **Subsistiendo el régimen de particularismos y privilegios**, sin políticas redistributivas y con poquísimos recursos públicos, el ambicioso proyecto, solo esbozado en los trabajos de aquellos autores y apenas concretado en aquellas disposiciones, no podía aún hacerse realidad. El **entramado feudo–corporativo** siguió operativo de hecho sin apenas modificaciones reales y, con él, su expresión institucional más significativa: el régimen polisinodial.

3.2. Planificación: la Administración como proyecto

27. Tras la muerte de Fernando VII, durante las regencias de María Cristina (1833-1840) y Espartero (1840-1843) se produjeron varios hitos reseñables. En primer lugar, la instauración definitiva del régimen constitucional, que trajo consigo un formidable cambio social, presupuesto indispensable para la construcción del Estado administrativo. Iniciado por los **liberales doceañistas y veintenos** (1810-1814, 1820-1823), los gobiernos **progresistas** (1835-1837, 1840-1843) impulsaron fuertemente la liquidación de la sociedad corporativa: desamortización de bienes del

clero; abolición definitiva de la Inquisición; expulsión de la Compañía de Jesús; y supresión del diezmo eclesiástico, de los gremios, de los señoríos jurisdiccionales, del vasallaje, de las prestaciones personales al señor, de los mayorazgos, de las vinculaciones, de las pruebas de nobleza para acceder a las milicias y a la oficialidad, de las aduanas interiores y del "pase foral" (autorización para incumplir los mandatos reales cuando eran contrarios al Derecho particular de los territorios).

28. El segundo hito es la acabada **teorización del Estado administrativo** como alternativa al tradicionalismo carlista y al liberalismo revolucionario y como compensación a la inestabilidad política consubstancial a las disputas partidarias de todo régimen representativo. La enseñanza y el estudio de la Administración y el "Derecho administrativo" (otro neologismo aparecido en esta época) vivieron una auténtica edad de oro sin igual en el contexto europeo. Aparecieron cátedras de Administración o Derecho administrativo en varias sociedades científicas y establecimientos oficiales, así como revistas orientadas total o parcialmente al análisis y defensa de la Administración. Se publicaron múltiples estudios generales y sectoriales, muchos de calidad (Javier de Burgos, José Canga Argüelles, Alejandro Oliván, José Posada Herrera, Miguel Puche Bautista, Manuel Ortiz de Zúñiga, Pedro Gómez de la Serna, entre otros). **Bajo el signo del liberalismo moderado**, desarrollaron un proyecto igualitarista e intervencionista, con raíces en Cádiz y el despotismo ilustrado, continuador de la ciencia administrativa iniciada en tiempos de Fernando VII.

29. Junto al formidable cambio social y el impresionante desarrollo de las ciencias administrativas, el tercer hito, directamente conectado con los anteriores, es la efectiva colocación de la **reforma administrativa** en el centro de las preocupaciones gubernamentales: "las reformas administrativas, únicas que producen inmediatamente la prosperidad y la dicha, que son el solo bien de un valor positivo para el pueblo, serán la materia permanente de mis desvelos" (Manifiesto de la Reina regente de 4 de octubre de 1833). Las medidas tendentes a levantar el Estado administrativo operaban, no ya como sucedáneo de reforma política para evitar la revolución liberal, sino como complemento absolutamente indispensable del nuevo régimen constitucional, afianzado tras el Convenio de Vergara (1839), que puso fin a la Primera Guerra Carlista en el norte (NIETO, 1996).

30. La Reina regente designó precisamente a Javier de Burgos titular del Ministerio de Fomento con el encargo de proponer la **división civil del territorio en provincias** como base de la "administración interior"; división inmediatamente llevada a término a través de dos Reales Decretos de 30 de noviembre de 1833. Comoquiera que el Ministerio y sus sucursales provinciales debían concentrar una inmensidad de tareas administrativas, se aprobaron circulares que ordenaban para empezar que los jefes militares o capitanes provinciales traspasasen todas sus funciones en materia de policía, lo que se llevó a efecto con resistencias y dificultades en algunos lugares. Se publicó en paralelo la célebre Instrucción para subdelegados de Fomento, elaborada por Javier de Burgos, con múltiples pautas para la gestión adecuada de la gran variedad de ámbitos materiales que debía pasar a depender del Ministerio de Fomento. Se suprimieron los Consejos de la Monarquía (Reales Decretos de 25 de marzo de

1834; Real Decreto de 28 de septiembre de 1836), atribuyendo sus competencias gubernativas al ministerio correspondiente.

31. Las **viejas magistraturas del Antiguo Régimen** fueron desapareciendo paulatinamente o traspasando sus funciones gubernativas al Ministerio de fomento o gobernación. Sin embargo, estas reformas, aunque tenían en el horizonte la Administración amplia y racionalizada anhelada por aquellos autores, estuvieron aún lejos de hacerla realidad; lo impedían las oligarquías locales, las dificultades financieras y la oposición del ejército, contrario al fortalecimiento de la Administración civil por temor a un debilitamiento correlativo de la Administración militar (PRO, 2016 y 2019).

3.3. Ejecución: la Administración como realidad

32. Durante el reinado isabelino (1843-1868), los **gobiernos moderados** respetaron las reformas progresistas, incluida la nueva oleada de desamortizaciones de bienes eclesiásticos y municipales emprendida durante el "Bienio progresista" (1854-1856), culminada a finales de siglo. Desarrollaron otras igualmente orientadas a la transformación social. Destacan las relacionadas con la estructura y el papel de la Iglesia, singularmente el concordato de 1851. Reconocieron la confesionalidad católica del Estado, pero la Iglesia perdió parte de su extenso campo de acción y quedó sometida al gobierno (PRO, 2019). Sobresalen también las reformas destinadas a impulsar la revolución industrial y revitalizar la economía, que recuperó buena parte del tiempo perdido: conversión de la deuda flotante, reformas fiscales y monetarias, control de la emisión de billetes, nuevo sistema bancario.

33. En segundo lugar, continuó la edad de oro del estudio de la Administración y, con ella, la teorización y justificación pretendidamente científica del Estado administrativo, en perfecta consonancia con los presupuestos políticos del liberalismo moderado (sobresalen las contribuciones de economía política y Derecho administrativo de Manuel Colmeiro). Si durante el periodo de regencias los estudios administrativos fueron promovidos por instituciones extrauniversitarias, durante el reinado isabelino una universidad estatalizada (Plan Pidal de 1845, Ley Moyano de 1857) y profundamente renovada empezará a restar protagonismo a las escuelas especiales y a las sociedades científicas, reservando un amplio espacio a las **ciencias administrativas**, sin parangón en el ámbito europeo.

34. En tercer lugar, el partido moderado llegó al poder con la firme intención de hacer realidad el proyecto de Estado administrativo perfilado teóricamente en lo esencial ya durante el periodo de regencias (1833-1843); lo declaró así en sus primeras iniciativas: "Sin una Administración fuerte, uniforme y bien entendida, organizada de tal modo que el Gobierno ejerza su acción fácil y desembarazadamente en armonía con las instituciones políticas, extendiéndose su benéfica influencia por donde quier convenga, para proteger los bienes y las personas y fomentar todos los ramos de la riqueza pública, no es posible que una nación prospere: á la bue-

na administración deben otros Estados el bienestar que gozan; y á ella deberá también la nación española el llegar al grado de esplendor á que la llaman los elementos de riqueza que encierra en su seno" (exposición de motivos del Real Decreto de 30 de diciembre de 1843). Al permanecer en el poder durante prácticamente todo este periodo, alcanzó su propósito en buena medida; logró establecer las líneas maestras del Estado administrativo. Culminaba así la ya entonces llamada "**Revolución pacífica de la Administración**" (COS, 1860). Si los gobiernos progresistas lograron romper con el Antiguo Régimen y consolidar el régimen constitucional, los moderados pergeñaron la matriz del Estado español contemporáneo, un Estado administrativo sobre el cual se introducirán solo matices hasta la Constitución de 1978 (PRO, 2016).

35. Se edificó así una **Administración tendencialmente amplia** en términos funcionales y organizativos, dotada de múltiples potestades y privilegios. En cuanto a estos últimos, baste subrayar las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que levantaron el mencionado régimen **contencioso–administrativo** para actos de la Administración dictados en aplicación de leyes o reglamentos que no planteasen cuestiones de Derecho civil o penal. Integraban el orden contencioso–administrativo los consejos provinciales y el Consejo Real (llamado Consejo de Estado, a partir del Real Decreto de 14 de julio de 1858). Los primeros contaban con poderes decisorios en sentido estricto, pero sus resoluciones eran recurribles ante el segundo, que carecía de jurisdicción propia; ejercía funciones contenciosas en primera y única instancia, así como en grado de apelación o nulidad, operando siempre como órgano consultivo. La decisión final correspondía al rey, en consonancia con el régimen de justicia administrativa "retenida", si bien, como en Francia, muy rara vez los ministros se separaron de las decisiones propuestas.

36. Ahora bien, sería rigurosamente inexacto pensar que en la España del siglo XIX funcionó siempre el Estado unitario y fuerte que lucía en las constituciones y en las leyes administrativas. El Estado funcionó en el sentido de que realizó obras públicas, tareas de orden público…, pero hasta el último tercio de la centuria antepasada lo hizo, de hecho, como una especie de "confederación de ayuntamientos", en el sentido de que todas esas tareas se llevaban a cabo mediante la negociación constante del Gobierno central y los gobernadores civiles con las diputaciones y demás poderes locales (PRO, 2019).

3.4. Consolidación: la Administración como realidad afianzada

37. El Estado administrativo estaba definido en lo fundamental antes de la Revolución Gloriosa de 1868, que trajo consigo el propósito de desmontarlo. El pronunciamiento militar de Martínez Campos y la consiguiente **Restauración** de la monarquía constitucional (1874) cancelaron la iniciativa, abriendo otro periodo de larga estabilidad política e institucional que afianzó el Estado administrativo. De ello es clara expresión la obra legislativa de esta época, particularmente rica: leyes sobre expropiación forzosa (1879), reclamaciones económico–administrativas (1881 y 1885), lo contencioso–administrativo (1888), bases del procedimiento administrativo (1889) o cámaras de comercio, industria y navegación (1911); y en materia de ferrocarriles (1877), carreteras (1877), aguas (1879), puertos (1880), obras públicas (1877), obras hidráulicas (1911) y ordenación bancaria (1921). Los planes de estudios universitarios reforzaron el estudio del Derecho administrativo. Aparecie-

ron nuevas revistas orientadas a esta disciplina jurídica. Hubo asimismo una amplia producción científica, concretada en estudios monográficos y múltiples tratados (de autores como Vicente Santamaría de Paredes, Salvador Cuesta, Adolfo Posada y, ya en el siglo xx, Antonio Royo Villanova, José Gascón y Marín, Recaredo Fernández de Velasco o Carlos García Oviedo).

38. Ya a finales del siglo xix, el amplio desarrollo de la Administración y de las comunicaciones había hecho posible un **control estatal del territorio** hasta entonces desconocido, que puso fin al aislamiento disfrutado por las oligarquías locales casi sin interrupción desde la Edad Media. Ello favoreció el surgimiento de los movimientos regionalistas: "La experiencia de ver llegar al Estado hasta las puertas de casa despertó en las elites de las regiones más ricas y avanzadas el deseo de disponer de su propio estado como instrumento de poder exclusivo, o al menos, de una autonomía que impidiera la intromisión del Gobierno central en 'sus' asuntos" (PRO, 2019). Otros factores empujaron en la misma dirección: la afluencia masiva a las regiones industrializadas de trabajadores inmigrantes originarios de otras zonas de España, la subsistencia en aquellos territorios de fueros o privilegios procedentes del Antiguo Régimen, el creciente rechazo a los cambios de la modernidad y la crisis de la identidad nacional española vinculada al pensamiento regeneracionista.

39. La crisis del liberalismo (propiciada por la necesidad de servicios públicos inherentes al desarrollo urbano, el movimiento obrero, el reconocimiento de derechos políticos a las clases desfavorecidas, la puesta en marcha de políticas sociales e intervencionistas y el auge de ideologías autoritarias y colectivistas) contribuirá a acelerar el **crecimiento de la Administración** española (*infra* § 23.12-18). Incrementarán exponencialmente los fines y las tareas administrativas y, con ello, el tamaño del aparato estatal y el alcance de sus potestades y prerrogativas.

40. Para ilustrar la idea baste traer a colación la extraordinaria intensificación de la intervención pública en la economía. Durante la **dictadura de Primo de Rivera** (1923-1930), se adoptaron, medidas como las siguientes: (i) creación del Consejo de Economía Nacional como órgano rector de la política económica, que fija aranceles, libra las autorizaciones para la instalación de industrias o negocia los convenios comerciales; (ii) constitución del Banco Exterior de España, orientado a estimular el comercio y la industria, y del Banco de Crédito Local, destinado a financiar a las entidades locales; (iii) reorganización del Banco de Crédito Industrial y del Banco Hipotecario de España, fortaleciendo la presencia estatal; (iv) atribución del carácter de servicio público a la radiodifusión y a los suministros de energía eléctrica, agua y gas; (v) instauración de los monopolios de telefonía, transporte aéreo y petróleo, adjudicados a, respectivamente, la Compañía Telefónica Nacional de España (con capital mayoritario de la ITT estadounidense), Iberia (sociedad de capital privado) y Campsa (sociedad de economía mixta). Durante el **primer franquismo** (1939-1945): (i) se creó el Instituto Nacional de Industria (INI) con la finalidad de "propulsar y financiar, en servicio de la Nación, la creación y resurgimiento de nuestras industrias, en especial de las que se propongan como fin principal la resolución de los problemas impuestos por las exigencias de la defensa del país o que se dirijan al desenvolvimiento de nuestra autarquía económica" (art. 1 de la Ley de 25 de septiembre de 1941); (ii) las compañías privadas de ferrocarriles fueron nacionalizadas y unificadas en la empresa estatal Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe); (iii) se nacionalizaron igualmente Iberia y la Compañía Telefónica Nacional de España; y (iv) para controlar el sector energético se creó la Empresa Nacional de Electricidad, S. A. (Endesa).

41. Dejando al margen, por efímeras, algunas experiencias autonomistas (Cartas autonómicas de Cuba y Puerto Rico, Mancomunidad provincial de Cata-

luña, Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo, Constitución de 1931), el Estado administrativo seguirá durante largo tiempo concentrado en **un solo nivel**, que se despliega en el territorio a través de unidades (diputaciones provinciales, ayuntamientos) estrictamente dependientes de él. Solo después de la aprobación de la Constitución de 1978 se fragmentará en tres niveles autónomos (central, autonómico y local) integrados, a su vez, en la Unión Europea y en otras estructuras internacionales. Las lecciones 4 y 8 a 13 del presente Manual se ocuparán con detenimiento de esta formidable trasformación del Estado y sus consecuencias para el Derecho administrativo.

4. ADMINISTRACIÓN SOMETIDA AL DERECHO COMÚN

42. El **liberalismo político** defendía entre los siglos XVIII y XIX un Estado mínimo, exclusivamente encargado de coordinar libertades, asegurando el pleno disfrute de los intereses individuales. Ello traía consigo el monismo jurídico, esto es, un **Derecho esencialmente unitario** en un doble sentido. De un lado, había de concentrarse en la ley y, más precisamente, en el código, como texto general y completo capaz de eliminar particularismos locales y de imponerse sobre todo el territorio con el fin de realizar un proyecto jurídico de razón. De otro, el Derecho legislado o codificado debía responder al solo propósito de garantizar la igualdad y la libertad individual. Todo el Derecho sería, por definición, un "conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad" (KANT, 1797). El código político o Constitución protegería la igualdad y la libertad mediante la división de poderes y el principio de legalidad. El código civil marcaría los límites a la libertad individual necesarios para convivir en sociedad, afirmándose como absolutamente neutral, tratando a todos por igual. El código penal salvaguardaría la libertad castigando el incumpliendo de las reglas de convivencia establecidas por los anteriores.

43. Este pensamiento político no manejaba un concepto específico para hacer referencia al Derecho que se ocupa de la organización y las tareas gubernativas. Al concebir todo el ordenamiento jurídico como un Derecho de libertad, no era preciso aislar conceptualmente las **reglas relativas a la actividad gubernativa**; actividad que, en realidad, era aún prácticamente inexistente como tal (*supra* § 3.5-10) y que, en todo caso, de acuerdo con esta concepción, habría de quedar circunscrita a la preservación de la seguridad pública. Ciertamente, existía el concepto de "Derecho público", pero se identificaba con el "Derecho político", sin incluir la naciente materia administrativa. De modo que la legislación relativa a las embrionarias autoridades gubernativas se concebía en buena medida como **parte del Derecho civil o penal**.

44. El **liberalismo gaditano** se ajustaba al monismo jurídico, por más que hiciera compatible la libertad como fundamento del régimen representativo con la promoción del intervencionismo gubernamental en aras de la felicidad general (*supra* § 3.14). Los conflictos judiciales entre un ciudadano y las nuevas autoridades admi-

nistrativas eran, de acuerdo con la Constitución de Cádiz, controversias de carácter civil o criminal; materias que habían de regularse en códigos "que serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes" (art. 258).

45. El *Ensayo de los elementos de la ciencia de buen gobierno* que Luis Pereyra de la Guardia (1811) presentó a las Cortes de Cádiz a fin de preparar la Constitución lo expresó con toda claridad: "de las leyes diré que se dividen en tres clases á saber, políticas, civiles, y criminales. Las primeras, que también suelen llamarse fundamentales, constituyen la forma de gobierno que ha de regir la sociedad; las segundas determinan el justo equilibrio, ó relación, que deben guardar los miembros del estado recíprocamente entre si, y respecto del cuerpo general; y las terceras son las que consideran la relación que hay entre el hombre y la ley, o por mejor decir, los casos en que esta se ve vulnerada, y es preciso castigar al que ha faltado, por manera que las leyes criminales no son otra cosa que la sanción de todas las demás".

46. Restaurada la monarquía tradicional a lo largo y ancho de la Europa continental, cuando solo en España había un régimen liberal (bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz durante el trienio 1820-1823), llegó a concebirse aquí un **Derecho de la Administración codificado**, ajustado a los presupuestos del monismo jurídico, en abierto contraste con la experiencia bonapartista, cuyo movimiento codificador había dejado por completo al margen a la Administración pública, configurada con arreglo a parámetros despóticos y autoritarios. Antes de la intervención militar francesa que apagó este foco de liberalismo (1823), las Cortes encargaron a una Comisión la elaboración de un "Código interior" por el que "se establecen las relaciones de todos los individuos de una nación; y se da existencia política a los poderes encargados de ejercer las partes integrantes de su esencial soberanía; a sus jerarquías, y a los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros" (Discurso preliminar). Se trata del **Proyecto de Código Civil de 1821**, concebido como un desarrollo de la Constitución relativo tanto a los particulares como a la denominada "Administración General del Estado".

47. Sin embargo el siguiente Proyecto de Código Civil (1836) limitará su regulación a "las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas", excluyendo "las leyes políticas y todas las relativas a la administración pública en sus diferentes ramos" (Discurso preliminar). Por aquel entonces estaba desarrollándose una **disciplina jurídica relativa a la Administración** por completo sustraída al movimiento codificador y abiertamente alejada de los postulados liberales, que quebraba ostensiblemente aquella unidad: el Derecho administrativo.

5. SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

48. A lo largo del siglo XIX confluyen dos relevantes fenómenos. De un lado —lo hemos visto *supra* § 3.21-41—, múltiples reformas consiguen, no sin dificultad, levantar dentro del Ejecutivo una **Administración centralizada** dotada de un poder coercitivo autónomo respecto a la declaración del Derecho que ocupa paulatinamente los espacios que va liberando la desaparición progresiva de los cuerpos interme-

dios. De otro, un entramado de normas regulaba la organización y la actividad de esa Administración, confiriéndole enormes poderes y privilegios. El primero es un fenómeno sustancialmente nuevo; solo en la centuria antepasada surge, como autoridad no jurisdiccional, una "Administración general" que concentra todas las funciones administrativas, disueltas hasta entonces en el pluralismo corporativo. El segundo fenómeno, en cambio, viene de lejos; la afirmada necesidad de proteger el interés general al margen de los procedimientos propios de la justicia mediante el ejercicio expeditivo de formidables prerrogativas, concretadas en reglamentos y actos políticos o discrecionales judicialmente exentos, sublimaba la tendencia histórica a configurar un ámbito de **gobierno cada vez más significativo** (*supra* § 3.3-4). Las potestades atribuidas a la Administración procedían muchas veces (o tenían claros antecedentes en) el arsenal del Estado (tendencialmente) absoluto (p. ej., la reglamentación de la vida social, algunas fórmulas organizativas, la justicia contencioso–administrativa, la expropiación forzosa o la sanción administrativa). Surge así un Derecho que **utiliza materiales antiguos** para moldear la organización y la actividad de un sujeto nuevo; un Derecho que se distingue del Derecho civil en la forma y en la sustancia. Ni está codificado ni se resuelve en un conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad.

49. Se acuñó un vocablo para hacer referencia a estas normas: **"Derecho administrativo"**. Inventado en Francia, se consolidó en los estudios españoles entre finales de los años treinta y principios de los cuarenta del siglo antepasado. De modo que la "cosa" empezó a vislumbrarse prácticamente a la vez que la "palabra" para designarla. Ciertamente, la Administración y el Derecho administrativo todavía estaban *in fieri* (*supra* § 3.27-31), pero quedaron ya entonces firmemente instalados como paradigma, esto es, como óptica o ventana a través de la cual se examinaban, no solo las innovadoras propuestas de reforma administrativa (como la instauración de lo contencioso–administrativo o la estatalización de municipios y universidades), sino también las **viejas leyes de policía** (*supra* § 3.7). Suponía, en sustancia, una visión dualista del ordenamiento jurídico, que distingue entre un Estado–poder (Administración en estado de mando) sometido al Derecho administrativo y a una justicia contencioso–administrativa conducida por funcionarios; y un Estado–persona (Administración que gestiona en pie de igualdad con los particulares) sujeto al Derecho civil y a una jurisdicción propiamente dicha. Se oponía así el Derecho administrativo como sistema orientado al interés general que solo reconoce "derechos subjetivos de carácter administrativo" (o de segunda categoría) que, en cuanto tales, no merecen plena protección judicial, al Derecho civil como sistema orientado a la libertad individual que reconoce derechos subjetivos propiamente dichos que, en cuanto tales, merecen plena protección judicial (MEDINA, 2021).

50. En la actualidad, no son pocos los autores que destacan los muchos **elementos de continuidad del Estado (tendencialmente) absoluto** en el Derecho administrativo. Los ha subrayado particularmente GALLEGO (1983, 2001 y 2002), por ejemplo, al constatar "el *telos* eudemonista de la nueva Administración". Ahora bien, frente a lo aquí señalado, este autor sostuvo que el Derecho administrativo español se habría formado —aún sin esa denominación expresa— durante los siglos xv y xvi. La datación aquí defendida se corresponde con la de todos los iushistoriadores (por todos, GARRIGA, 2009) y la

mayoría de los administrativistas (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1959, 1961 y 1972), que sitúan los orígenes de nuestro Derecho administrativo en el siglo XIX. Los primeros la vinculan a la liquidación de la sociedad corporativa, a la superación de la concepción jurisdiccional del poder y a la consecuente aparición de la Administración como poder coercitivo distinto del judicial que ocupa los espacios liberados por la desaparición de los cuerpos intermedios. Los segundos también asocian los orígenes de la disciplina al surgimiento de la Administración como instancia diferenciada de los poderes legislativo y judicial. Ahora bien, es verdad que entre los administrativistas ha dominado tradicionalmente la idea de que el Derecho administrativo es un hijo del liberalismo revolucionario surgido para embridar poderes históricamente absolutos con garantías radicalmente nuevas, lo que es inexacto (*supra* § 3.10).

6. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

6.1. Hasta la Segunda Guerra Mundial

51. El Derecho administrativo formado y consolidado a lo largo del siglo XIX se desarrolla en un contexto dominado por el liberalismo doctrinario, ecléctico o conservador, un pensamiento que combina las ideas liberales con las absolutistas, mostrándose contrario a los excesos revolucionarios y al puro racionalismo, así como proclive al sufragio censitario, el reforzamiento del poder monárquico y un Estado hegemonizado por la Administración (Guizot, Donoso Cortés, entre otros). Dejaron de reconocerse entonces vínculos derivados del Derecho natural, por más que tardara en instalarse en España el discurso positivista y se hablase aún profusamente del contrato social. Tampoco imponían estrictos vínculos jurídicos las diferentes constituciones aprobadas a lo largo de aquella centuria.

52. La mayor parte de la doctrina española consideraba que tales textos no eran la verdadera Constitución; lo era la llamada constitución material interna, concebida en términos históricos o sociales (VARELA, 1999). El liberalismo decimonónico, coincidente también en este punto con la tendencia general en Europa, hurtaba así a los textos constitucionales del valor normativo que había atesorado el Código político gaditano. Se concebían como documentos programáticos o, todo lo más, simples leyes que podían modificarse ordinariamente.

53. Se aceptaban como vigentes los principios de división de poderes y de legalidad, pero en versiones muy distantes de la genuinamente liberal. El primero funcionaba no tanto como garantía individual, sino, más en consonancia con las propuestas del despotismo ilustrado (*supra* § 3.4, 16-18), como soporte de un nuevo poder coercitivo y expeditivo, distinto de la autoridad judicial: la Administración pública. Al normalizarse el sufragio censitario, el principio de legalidad operaba sin las bases democráticas que había establecido la Constitución de 1812 (que no había exigido niveles mínimos de renta para votar). Funcionó, a su vez, como vinculación negativa o límite externo, no como vinculación positiva o presupuesto de la acción administrativa. La idea de Estado de Derecho se consagró como principio fundamental, pero en una versión formalista y "desustancializada", como principio de legalidad en clave objetiva que proporciona protección individual de manera indirecta o refleja.

54. El Derecho administrativo construido en el marco de estos principios era marcadamente **autoritario**. Se ha dicho por ello que "el régimen administrativo, acaso como criatura napoleónica, llevaba en germen ya la superación del liberalismo" (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1954). Se edificó una **Administración fuerte, jerarquizada y centralizada**, que absorbía las partículas de autoridad disueltas hasta entonces en la sociedad corporativa, intervenía muchas veces sin autorización legal

y casi siempre sin sujeción a un verdadero control jurisdiccional, contaba con unas potestades sancionadora y expropiatoria cada vez más extensas y tenía naturalmente reconocida, como consubstancial a su imperio, la capacidad de alterar por sí, sin colaboración judicial, situaciones jurídicas o estados posesorios, así como de ejercer coacción contra la resistencia al cumplimiento (facultades que hoy llamamos de "autotutela"). A ello hay que añadir la inmunidad patrimonial frente a las víctimas de sacrificios deliberados o accidentes culpables, garantizada jurisprudencialmente sobre todo al finalizar el siglo XIX (*infra* § 32.16-20), y otra serie de privilegios (p. ej., facultad gubernativa para resolver sobre la admisibilidad de las demandas contencioso–administrativas; reclamaciones previas y recursos administrativos de interposición preceptiva para acceder a la vía judicial o contencioso–administrativa; regla *solve et repete*; inembargabilidad de los bienes públicos; monopolio del planteamiento y resolución de conflictos de jurisdicción; autorización administrativa para procesar funcionarios).

55. Inversamente, el Derecho administrativo colocó al **ciudadano en una posición de neta inferioridad**. Frente a la Administración no había verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos, plenamente exigibles ante jueces y tribunales independientes. No es solo que el iusnaturalismo de Hobbes y Rousseau y el iusposivismo hubiesen borrado de un plumazo los derechos innatos como titularidades naturales anteriores al propio Estado. No es siquiera que los derechos constitucionales tuvieran carácter meramente programático. Es que, situados en el plano de la legalidad, los límites que debía respetar la Administración en estado de mando no funcionaban como derechos subjetivos correlativos del ciudadano perjudicado por su incumplimiento. Operaban como derechos secundarios de carácter administrativo que no dan acceso a la jurisdicción o que todo lo más ponen en marcha un contencioso–administrativo asimétrico diseñado para negar la protección plena característica de los enjuiciamientos civiles (*infra* § 7.38 y 39). A ello se añaden los déficits apenas mencionados de la tutela resarcitoria dispensada a los perjudicados por la acción administrativa.

56. Ese autoritarismo en modo alguno singularizaba al Derecho administrativo español (NIETO, 1975; VON BOGDANDY, 2013). El análisis comparado puede quizá arrojar que determinadas prerrogativas administrativas (p. ej., autotutela y sanción) o garantías individuales (p. ej., procedimiento administrativo) se desarrollaron más ampliamente en España que en otros ordenamientos. Pero, más allá de las particularidades locales, un mismo marco de intereses, ideas, conceptos y principios orientó en el **Continente europeo** hacia la edificación de un Derecho administrativo autoritario, sistemáticamente volcado del lado de la Administración. Suele afirmarse, y es enteramente cierto, que en Francia el *Conseil d'État* elaboró una jurisprudencia creativa y audaz que limitaba el poder administrativo, pero no hay que olvidar que lo hizo dentro de un modelo de **justicia objetiva** librada por la propia Administración y destinada a proteger, no los derechos subjetivos del ciudadano, sino la legalidad administrativa y el interés general mediante un único instrumento: la anulación del acto ilegal (*supra* § 3.13). Se trata del llamado recurso por exceso de poder cuyas trabas a la tutela judicial efectiva permanecieron en buena medida ocultas incluso a finales del siglo XX como consecuencia de la autocomplacencia de la doctrina francesa mayoritaria (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007).

57. No puede decirse que el autoritarismo del Derecho administrativo europeo fuera resultado sin más de una especie de predisposición perversa del poder a

aplastar la libertad y a reforzarse excluyendo mecanismos participativos y garantías individuales. Fue antes que nada una **reacción al jurisdiccionalismo antiguo**: para levantar un mercado nacional y un verdadero sistema jurídico común, para construir una red estatal de carreteras y ferrocarriles y, en general, para desarrollar un programa de obras y servicios públicos era preciso crear y robustecer la Administración a la vez que liquidar el conglomerado —inherente a aquella matriz judicialista— de cuerpos intermedios, magistraturas, privilegios, particularismos y procedimientos. Problema, por cierto, al que no se enfrentaron los Estados Unidos de América: levantados sobre una sociedad igualitaria de origen, pudieron por ello (y no solo por la sustancial permanencia de la vieja cultura política de los *natural rights*) perseguir aquellas metas sin erigir un Derecho público tan autoritario. Por eso no es casualidad que dirigentes europeos como Bravo Murillo, Napoleón III o Bismarck hayan pasado a la Historia tanto por su autoritarismo como por las obras públicas y reformas administrativas que promovieron.

58. La **crisis de la democracia liberal** que durante la primera mitad del siglo xx afectó a España y al conjunto de Europa acabó consolidando y extremando la **configuración autoritaria** del Derecho administrativo.

59. No ha sido enteramente lineal la evolución del Derecho administrativo español a lo largo de los cien años que median entre las políticas moderadas (*supra* § 3.32-36) y el franquismo autárquico. Durante la Restauración (1874-1931) y la Segunda República (1931-1939) se abrieron ventanas que permitían entrever otro Derecho administrativo: la ampliación del sufragio (1869, 1890) con revalorización de la ley frente al reglamento (*supra* § 3.37), la desaparición de la autorización gubernativa previa para juzgar a funcionarios en los órdenes civil y penal (1869), la supresión de la facultad gubernativa para resolver sobre la admisibilidad de las demandas contencioso–administrativas (en 1868 y definitivamente en 1888), una justicia administrativa judicializada (Ley Santamaría de Paredes de 1888, Ley del Consejo de Estado de 1904), la codificación del procedimiento administrativo (Ley Azcárate de 1889), un sistema político menos centralizado (Estatutos de Calvo Sotelo de 1924/25 y Constitución de 1931) o una doctrina científica cada vez más proclive al administrado, abierta incluso a engarzar el Derecho administrativo con una Constitución dotada de garantía jurisdiccional (p. ej., los artículos de la importante *Revista de Derecho público*, que duró lo que la II República).

60. No obstante, al tiempo que se reconsideraban algunos privilegios de la Administración también se incrementó el intervencionismo público, se afianzó la tendencia a la inmunidad patrimonial de la Administración y se desarrollaron ampliamente la autotutela administrativa, la potestad sancionadora y la expropiación forzosa, mucho más que las garantías individuales. A su vez, durante el tiempo trascurrido entre el estallido de la Guerra Civil (1936) y la derrota de las potencias del eje en la Segunda Guerra Mundial (1945), se intensificó la intervención en la economía (*supra* § 3.40) y se desarrolló un **Derecho administrativo "fascistizado"**, vinculado a la movilización militar, a la alianza del bando sublevado con Hitler y Mussolini y al ideario totalitario de la Falange, nervio del partido único. Dominado por la exaltación del interés nacional, el Derecho administrativo supeditaba "la acción individual y colectiva de todos los españoles" al "destino común" de la Patria (Decreto de Unificación de falangistas y carlistas en un partido único de 19 de abril de 1937); rechazaba los derechos individuales frente a la Administración central, que tuvo asegurada una inmunidad prácticamente absoluta (Ley de 27 de agosto de 1938), al menos hasta el restablecimiento parcial de la justicia administrativa (Ley de 18 de marzo de 1944); atribuía plenas potestades normativas al Caudillo (Decreto 138/1936, de 29 de septiembre y Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939), normalizando el reglamento independiente (Ley de Cortes de 17 de julio de 1942), así como el abuso de la discrecionalidad administrativa (p. ej., Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre ordenación y defensa de la industria) y un procedimiento expropiatorio de urgencia con garantías muy reducidas (Ley de 7 de octubre de 1939).

6.2. Desde la Segunda Guerra Mundial

61. Tras la Segunda Guerra Mundial, cambia el espíritu del tiempo. La Europa occidental rechaza firmemente los horrores de la guerra, el totalitarismo y la estadolatría de la cultura político–jurídica del siglo XIX. Los derechos fundamentales volvieron a gozar de una posición de anterioridad respecto del Estado, pero no ya por naturales, sino por constitucionales. El **nuevo constitucionalismo**, inspirado más en la experiencia estadounidense que en la tradición europea, articulaba un compromiso fundamental entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo: la garantía de la **dignidad humana** funcionaba como imperativo jurídico porque lucía en el Derecho positivo, pero un Derecho positivo con rango constitucional, dotado en cuanto tal de una fuerza y estabilidad que podía imponerse eficazmente a todos los poderes del Estado y, por tanto, también a las normas con rango legal.

62. La reafirmación de los postulados liberales supuso un giro copernicano que obligó en toda Europa a abrir un proceso de refundación del Derecho administrativo. Se trataba, dicho esquemáticamente, de trasformar regímenes totalitarios (u ordenamientos ajustados a los postulados del Estado de Derecho objetivo) en un Estado de derecho*s* (subjetivos). Las democracias europeas se vieron abocadas a reconfigurar esta disciplina jurídica para **despojarla de los rasgos autoritarios** que venían caracterizándola. La cultura de los derechos fundamentales y otros factores (integración europea, descentralización política) han obligado, pues, a redimensionar el poder del Estado, pero no a liquidar el Estado administrativo. De hecho, la fuerte intervención estatal en favor de la igualdad de oportunidades se afirmó como obligación estatal irrenunciable (p. ej., art. 3 de la Constitución italiana). El Estado pasó a ser social y democrático, no solo de Derecho (art. 20 de la Ley fundamental de Bonn). Las Administraciones de la Europa occidental, con el consenso de la socialdemocracia y la democracia cristiana, intervinieron fuertemente en la economía para promover positivamente la igualdad material y asegurar el bienestar general, sin contestar por ello el régimen capitalista. Se trata del denominado **Estado de Bienestar**.

63. España no se incorporó al constitucionalismo europeo tras la Segunda Guerra Mundial. El dictador conservó hasta su fallecimiento en 1975 los poderes tomados a partir de 1936, rechazando firmemente la democracia liberal y el pluralismo político. No obstante, tras la derrota de las potencias del eje y el consecuente aislamiento internacional, el régimen abandonó el proceso de "fascistización" e introdujo algunos cambios para hacerse más presentable exteriormente (MORADIELLOS, 2000). Las reformas más importantes se produjeron en el terreno infraconstitucional, precisamente en el Derecho administrativo, coincidiendo con el proceso de rehabilitación internacional del régimen: revocación de la resolución de condena del franquismo por parte de la ONU (1950), reingreso de embajadores a Madrid (1951), entrada de España en organismos internacionales (1951), Concordato con la Santa Sede (1953), Pactos de amistad y cooperación con los Estados Unidos (1953), ingreso de España en la ONU (1955).

64. El hecho es que "por insólito que pueda parecer, a primera vista, y hasta por antipático que nos resulte tener que reconocerlo" (CHINCHILLA, 2000) en los **años cincuenta**, en estrecha conexión con el proceso de superación del aislamiento político, se abrió un proceso de **refundación de nuestra disciplina jurídica**, como en otros países europeos, pero más incisivo y veloz que en la mayoría de ellos, posiblemente por la función cuasiconstitucional que aquí el Derecho administrativo estaba llamado a desempeñar. Se ha dicho por ello que, en ausencia de un verdadero Estado de Derecho, había al menos una especie de "Estado administrativo de Derecho" o "Estado de Derecho administrativo" (GARRIDO FALLA, 1999).

65. Tal proceso puede descomponerse en tres elementos, fuertemente imbricados. Irrumpió en primer término una literatura jurídico–administrativa casi tan decisiva como la que durante la primera mitad del siglo XIX diseñó el Estado administrativo (*supra* § 3.28), en este caso con el propósito de promover garantías individuales. Destaca la formidable labor de la llamada **generación de la RAP** (*Revista de Administración Pública*), así como, en particular, del director de esa publicación, García de Enterría, maestro de una extensa escuela. En segundo lugar, apareció una **larga serie de leyes**, casi todas impulsadas por la Sección de Administración del Instituto de Estudios Políticos dirigida por Luis Jordana de Pozas (integrada por García de Enterría, Villar Palasí, Garrido Falla, González Pérez y otros jóvenes administrativistas) o la nueva Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, creada específicamente en 1956 para diseñar y ejecutar la "reforma administrativa"; su primer titular fue Laureano López Rodó, catedrático de Derecho administrativo. Cabe destacar las leyes sobre régimen local (1950), desarrollada en seis reglamentos (entre ellos el técnicamente impecable sobre servicios de las corporaciones locales de 1955); expropiación forzosa (1954); suelo (1956); jurisdicción contencioso–administrativa (1956); régimen jurídico de la Administración del Estado (1957); régimen jurídico de las entidades estatales autónomas (1958); procedimiento administrativo (1958); tasas y exenciones parafiscales (1958); funcionarios civiles del Estado (Ley de bases de 1963 y texto articulado de 1964); sistema general tributario (1963); seguridad social (Ley de bases de 1963 y texto articulado de 1966); patrimonio del Estado (Ley de bases de 1962 y texto articulado de 1964); retribuciones de los funcionarios (1965); y contratos del Estado (1965). En tercer lugar, la **jurisprudencia** de la jurisdicción contencioso–administrativa, tras su judicialización plena en 1956, favoreció la renovación espectacular de buena parte de las estructuras del Derecho administrativo. Tuvo mucho que ver la creación de una escala de especialistas en lo contencioso–administrativo a la que se accedía mediante pruebas restringidas entre jueces, que en la práctica permitía ascender rápidamente en la carrera judicial. Aquellos jóvenes profesores participaron desde el principio en los tribunales que realizaban las pruebas, lo que contribuyó a conformar en relativamente poco tiempo una nueva judicatura imbuida del nuevo Derecho administrativo.

66. La entrada en vigor de la Constitución de 1978 vino en primer término a dotar al "Estado de Derecho administrativo" de los **fundamentos constitucionales** que hasta entonces faltaban, pero a los que ya se ajustaba materialmente en buena medida. El Derecho administrativo elaborado a partir de los años cincuenta, no solo encajaba sustancialmente con los nuevos esquemas, sino que gracias a ellos adquiría coherencia y pleno sentido (MARTÍN REBOLLO, 2017). En todo caso, la Constitución liberó a la doctrina académica y jurisprudencial de la necesidad de elaborar construcciones más o menos artificiosas para justificar soluciones garantistas, en ocasiones directamente contrarias al dato legal (p. ej., no había ya que manipular el concepto de "acto administrativo general" para garantizar la legitimación individual para impugnar reglamentos). A su vez, en cuanto norma superior, la Constitución derogó previsiones legales anteriores incompatibles con ella (como las limitaciones para recurrir el acuerdo de necesidad de ocupación y el justiprecio en la expropiación

forzosa o la exigencia de un interés *directo* para impugnar) y sometió al legislador a un nuevo marco de condiciones —destacadamente, el reconocimiento de los derechos fundamentales— dotado de efectiva garantía jurisdiccional. No solo: **la Constitución se convirtió en un contexto sistemático obligado** para los aplicadores e intérpretes del Derecho administrativo, fuente de múltiples directrices. Todo ello impulsó fuertemente la tendencia a redimensionar las prerrogativas administrativas, tal como puede comprobarse a través de la evolución de la autotutela administrativa (*infra* §§ 7.25-27 y 17.79-85) y la justicia contencioso–administrativa (*infra* §§ 30.18, 33.56, 34.3 y 4).

67. La política económica de las instituciones de la **Comunidad Europea** (luego Unión Europea) ha reforzado en paralelo al **sector privado**. Cabe destacar: a) la prohibición de ayudas públicas susceptibles de falsear la competencia junto a las penetrantes facultades atribuidas a la Comisión para vigilar y promover su cumplimiento (*infra* § 24.21-29, 61-72); b) la potenciación de la libertad de establecimiento y circulación de servicios, traducida, por ejemplo, en la sustitución de muchas autorizaciones administrativas por meras declaraciones responsables o comunicaciones previas (*infra* §§ 22.7-11, 74-87 y 25.32-34); c) la densa regulación de los procedimientos de selección de contratistas, que condiciona fuertemente el poder decisorio de las Administraciones y entidades funcionalmente equivalentes (*infra* § 19.6-37); y d) la liberalización de mercados mediante la eliminación de monopolios públicos (hidrocarburos, electricidad, telecomunicaciones, ferrocarril, servicios postales), con correlativa apertura de actividades a la competencia, que ha ido acompañada en España del adelgazamiento del sector público empresarial (privatización de Iberia, Endesa, Telefónica y Repsol, entre otras). El objetivo, no siempre conseguido, era que el Estado pasase de asegurar por sí la prestación de servicios (el llamado *Estado gestor*) a garantizar que lo hicieran los mercados en régimen de competencia y sin menoscabo de los intereses generales que anteriormente pretendían salvaguardarse mediante derechos exclusivos (el llamado *Estado garante o regulador*) (*supra* § 1.43; *infra* §§ 23.27-43 y 25.21-26, 35-37).

68. Las indicadas son algunas de las muchas consecuencias de muy largo alcance derivadas de la adhesión a las Comunidades Europeas (1986). Desde los años noventa del siglo xx, las reformas reales del Derecho administrativo, las que con más o menos tino han alterado el equilibrio antecedente de intereses, propiciando que haya ganadores y perdedores (presupuesto de toda modificación real del *statu quo*), proceden en su mayor parte de la Unión, rara vez de iniciativas puramente internas de los gobiernos y parlamentos central o autonómicos. La **europeización**, junto al sometimiento de los Estados miembros del Consejo de Europa a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son, posiblemente, las manifestaciones más claras de uno de los rasgos característicos del Derecho administrativo de nuestro tiempo: la "desnacionalización" o "desestatalización", esto es, la incorporación de normas procedentes directa o indirectamente de instancias no estatales, públicas o privadas (*supra* § 2.10-11; *infra* §§ 4.73-76 y 6.15-18).

69. El proceso de refundación iniciado en los años cincuenta del siglo xx, avivado tras la entrada en vigor de la Constitución y el desarrollo de la política económica europea, dio como resultado un **Derecho administrativo con más garantías individuales**, en buena medida capaces de contrarrestar los enormes poderes administrativos. La estructura básica del Derecho administrativo dejó de ser sustancialmente

autoritaria: la Administración siguió siendo una instancia imponente (el porcentaje de empleados públicos del total de la población activa no dejó de crecer), pero se fragmentó como consecuencia de la **descentralización política**, quedó sujeta a nuevas condiciones derivadas de la Constitución y el Derecho europeo, disminuyó la extensión de algunas de sus facultades y el ciudadano sujeto a estas dejó de estar en posición de inferioridad, sin derechos fundamentales y sin derechos subjetivos en las relaciones de poder. Esta configuración fundamental, basada en el reconocimiento de poderes administrativos y derechos individuales, respondía, en última instancia, a la recuperación, con relevantes adaptaciones, de los postulados liberales que el Derecho administrativo había abandonado desde sus mismos orígenes.

70. Comoquiera que las garantías individuales dejaron de ser algo característico del Derecho privado, se desvaneció aquella visión dicotómica del ordenamiento que separaba tajantemente el Derecho administrativo (basado en las ideas de coacción y poder unilateral para la protección del interés general) del Derecho civil (dominado por las ideas de autonomía y paridad para la tutela los intereses particulares) (*supra* § 3.49). Ello explica, en parte, la creciente tendencia tanto a la **hibridación entre los Derechos administrativo y civil**, como a la **convergencia del Derecho administrativo de la Europa continental con el angloamericano** (*supra* § 2.45-47, 52-53), máxime si se tiene en cuenta que desde el último tercio del siglo XIX y, sobre todo, tras las políticas del *New Deal* frente a la Gran Depresión (1929), creció también en los Estados Unidos el intervencionismo administrativo (VELASCO, 2020).

71. Desde finales del siglo XX, el Derecho administrativo está sometido a tensiones contradictorias: a la vez que el Estado pierde poder como consecuencia de la globalización, la descentralización política y los espacios devueltos a la sociedad civil, múltiples factores están impulsando la revisión en clave social de las instituciones centrales del Derecho administrativo. De hecho, tras varias décadas de normalidad democrática y estabilidad política, empezó a vislumbrarse un **Derecho administrativo que confía en la Administración** como instancia benefactora, plenamente legitimada para intervenir en la sociedad (*supra* § 1.29-30; *infra* § 4.38-46). Se insiste ahora en que la vinculación del Derecho administrativo a la Constitución ha desbordado el plano de la lucha contra las inmunidades del poder, reclamando, además, la actuación positiva de la Administración en múltiples ámbitos de la vida social (PAREJO, 2006; ARROYO, 2021).

72. Una expresión concreta de ello es la **tendencia doctrinal a matizar el garantismo tradicional** (presente en la doctrina académica y en buena parte de la jurisprudencia contenciosa desde los años cincuenta) al: (i) rehabilitar el acto político como ámbito inmune al control judicial (EMBID , 1989); (ii) admitir el reglamento independiente (COSCULLUELA, 1990) y, en general, que la Administración, en cuanto instancia democráticamente legitimada para proteger los intereses generales, puede actuar sin una específica autorización legislativa (principio de legalidad como vinculación negativa), salvo que la imponga específicamente alguna norma constitucional (BELADÍEZ, 2000); (iii) argumentar que la vaguedad inherente a los conceptos jurídicos indeterminados habilita márgenes correlativos de apreciación administrativa (BACIGALUPO, 1997); (iv) analizar la discrecionalidad administrativa desde la perspectiva, no del juez que la controla (para evitar intromisiones en la libertad individual), sino de la Administración que la ejerce, a fin de fijar una metodología que ayude a identificar la solución más favorable al interés general (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016); (v) oponerse al desmantelamiento

indiferenciado de los privilegios procesales de la Administración (PAREJO, 2005); (vi) razonar que las prerrogativas administrativas de autotutela corresponden de modo natural a la gestión ordenada de los intereses públicos (MUÑOZ MACHADO, 2006); (vii) desvincular las sanciones administrativas del tronco del Derecho penal y, derivadamente, de las garantías constitucionales propias de este (NIETO, 2012); o (viii) contestar el dogma de la responsabilidad patrimonial *panobjetiva* de las Administraciones públicas (MIR, 2002).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Alejandro AGÜERO NAZAR, "Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional", en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870,* CGPJ, Madrid, 2007, pp. 21-58.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–Sâo Paulo, 2021, pp. 561-564.

Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *Discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales),* Marcial Pons, Madrid, 1997.

Margarita BELADIEZ ROJO, "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración P*ública, núm. 153 (2000), pp. 315-349.

Armin von BOGDANDY, "El Derecho administrativo en el Espacio jurídico europeo: perspectivas de una disciplina", en Armin von BOGDANDY y Oriol MIR PUIGPELAT (Coordinadores), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 318-323.

Bernadino BRAVO LIRA, "Protección jurídica de los gobernados en el nuevo mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo", *Revista chilena de historia del Derecho*, núm. 16 (1990), pp. 315-342.

Javier de BURGOS, *Exposición dirigida al señor don Fernando VII desde Paris en 24 de enero de 1826 sobre los males que aquejaban a España en aquella época y medidas que debía adoptar el Gobierno para remediarlas*, Librería de Feros, Cádiz, 1826. Figura como apéndice en A. MESA–MOLES SEGURA, *La labor administrativa de Javier de Burgos,* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1946, pp. 115-150.

Francisco CABARRÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen á la felicidad pública,* 3ª ed., Imprenta de Burgos, Madrid, 1820.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, "Dos grandes momentos en cien años de Derecho administrativo: La década de los cincuenta y la Constitución de 1978", *El Derecho español en el siglo XX,* Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 33-72.

Bartolomé CLAVERO SALVADOR, "Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* núm. 24 (1995), pp. 419-468.

Bartolomé CLAVERO SALVADOR, "La Monarquía, el Derecho y la Justicia", en Enrique MARTÍNEZ RUIZ y Magdalena DE PAZZIS PI CORRALES (Coordinadores), *Instituciones de la España Moderna,* t. 1, *Las jurisdicciones,* Editorial Actas, Madrid, 1996, pp. 15-38.

Fernando COS–GAYÓN, "De los caracteres generales de la Administración pública bajo la Monarquía absoluta de los siglos XVI, XVII y XVIII", *Revista de España,* núm. 19, t. V (1868), pp. 370-421.

Fernando COS–GAYÓN y Emilio CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Diccionario manual de Derecho administrativo español,* Herederos de Vallejo, Madrid, 1860, pp. II y III.

Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo,* Civitas, Madrid, 1990.

Antonio EMBID IRUJO, "La justiciabilidad de los actos de gobierno", *Documentación Administrativa,* núm. 220 (1989), pp. 19-66.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, "Las asignaturas de Derecho político y administrativo: El destino del Derecho público español", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102 (1983), pp. 705-804.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, "Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho administrativo español", en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho administrativo español*. *I Seminario de Historia de la Administración*, INAP, Madrid, 2001, pp. 31-76.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico,* Marcial Pons, Madrid, 2002.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a la reedición de A. Oliván, *De la Administración pública con relación a España (1843)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea", en *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano,* vol. 2, Reus, Madrid, 1959, pp. 202-249.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración Española,* Alianza, Madrid, 1961.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea,* Taurus, Madrid, 1972.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?,* Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007.

Alfonso GARCÍA–GALLO DE DIEGO, "Cuestiones y problemas de la historia de la Administración española", en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos,* Madrid, 1970, pp. 39-71.

Fernando GARRIDO FALLA, "El procedimiento administrativo de 1950 a hoy", *Revista de Administración Pública*, núm. 150 (1999), pp. 115-157.

Carlos GARRIGA ACOSTA, "Gobierno y justicia: El *Gobierno* de la justicia", en *Cuadernos de derecho judicial,* núm. 7 (ejemplar dedicado a "La jurisdicción contencioso–administrativa en España. *Una* historia de sus orígenes") (2009), pp. 47-113.

Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, "La justicia", en *Enciclopedia de la Historia de España,* dir. M. Artola, t. II, *Instituciones políticas. Imperio,* Alianza, Madrid, 1988, pp. 343-417.

Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, "Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español", en *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 156-196.

Antonio Manuel HESPANHA, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII),* Taurus, Madrid, 1989.

Antonio Manuel HESPANHA, "Justiça e administraçao entre o Antigo Regime e a revoluçao", en Bartolomé CLAVERO SALVADOR, Paolo GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (Coordinadores), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze - Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 135-204.

Immanuel KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, CEC, Madrid, 1978 (1797).

Marta LORENTE SARIÑENA, "Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868", en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870,* CGPJ, Madrid, 2007, pp. 243-288.

Luca MANNORI, "Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* vol. 19, núm. 1 (1990), pp. 323-504.

Luca MANNORI, "Justicia y administración entre Antiguo y Nuevo Régimen", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15 (2007), pp. 125-146.

Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo,* Laterza, Roma–Bari, 2001.

Luca MANNORI y Bernardo SORDI, "Justicia y administración", en *El estado moderno en Europa: instituciones y derecho,* coord. M. Fioravanti, Trotta, Madrid, 2004, pp. 65-102.

Luis MARTÍN REBOLLO, *40 años de Derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados,* Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Otto MAYER, *Derecho administrativo alemán,* t. I (*Parte general*), Depalma, Buenos Aires, 1982 (1895).

Luis MEDINA ALCOZ, "Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español", *Revista de Derecho Público: teoría y método*, vol. 1 (2021), pp. 7-52.

Luis MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español,* Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires-Sâo Paulo, 2022.
Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
Enrique MORADIELLOS GARCÍA, *La España de Franco (1939-1975). Política y sociedad*, Síntesis, Madrid, 2000.
Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general,* t. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho,* 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006.
Alejandro NIETO GARCÍA, "La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, núm. 76 (1975), pp. 9-30.
Alejandro NIETO GARCÍA, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón,* Ariel, Barcelona, 1996.
Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador,* 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.
Luciano PAREJO ALFONSO, "La primera década de desarrollo de la Constitución", en *Reformistas y reformas en la Administración española. III Seminario de Historia de la Administración 2004,* INAP, Madrid, 2005, pp. 211-213.
Luciano PAREJO ALFONSO, "La idea de la reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España", en Javier BARNES VÁZQUEZ (ed.), *Innovación en el Derecho administrativo,* Global Law Press, Sevilla, 2006, pp. 177-202.
Luis PEREYRA DE LA GUARDIA, *Ensayo de los elementos de la ciencia de buen gobierno, dedicado al pueblo español, y presentado al Augusto y Supremo Congreso Nacional,* Imprenta de Manuel Bosch, Cádiz, 1811.
Heikki PIHLAJAMÄKI, "Lo europeo en derecho: ius politiae y el Derecho indiano", en D*erecho y administración pública en las Indias hispánicas*, coord. F. Barrios Pintado, vol. 2, UCLM, Cuenca, 2002, pp. 1363-1367.
Heikki PIHLAJAMÄKI, "The Westernization of Police Regulation: Spanish and British Colonial Laws Compared", en *New Horizons in Spanish Colonial Law*, Th. Duve y H. Pihlajamäki (eds.), Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2015, pp. 97-124.
Juan PRO RUÍZ, "El Estado grande de los moderados en la España del siglo XIX", *Historia y Política,* núm. 36 (2016), pp. 19-48.
Juan PRO RUÍZ, *La construcción del Estado en España,* Alianza, Madrid, 2019.
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa,* Marcial Pons, Madrid, 2016.
Pedro SAINZ DE ANDINO, *Esposición al Rey N.S. sobre la situación política del Reyno y medios de su restauración, hecha en el año de 1829 de orden de S.M., por el Señor Don Pedro Sainz de Andino, de su Consejo y su Fiscal más antiguo en el Real y Supremo de Hacienda*, 1829. El texto está incluido en José MARÍA GARCÍA MADARIA (ed.), *El pensamiento administrativo de P. Sainz de Andino*: 1829-1848, INAP, Madrid, 1982, pp. 53-268.
Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el Siglo XIX (1812-1845),* Instituto García Oviedo, Sevilla, 1972, reeditado en 2006 por Iustel, Madrid.
Joaquín VARELA SUANZES–CARPGENA, ¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho constitucional en la España del siglo XIX?", *Boletín de la Facultad de Derecho,* núm. 14 (1999).
Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos,* Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires-Sâo Paulo, 2020.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Sabino CASSESE, *Derecho administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014.
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Ignacio BORRAJO INIESTA, "Estado, Administración y Derecho administrativo en España", en Armin VON BOGDANDY y Oriol MIR PUIGPELAT (Coordinadores), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 127-195.

Sebastián MARTÍN–RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo,* Thomson/ Civitas, Cizur Menor, 2007.

Luis MEDINA ALCOZ, "La cultura del procedimiento administrativo: orígenes y razones de fondo", R*evista General de Derecho Administrativo*, núm. 62 (2023).

Luis MEDINA ALCOZ, "La Escuela de Caminos en los orígenes de la Ciencia española del Derecho administrativo: las 'Lecciones de Derecho público y administrativo' de Tomás María Vizmanos (1839/40)", *Revista de Administración Pública*, núm. 220 (2023), pp. 83-116.

Remedios MORÁN MARTÍN y Javier GARCÍA MARTÍN, *Historia de la Administración en España. Mutaciones, sentido y rupturas*, 2ª ed. revisada, Universitas, Madrid, 2022.

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general,* vols. 1 y 2, *Historia de las instituciones jurídico-administrativas,* BOE, Madrid, 2015.

Alejandro NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo,* INAP, Madrid, 1986.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo I,* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Lección 4 Bases constitucionales pp. 117-140
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L04
© Luis Arroyo Jiménez
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 4
BASES CONSTITUCIONALES

Luis Arroyo Jiménez
Universidad de Castilla–La Mancha

SUMARIO: 1. LA VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—2. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DE DERECHO: 2.1. La cláusula del Estado de Derecho.; 2.2. Elementos estructurales; 2.3. Elementos sustantivos; 2.4. Elementos formales.—3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO SOCIAL: 3.1. La cláusula del Estado social; 3.2. Dimensión material; 3.3. Dimensión instrumental.—4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DEMOCRÁTICO: 4.1. Democracia representativa; 4.2. Democracia participativa; 4.3. Principios instrumentales.—5. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO AUTONÓMICO: 5.1. La cláusula del Estado autonómico; 5.2. Autonomía; 5.3. Unidad; 5.4. Solidaridad.—6. DERECHO ADMINISTRATIVO Y APERTURA INTERNACIONAL.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La Administración pública y el Derecho administrativo están vinculados por la Constitución. El **fundamento de esa vinculación** reside en la peculiar posición de la norma constitucional, que se caracteriza por poseer carácter jurídico–vinculante,

por su supremacía jerárquica dentro del sistema del Derecho interno, así como por su función específica consistente en definir los presupuestos de validez y de aplicabilidad del resto de normas que lo integran (*infra* § 6.6). De ahí que los **destinatarios de esa vinculación** sean todos los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus respectivas funciones y competencias. El legislador está obligado a cumplir las normas constitucionales que limitan y dirigen el ejercicio de su poder de libre configuración del Derecho administrativo (art. 9.1 de la Constitución Española, CE). El Gobierno también está constitucionalmente vinculado cuando ejerce la potestad reglamentaria y sus funciones de dirección política y de dirección de la Administración pública (art. 97 CE). La propia Administración se encuentra igualmente en una posición de sometimiento pleno no solo a la ley, sino también al resto del ordenamiento jurídico (art. 103.1 CE), que está presidido por la propia Constitución. Por último, a la hora de controlar la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), el juez está sometido al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y, por tanto, también a la norma constitucional.

2. Desde un punto de vista comparado, el **contenido de la vinculación constitucional** del Derecho administrativo español es muy extenso. Ello se debe, primero, a que la española pertenece a una generación de constituciones (las europeas de la segunda mitad del siglo xx) caracterizada por contener numerosas disposiciones sustantivas, y segundo, a que en 1978 se decidió incorporar a su contenido las normas más relevantes de las leyes reguladoras de las instituciones y sectores centrales del Derecho administrativo español (procedimiento administrativo, justicia administrativa, responsabilidad patrimonial, bienes públicos, funcionarios, etc.). El resultado es que en la Constitución Española podemos encontrar muchas normas materialmente administrativas que se orientan, bien a expresar determinaciones sustantivas (mediante las que se programa el contenido de la actuación administrativa y de su regulación jurídica), o bien a configurar estructuras administrativas (en particular, tipos de organización y de procedimiento administrativos).

3. Algunas determinaciones sustantivas se refieren a **sectores o instituciones concretas**, como la obligación del legislador de contemplar sanciones administrativas ambientales (art. 45.3 CE), el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica (art. 27.4 CE) o los principios del régimen jurídico de los bienes demaniales (art. 132.1 CE), mientras que otras tienen **carácter transversal**, como los principios de eficacia y objetividad (art. 103.1 CE) o la prohibición de crear ámbitos de la actuación administrativa inmunes al control judicial (art. 106.1 CE). La Constitución regula, con más o menos detalle, **formas organizativas** típicas, como las relaciones de dirección entre el Gobierno y la Administración del Estado (art. 97 CE), las relaciones jerárquicas en el seno de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE) o las diversas entidades locales territoriales (arts. 140 y 141 CE), y también contiene reglas sobre los **procedimientos administrativos**, como el derecho a la audiencia y los derechos de acceso a archivos y registros administrativos (art. 105 CE).

4. Aunque todas las normas constitucionales tienen carácter vinculante, no todas vinculan de la misma manera. El **modo y la intensidad de la vinculación constitucional** del Derecho administrativo puede presentar importantes diferencias desde, al menos, dos puntos de vista.

5. Por un lado, las normas constitucionales pueden vincular **positiva y negativamente** los procesos de producción, interpretación y aplicación de las normas del Derecho administrativo. En el pasado el Derecho constitucional se ha concebido como un simple límite externo que constriñe negativamente a los operadores jurídicos encargados de su desarrollo. Sus normas se ceñirían a definir un conjunto de prohibiciones constitucionales y, una vez respetadas estas, la Constitución no impondría condiciones adicionales: el ejercicio del poder de libre configuración política del legislador democrático y del poder

discrecional del Gobierno y de la Administración serían para ella una caja negra. En la actualidad, sin embargo, la Constitución ya no se concibe solo como un instrumento para **limitar el poder**, sino también para **dirigir su ejercicio**. Su misión no se reduce a establecer qué es lo que legislador, Gobierno y Administración pública no pueden hacer; también alcanza a orientarles en el ejercicio de sus respectivos ámbitos de libre configuración. La Constitución Española comprende un verdadero programa de actuación que vincula tanto a la Administración pública, como al legislador y al Gobierno en relación con esta. Los ámbitos que les son propios ya no se conciben, pues, como espacios de plena autodeterminación, sino como ámbitos externamente delimitados a través de criterios negativos e internamente orientados mediante criterios positivos.

6. Por otro lado, algunas normas constitucionales vinculan a la Administración y su Derecho con carácter definitivo, mientras que otras lo hacen con carácter *prima facie*. Las primeras operan como **reglas**, es decir, como "**normas no derrotables"**, de modo que cuando concurre el supuesto de hecho en ellas previsto, su consecuencia jurídica se aplica de forma plena y constante, sin modulaciones o graduaciones. Los conflictos entre reglas constitucionales se han de resolver en virtud del principio de especialidad. Las segundas operan como **principios**, esto es, como **mandatos de optimización** que ordenan la consecución de un determinado estado de cosas en la mayor medida posible, pero que pueden ser desplazados proporcionadamente en atención a otras normas constitucionales que presionen en sentido opuesto, de tal manera que, a diferencia de las reglas, estos principios serían susceptibles de cumplimiento gradual. Corresponde, ante todo, al legislador resolver los conflictos entre principios constitucionales que se suscitan en los diversos ámbitos del Derecho administrativo. Las normas que expresan el resultado de esas ponderaciones legislativas de principios tienen ya la condición de reglas y, por lo tanto, vinculan al Gobierno, a la Administración y a los órganos judiciales como normas no derrotables. Buena parte de las bases constitucionales del Derecho administrativo se comportan como principios que se relacionan entre sí en términos dialécticos, de ahí que suela afirmarse que el administrativo es un Derecho de conflictos y equilibrios (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000; ARROYO JIMÉNEZ, 2009).

7. Operan como **reglas** la prohibición de establecer ámbitos de la actuación administrativa inmunes al control judicial (art. 106.1 CE), la obligación de exigir la reparación del daño ambiental (art. 45.3 CE), el carácter público del régimen de la Seguridad Social (art. 41 CE) o la configuración de las playas como dominio público (art. 132.1 CE). La prohibición de las asociaciones de carácter paramilitar (art. 22.5 CE) es norma especial frente a la que proclama el derecho de asociación (art. 22.1 CE). Por el contrario, son **principios susceptibles de cumplimiento gradual** los de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), legalidad, objetividad y eficacia (art. 103.1 CE), el mandato de actualización de la libertad y de la igualdad (art. 9.2 CE), así como los derechos a la protección de la salud (art. 43 CE), a disfrutar del medio ambiente (art. 45 CE) y a acceder a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Una de las manifestaciones de la relación dialéctica entre los principios constitucionales de legalidad (art. 103.1 CE) y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ha sido resuelta por el legislador mediante una ponderación cuyo resultado se expresa en las reglas que permiten (solo en algunos casos y siempre que se den ciertas condiciones) la anulación de oficio de los actos administrativos (arts. 106, 109 y 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC).

8. Las normas constitucionales que limitan y dirigen la producción normativa y la aplicación administrativa y judicial del Derecho administrativo pueden ordenarse en torno a **cinco principios estructurales** del Estado en el que España ha quedado constituida: el Estado de Derecho (art. 1.1 CE), el Estado democrático (art. 1.1 CE), el Estado social (art. 1.1 CE), el Estado autonómico (arts. 2 y 137 CE) y el Estado abierto al proceso de integración supranacional (arts. 10.2 y 93 CE).

2. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DE DERECHO

2.1. La cláusula del Estado de Derecho

9. El Estado de Derecho es una de las notas definitorias del Estado (ar. 1.1 CE) y es también uno de los valores propios de la UE (art. 2 TUE). Se trata de un principio complejo integrado por normas constitucionales muy numerosas y heterogéneas, cuya orientación común puede cifrarse en la garantía de la **autodeterminación individual** (art. 10.1 CE) (LAPORTA, 2007: 17). Las más relevantes para el Derecho administrativo pueden clasificarse en tres grupos: por medio del primero, integrado por los principios de división de poderes, de legalidad y de control judicial, el Estado de Derecho otorga **estructura** al Derecho administrativo; el segundo grupo está compuesto por algunos derechos y libertades constitucionales que (junto al principio de Estado social, sobre el que luego se volverá) forman parte de la dimensión material o **sustantiva** del Estado de Derecho; el tercer grupo, en fin, está formado por reglas y principios de carácter **formal** que sirven a la racionalización y estabilización de la acción del poder y, en particular, de la actuación de la Administración pública.

2.2. Elementos estructurales

10. El primer elemento estructural es el **principio de división de poderes**. Somos aún herederos de una visión mítica de la separación de poderes que parte de la identificación de tres funciones abstractas (legislativa, ejecutiva y judicial) para su posterior atribución a otras tantas estructuras subjetivas especializadas y perfectamente independientes entre sí. Esta comprensión de la separación de poderes permitía racionalizar la distribución de funciones y competencias entre las diversas instituciones del Estado en una época, el siglo XIX, en la que la Constitución carecía de carácter normativo. En la actualidad, sin embargo, solo la función jurisdiccional está ordenada de esta forma (art. 117.3 CE). En relación con el resto de la acción del Estado, la Constitución ha procedido a fragmentar las funciones legislativa y ejecutiva en competencias concretas y a distribuir estas últimas entre diversos órganos diferenciados tanto horizontal como verticalmente. El principio de división de poderes es el nombre que recibe la **concreta ordenación funcional** que resulta de la red de normas constitucionales que atribuyen competencias, regulan la composición, organización y funcionamiento de diversos sujetos, y disciplinan las relaciones entre ellos y entre los actos y normas que constituyen el ejercicio de sus competencias.

11. La **función legislativa**, esto es, la producción normativa del Estado, está fragmentada en diversas potestades normativas que a su vez han sido repartidas entre varios sujetos: la potestad de aprobar las leyes, que corresponde a los parlamentos estatal y autonómicos, y en la que también participan los órganos ejecutivos; la potestad de aprobar decretos–leyes en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, atribuida al Gobierno central y a algunos gobiernos autonómicos, y sometida a su posterior convalidación parlamentaria; la potestad de aprobar reglamentos, que corresponde a los gobiernos central y autonómicos, y que en algunas materias está sometida a la necesidad de contar con una habilitación

previamente conferida por el legislador; y la potestad de aprobar otras disposiciones administrativas de carácter general, que corresponde a las Administraciones públicas central, autonómica y local, y que se encuentra en ocasiones sometida a la misma condición que los reglamentos gubernativos.

12. El **poder ejecutivo**, en particular, es una función constitucional compleja organizada. Desde un punto de vista subjetivo, se trata de una estructura orgánica integrada por el Gobierno y la Administración pública: el **Gobierno** es un órgano constitucional formado a su vez por órganos unipersonales y pluripersonales (arts. 97, 98 y 100 CE), y la **Administración** es un conjunto de personas jurídico–públicas integradas por órganos y unidades administrativas (art. 103.2 CE) (*infra* § 8.41). Desde un punto de vista objetivo, la función ejecutiva se encuentra constitucionalmente fragmentada por la Constitución, que encomienda al Gobierno (además de la potestad reglamentaria) la función de dirección política y la dirección de la Administración pública (art. 97 CE), y a esta última el servicio objetivo a los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), bajo la dirección política del Gobierno y con sujeción al control judicial de su legalidad (art. 106.1 CE).

13. El segundo elemento estructural es el **principio de legalidad**, cuyos contenidos serán objeto de examen más detallado posteriormente (*infra* § 5 y § 6), de modo que ahora bastará con realizar algunas consideraciones generales. El principio reclama la **vinculación de la Administración al Derecho** (art. 103.1 CE) y con ello permite que el Derecho administrativo cumpla tres misiones características. La primera es limitar la actividad administrativa, esto es, racionalizarla y ordenarla para evitar la arbitrariedad del poder y hacer posible que los ciudadanos programen su propia conducta. La segunda es dotar a la Administración de legitimidad democrática, en la medida en que las normas que la regulan gozan de ese tipo de legitimidad. Y la tercera es dirigir la actuación administrativa (*supra* § 2.17), puesto que para la Administración pública el Derecho es a la vez límite y tarea: atribuye potestades administrativas, condiciona la validez de su ejercicio, impone a la Administración objetivos y fines, configura tipos de organización y procedimiento adecuadas a las diversas funciones administrativas, etc.

14. La vinculación de la Administración al Derecho es plena desde dos puntos de vista. Lo es, de un lado, por lo que respecta al **parámetro** de la vinculación, integrado por el conjunto de normas del sistema (incluyendo, por supuesto, la ley y la Constitución, pero también las normas dictadas por la propia Administración, así como las normas que forman parte del Derecho de la Unión Europea). Especialmente importante es la **vinculación de la Administración a la ley**. Por un lado, la ley condiciona el ejercicio de la actividad normativa de la Administración como consecuencia del principio de primacía de la ley, de la reserva de ley en materias especialmente relevantes y de la ausencia de materias reservadas al reglamento. Por otro lado, el legislador también puede dirigir la actividad administrativa de ejecución de normas mediante reglas sustantivas y estructuras administrativas, sin que la Constitución se oponga a que las primeras sean reglas autoaplicativas, ni tampoco a la adopción de leyes concretas.

15. Las leyes administrativas suelen regular los distintos sectores de actividad administrativa **atribuyendo potestades** a la Administración pública. Así, por ejemplo, el artículo 152 de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, somete ciertos actos de transformación del suelo a la carga de obtener una licencia municipal. Algunas normas administrativas, sin embargo, alteran directamente la esfera jurídica de los ciudadanos **sin necesidad de su ejecución** en el caso concreto por parte de la Administración. El artículo 11.1.a) del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor

y Seguridad Vial, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, impone a los titulares de vehículos de motor el deber de identificar a las personas que los conducían en el momento de producirse una infracción de tráfico. Finalmente, la Ley canaria 2/1992, de 26 de junio, por medio de la cual se expropiaron dos inmuebles, es un ejemplo de ley concreta o de caso único.

16. La vinculación de la Administración al Derecho también es plena desde la perspectiva de su **objeto**, pues el principio de legalidad no tolera la existencia de ámbitos de la actuación administrativa no sometidos a la ley y al Derecho. Sin embargo, pese a que **toda la actividad** de la Administración está sometida al Derecho, dicho sometimiento no siempre tiene la misma **intensidad** (*infra* § 5.7). El principio de legalidad comprende un mandato de optimización de la predeterminación normativa de la actuación administrativa, que es además especialmente exigente cuando esta afecta negativamente a los derechos fundamentales (art. 53 CE). Sin embargo, junto a él la Constitución también protege otros principios, como los de eficacia (art. 103.1 CE) o autonomía (arts. 2 y 137 CE), que justifican la adopción de normas administrativas menos densas y la consiguiente atribución a la Administración pública de un margen de configuración autónoma de su propia conducta. La graduación de la intensidad de la vinculación de la Administración al Derecho corresponde fundamentalmente a la ley, que puede configurar con mayor o menor densidad el contenido de las normas sustantivas que programan la actuación administrativa, así como, en su caso, tratar de compensar esa falta de predeterminación normativa mediante el diseño de estructuras organizativas y procedimentales.

17. Es muy densa la regulación de la actuación administrativa en materia de tráfico, que comprende reglas sustantivas muy precisas (el art. 35 de la Ley sobre Tráfico regula con mucho detalle la maniobra de adelantamiento) y determina así por completo el contenido de los actos administrativos (en este ejemplo, cuándo puede la Administración imponer la correspondiente sanción). Por el contrario, la regulación de la planificación administrativa de las carreteras y de otras infraestructuras públicas se limita esencialmente a la definición de los fines que debe perseguir (arts. 1 y 9 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras), así como de los procedimientos administrativos a través de los cuales ha de tener lugar (arts. 10-16). Esto es, la ley no dice dónde deben construirse las carreteras, sino que establece un procedimiento para decidir su trazado, en el que se podrán analizar opciones diversas.

18. En tercer lugar, en un Estado de Derecho el sometimiento de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico también es objeto de control jurisdiccional (*infra* § 34.2). Este **principio de control judicial** tiene un **doble fundamento**: el fundamento objetivo que resulta del mandato de control jurisdiccional de la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria, de la actuación administrativa y de la adecuación de esta a los fines que le son propios (art. 106.1 CE), y el fundamento subjetivo que se deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que también opera frente a la actuación de la Administración pública que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24 CE).

19. El control judicial de la Administración refleja el modo en que esta se encuentra vinculada a la ley y al Derecho. El control judicial también es pleno por lo que respecta a su **objeto**, que comprende la entera actuación administrativa (normativa o no, jurídica o material, acción u omisión, etc.). Serían, pues, inconstitucionales las leyes que pretendieran sustraer del control judicial una parte de la actuación administrativa. El control judicial de la legalidad de la actuación administrativa también es pleno en lo que atañe al **parámetro** del enjuiciamiento. En el caso de los actos administrativos, los jueces han de controlar el cumplimiento de cualquier norma jurídica. En el caso de las normas administrativas, el control jurídico se refiere al cumplimiento de aquellas otras normas jerárquicamente superiores que vinculen a la autoridad normativa correspondiente. En cualquier caso, el parámetro del control judicial de la actuación administrativa es **todo el Derecho, pero sólo el Derecho**. A diferencia de lo que sucede con otros sistemas de control de la actuación administrativa, como los recursos administrativos o el control económico–financiero (*infra* §§ 33.16 y 51), quedan fuera, pues, del parámetro de control judicial los criterios propios de la corrección técnica de la actuación administrativa o los relativos a su conveniencia

u oportunidad política (que pertenecen al ámbito del control político de la actuación administrativa). Por este motivo, el juez solo puede anular la actuación administrativa en caso de que incurra en una infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder (art. 70.2 LJCA) (*infra* § 5.39).

20. La **intensidad del control judicial** de la legalidad de la actuación administrativa no es siempre la misma, sino que refleja la variable intensidad con la que el Derecho la dirige en cada caso. Como regla general, los jueces despliegan un **control pleno** de la actuación administrativa (sin reconocer, por tanto, ningún margen de deferencia a la Administración). Sin embargo, cuando la actuación administrativa sea expresión de un poder discrecional reconocido por la ley a la Administración pública el juez realiza un **control limitado** o deferente. Por esta razón precisa la ley que el órgano judicial no puede sustituir el criterio de la Administración por el suyo propio cuando la ley atribuye a esta el poder para adoptar la decisión final sobre la actuación controvertida (art. 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA) (*infra* § 5.20).

21. La Constitución no se conforma con dispensar a los ciudadanos una tutela judicial puramente formal de sus derechos e intereses legítimos, sino que exige que esta sea lo más efectiva posible (art. 24.1 CE). Este mandato *prima facie* de **efectividad de la tutela judicial** se refleja en numerosas reglas del Derecho administrativo sustantivo y procesal, entre las que destacan el deber de motivación de los actos administrativos (art. 35 LPAC) (*infra* § 17.42), el deber de interpretación restrictiva de los presupuestos procesales (STC 255/1993, FJ 3), el régimen de las medidas cautelares (STC 14/1992, FJ 7) y de la ejecución de sentencias de condena a la Administración (STC 32/1982, FJ 2). Sin embargo, esta exigencia de que la tutela judicial de los ciudadanos sea lo más efectiva posible, tanto en relación con su alcance o extensión, como en lo que respecta a su profundidad o intensión, puede verse desplazada por principios constitucionales opuestos vinculados, bien al propio derecho a la tutela judicial efectiva de terceros (que puede impedir, por ejemplo, el acceso a la jurisdicción si el acto ha adquirido ya firmeza), o bien a otros principios constitucionales, entre los que destacan los de seguridad jurídica, confianza legítima (art. 9.3 CE) y eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE).

22. El control judicial es uno de los ámbitos en los que se manifiesta con mayor claridad la peculiar **(exorbitante) posición jurídica de la Administración pública**, si la comparamos con la propia de los sujetos de Derecho común. Las Administraciones públicas gozan en el ejercicio de su actuación de la denominada autotutela declarativa y ejecutiva (arts. 38 y 39 LPAC) (*infra* § 17.61 y 81). Esto es, no necesitan de una resolución judicial para imponer y ejecutar sus propias decisiones. Además, se benefician de la carga que pesa sobre los particulares de agotar la vía administrativa previa al acceso a la jurisdicción (art. 25.1 LJCA) (*infra* § 33.70 y § 34.79), así como de la ausencia de carácter suspensivo automático en los recursos administrativo y contencioso–administrativo (art. 129 LJCA) (*infra* § 33.61 y § 34.128). Todas estas reglas reducen el grado de efectividad de la tutela judicial (art. 24. CE) y con ello restringen el alcance de ese principio constitucional. Su constitucionalidad pasa, pues, por comprobar que con ellas se satisfacen proporcionadamente las exigencias de sentido opuesto que proceden de otros principios constitucionales, entre los que ocupa una posición central el principio de eficacia de la actuación administrativa (STC 32/1982, FJ 4) (*infra* 4.45 y 46).

2.3. Elementos sustantivos

23. En las tradiciones constitucionales de la Europa continental los derechos fundamentales forman parte del Estado de Derecho (DÍAZ, 1998: 44). En su pri-

mera manifestación histórica como Estado liberal de Derecho, esos derechos eran, esencialmente, la **libertad**, la **igualdad** y la **propiedad** privada. La articulación jurídica de esos valores liberales tuvo lugar de acuerdo con dos criterios: su configuración como derechos públicos subjetivos y su comprensión como titularidades exclusivamente formales de personas abstractas.

24. En su dimensión puramente formal, las **libertades** constitucionales son derechos subjetivos a acciones negativas del Estado, esto es, derechos a que este no interfiera indebidamente en la configuración autónoma de alguno de los espacios vitales específicamente contemplados en la Constitución (la expresión de ideas, la actividad empresarial, la pertenencia a una asociación, etc.), o bien en el ejercicio del derecho general de libertad (arts. 10.1 y 16.1 CE). La ley delimita su contenido, incorpora límites o restricciones que deben satisfacer el principio de proporcionalidad y respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE, así como 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, CDFUE), y puede también atribuir a la Administración potestades que le permiten intervenir en su ejercicio mediante técnicas diversas (reglamentos, autorizaciones, órdenes, etc.).

25. La **igualdad** formal es un derecho subjetivo a no sufrir tratamientos discriminatorios que opera tanto frente a la ley como frente a su aplicación administrativa o judicial (art. 14 CE). Las normas del Derecho administrativo que dispensan un tratamiento diferente a distintas categorías de personas deben cumplir dos requisitos: entre los dos supuestos desigualmente tratados ha de apreciarse una diferencia objetiva, razonable y no basada en los criterios expresamente excluidos por la Constitución; y la diferencia de trato debe satisfacer el principio de proporcionalidad (SSTC 22/1981, FJ 3; 36/2011, FJ 2; y 112/2017, FJ 3). Las resoluciones judiciales y los actos administrativos, por su parte, lesionan el derecho a la igualdad si se separan del criterio previamente aplicado por el mismo órgano a situaciones comparables sin aportar una justificación razonable y no caprichosa (STC 47/1989, FJ 2).

26. La **propiedad** privada, en fin, es un derecho subjetivo cuyo contenido ha de ser delimitado por la ley. Si tradicionalmente esa operación se acometía a la vista del exclusivo interés de su titular, en el momento presente se ha de realizar también a partir de la función social del tipo de bien o derecho sobre el que se proyecte (art. 33.1 y 2 CE). El derecho tiene una doble dimensión. Por un lado, comprende un espacio de autodeterminación del propietario. La doctrina constitucional exige al legislador que las medidas que lo restringen por medio de obligaciones, deberes y cargas mantengan algún espacio de utilidad individual del propietario (STC 204/2004, FJ 5) y sean adecuadas para satisfacer su finalidad (STC 16/2018, FJ 17). Por otro lado, comprende también una garantía de integridad patrimonial frente a dos injerencias características: la expropiación forzosa, que sólo es admisible por causas de utilidad pública o interés social y mediante la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE) (*infra* § 26), y la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados incidentalmente en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE) (*infra* § 32).

27. Como puede observarse, en la tradición propia del Estado liberal de Derecho que hemos heredado y que emerge aún en numerosos ámbitos del ordenamiento, estos tres derechos fundamentales se reconocen y protegen con independencia de las condiciones concretas en las que se encuentren sus titulares. Tal y como se verá más adelante (*infra* § 3.46), esta comprensión de los derechos se vio luego parcialmente corregida, en el marco del **Estado social de Derecho**, donde los derechos y libertades dejan de ser para el Estado y para el Derecho administrativo simples titularidades formales asignadas a sujetos abstractos, para pasar a considerarse posiciones jurídicas cuya efectividad depende de las condiciones concretas en las que han de ser ejercidas.

2.4. Elementos formales

28. Junto a los principios de separación de poderes, legalidad y control judicial (que definen la estructura del Derecho administrativo) y a los derechos fundamentales (que le dotan de parte de su contenido sustantivo), el Estado de Derecho comprende un tercer grupo de normas de carácter formal que se caracterizan por racionalizar y limitar la actuación del poder (en lo que ahora importa, de la Administración pública) y que esencialmente procuran la conservación de las situaciones fácticas y jurídicas preexistentes.

29. En primer lugar, el principio de **seguridad jurídica** (art. 9.3 CE) se descompone en un conjunto de normas que pretenden facilitar la programación autónoma de la conducta individual, lo cual requiere que el Derecho administrativo sea previsible. Y para ello es necesario el cumplimiento de las reglas relativas a los procedimientos normativos, la publicación oficial de las normas como condición de su eficacia, la certeza, la claridad y la estabilidad de las normas del Derecho administrativo, así como la aproximación de este último a los ideales regulativos de la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema.

30. Una segunda regla formal es el principio de **irretroactividad** de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos (art. 9.3 CE), que se concreta en dos normas complementarias. Si la norma se proyecta sobre relaciones jurídicas consagradas o situaciones agotadas (retroactividad **propia**), solo exigencias cualificadas del bien común podrán imponerse excepcionalmente al principio de irretroactividad. Si la norma se proyecta sobre situaciones o relaciones actuales no concluidas (retroactividad **impropia**), el principio de seguridad jurídica solo exige que los principios constitucionales a los que sirve la norma puedan justificar su proporcionado desplazamiento mediante el reconocimiento de efectos retroactivos (STC 112/2006, FJ 17). Así, por ejemplo, a un local comercial o de ocio ya abierto al público (al amparo de una previa licencia municipal de apertura) se le pueden imponer por ley o por reglamento, de cara al futuro, nuevas exigencias de accesibilidad universal o de seguridad, en la medida en que esas exigencias sirvan proporcionadamente a bienes constitucionales como la protección de las personas con discapacidad (art. 49 CE) o la protección de la salud (art. 43.1 CE) (*infra* § 4.40).

31. En tercer lugar, el principio de **confianza legítima** ha sido importado del Derecho alemán a través del Derecho de la Unión Europea. En el ordenamiento in-

terno, este principio, que ha sido adscrito al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), vincula tanto en el momento de producir normas de Derecho administrativo como en el de su posterior aplicación en el caso concreto (art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP). Al legislador y a las autoridades que dictan **normas** de rango reglamentario les afecta desde dos perspectivas: de un lado, en la modificación de las normas administrativas sustantivas, el principio de confianza legítima se solapa con la doctrina constitucional que limita la retroactividad impropia; y, de otro, en la regulación de la anulación administrativa o jurisdiccional de los actos administrativos, el principio determina que ciertas irregularidades formales carezcan de efectos anulatorios (arts. 48.2 y 3 LPAC) y que las correspondientes acciones deban ser ejercidas dentro de ciertos plazos (arts. 110, 122 y 124 LPAC). Al adoptar **actos concretos**, las Administraciones públicas vulneran el principio de confianza legítima si con su comportamiento previo han hecho nacer una confianza objetivamente apreciable de mantenimiento u obtención de un beneficio, el particular ha realizado actos de disposición fundados en ella, y con posterioridad el acto controvertido produce su frustración. La consecuencia jurídica que se deriva del principio es, como regla general, la responsabilidad patrimonial de la Administración, y solo excepcionalmente la anulación del acto.

32. Por ejemplo, se frustra la confianza legítima cuando el Ministerio de Fomento deniega una autorización (por razones de seguridad aeronáutica) para la construcción de viviendas en las cercanías de un aeropuerto, siendo así que anteriormente, en la elaboración del plan urbanístico municipal que previa esas viviendas, el propio Ministerio de Fomento había emitido un informe favorable sobre la localización de las viviendas en cuestión (STS de 20 de enero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:125).

33. En cuarto lugar, el principio de **proporcionalidad** prohíbe el exceso en el ejercicio del poder público. Valga el siguiente ejemplo: sería manifiestamente desproporcionado imponer el confinamiento de todo un núcleo de población para combatir una epidemia de simple gripe. Aunque una medida así está genéricamente autorizada por el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, su ejercicio concreto puede llegar a vulnerar este principio.

34. El principio de proporcionalidad surgió **históricamente** como límite de las normas y actos administrativos que restringen la libertad individual, pero posteriormente se ha ido extendiendo a las medidas que afectan a la garantía patrimonial ínsita en el derecho de propiedad (art. 33 CE), a los derechos de igualdad (art. 14 CE), a los derechos de prestación (art. 24.1 CE), e incluso a otros principios constitucionales, como la autonomía (arts. 2 y 137 CE). En la actualidad, el legislador lo ha declarado aplicable a las medidas que limiten cualquier derecho (art. 4.1 LPAC) y en particular a las medidas de carácter normativo (art. 129 LPAC). Verdaderamente, el requisito de que la acción del poder sea proporcionada entra en juego siempre que esta afecte negativamente a una norma constitucional o legal que opere como un mandato de optimización, esto es, a una norma que pueda cumplirse en mayor o menor medida: el grado en que dicha norma deje de verse cumplida ha de satisfacer las exigencias que resultan del principio de proporcionalidad (STC 60/2010, FJ 5) (ARROYO, 2009: 32).

35. Por lo que respecta al contenido del principio de proporcionalidad, en el Derecho constitucional y administrativo español se ha extendido un canon de control (también procedente, por cierto, del Derecho alemán) en virtud del cual la medida controvertida debe ser: (i) adecuada, por ser un instrumento objetivamente idóneo para alcanzar la finalidad que persigue; (ii) necesaria, por no haber alternati-

vas manifiestamente menos restrictivas e igualmente eficaces para lograrla, y (iii) estrictamente proporcionada, por no dar lugar a un desequilibrio evidente o manifiesto entre el efecto favorable que produce respecto de su finalidad y el efecto desfavorable que genera desde la perspectiva del principio restringido (STC 55/1996, FJ 3 y 6).

36. Por último, el principio de **interdicción de la arbitrariedad** (art. 9.3 CE) tiene un contenido complejo. En esencia, prohíbe la actuación pública carente "de toda explicación racional" (STC 181/2000, FJ 13). Por un lado, prohíbe las leyes discriminatorias (art. 14 CE) o carentes de cualquier explicación racional, en el bien entendido de que la ley no tiene por qué ser motivada y de que ha de extremarse aquí la deferencia en el control del legislador democrático (STC 13/2007, FJ 4). Por otro lado, el principio también se proyecta sobre los actos del Gobierno: es arbitrario, por ejemplo, que se indulte a un conductor homicida, cuando en el expediente de indulto no hay ninguna razón de justicia o utilidad pública que pueda explicar o justificar esa decisión (STS de 20 de noviembre de 2013, ECLI:ES:TS:2013:5997). Finalmente, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha servido en España para **aglutinar un conjunto de cánones de control** del ejercicio de la discrecionalidad administrativa de contenido diverso e intensidad variable, y que en buena medida se solapan con otras exigencias constitucionales. Destacan entre ellas el respeto a la **realidad de los hechos** sobre los que descansa la decisión (cuya ausencia determina ya la infracción de la norma sustantiva que la regula), la consideración de los elementos fácticos y jurídicos relevantes para su adopción (que forma parte del principio de objetividad o debido cuidado), la **motivación razonable** de la decisión discrecional (que comprende tanto el deber formal de motivación como la exigencia de que el resultado de la decisión no sea irracional) y, en fin, **la adecuación objetiva** de la medida al fin perseguido (que en ocasiones se denomina canon de razonabilidad y que integra realmente el primer elemento del principio de proporcionalidad).

3. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO SOCIAL

3.1. La cláusula del Estado social

37. El Estado social es la segunda nota definitoria del Estado en el que España se ha constituido (art. 1.1 CE) y, aunque no se encuentre proclamado como tal en el Derecho de la Unión Europea, alguno de los elementos en los que se concreta han sido establecidos como valores (art. 2 TUE), objetivos (art. 3.3 TUE) y derechos fundamentales de la Unión (arts. 23-38 CDFUE). Lejos de desarrollarse a sus espaldas, el Estado social es una concreta forma histórica del Estado de Derecho que emerge en Europa a lo largo del siglo XX, a medida que el viejo Estado liberal de Derecho del siglo XIX se transforma lenta y trabajosamente en un **Estado social de Derecho** (GARCÍA PELAYO, 1977: 51). La vieja aspiración de facilitar la autodeterminación individual (a la que sirven las distintas manifestaciones del Estado de Derecho que hemos analizado ya) se ve en él complementada a la vista de una constatación empírica: que la efectividad de la libertad, de la igualdad y del resto de los derechos de las personas

no depende solo de su reconocimiento formal a sujetos abstractos, sino también de las concretas condiciones materiales en las que se encuentran las personas llamadas a ejercerlos. Esas condiciones pueden dificultar e incluso impedir el ejercicio de los derechos y, por lo tanto, el alcance de la misma autonomía individual. A partir de esta consideración, el Estado social asume como tarea propia la conformación de las relaciones sociales y económicas para lograr que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). El examen de su contenido pasa en la actualidad por la distinción entre la **dimensión material** del principio, integrada esencialmente por el mandato de actualización de la libertad y de la igualdad constitucionales, y su **dimensión instrumental**, compuesta a su vez por el mandato de eficaz consecución de los objetivos y fines que la Constitución impone a los poderes públicos.

3.2. Dimensión material

38. El principio de Estado social impone a los poderes públicos, ante todo, un **mandato de intervención positiva** en la sociedad para transformar las condiciones materiales en las que se encuentran los ciudadanos a fin de actualizar (es decir, de convertir en reales y efectivos) los derechos que la Constitución les reconoce. Dicha intervención se ha de concretar, en particular, en la eliminación de los obstáculos que nos hacen menos libres y menos iguales (art. 9.2 CE). Este mandato constitucional tiene como **destinatarios** a todos los poderes públicos, que han de materializarlo en el marco de sus respectivas competencias y, aunque en principio se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico, su cumplimiento se articula fundamentalmente a través del Derecho público y, en particular, del Derecho administrativo, por ser la Administración la organización pública encargada de intervenir de forma ordinaria en las actividades sociales y económicas (PAREJO, 1983).

39. El **contenido** del mandato impuesto en el artículo 9.2 CE es indudablemente vago. Sin embargo, la propia Constitución contribuye a precisarlo en otras disposiciones que identifican numerosas tareas estatales cuyo cumplimiento puede requerir la adopción de normas legales o reglamentarias, la prestación de servicios públicos, el reconocimiento de prestaciones económicas, etc. El legislador y el Gobierno pueden también concretar directamente la cláusula del artículo 9.2 CE mediante la atribución a la Administración pública de nuevas tareas no específicamente previstas en la Constitución, pero que se orienten a la actualización de la libertad y de la igualdad de las personas.

40. Algunas de las tareas impuestas por la Constitución se refieren al **aseguramiento colectivo de riesgos futuros** de los ciudadanos, principalmente a través del sistema de Seguridad Social y de sus prestaciones en el ámbito de las pensiones, el desempleo, los accidentes o la enfermedad (arts. 41 y 50 CE). Otras tareas constitucionales incluyen la **garantía de la prestación de servicios públicos básicos** como la educación (art. 27 CE), la sanidad (art. 43 CE), la vivienda (art. 47 CE) o la asistencia social (art. 50 CE). Un tercer ámbito de intervención del Estado social es el dirigido **al reequilibrio de ciertas relaciones** entre personas o grupos caracterizadas por su desigualdad estructural, entre las que destacan las relaciones laborales (arts. 28, 38 y 40 CE) y las relaciones entre empresarios y consumidores

(art. 51 CE). En cuarto lugar, diversas disposiciones constitucionales imponen a los poderes públicos la obligación de **proteger algunos colectivos** con necesidades específicas, entre los que se encuentran los jóvenes (art. 48 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los ancianos (art. 50 CE). Una quinta tarea se refiere a la obligación de promover las condiciones favorables para el **progreso social y económico** (art. 40.1 CE), que atribuye al Estado una responsabilidad infraestructural respecto del buen funcionamiento de la economía. Junto a ello, la Constitución también ordena a los poderes públicos garantizar la **vinculación social del sistema económico**. Esta vinculación se concreta, por ejemplo, en la delimitación del contenido de la propiedad a partir de su función social (art. 33.2 CE), en la subordinación de la libertad de empresa a las exigencias de la economía general (art. 38 CE) y en la obligación de procurar una distribución de la renta regional y personal más equitativa, de modo que crecimiento y distribución no se encuentran jerárquicamente ordenados desde la perspectiva constitucional (art. 40.1 CE). Así mismo, la obligación de incrementar la equidad de la distribución de la renta personal debe entenderse en el sentido de lograr una efectiva reducción de la desigualdad, en la medida en que los poderes públicos están obligados a remover los obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2 CE), y con ello a lograr un grado de igualdad mayor que el que se observaría en ausencia de intervención pública. Por último, otra de las condiciones materiales que los poderes públicos han de optimizar es el disfrute de un medio ambiente adecuado y la protección de los recursos naturales (art. 45 CE).

41. Estas **tareas estatales** se diferencian entre sí en función de su grado de concreción y de las vías para exigir su cumplimiento (art. 53.2 y 3 CE). Las diferencias también se proyectan sobre el modo en que han de ser aplicadas. Las normas que las imponen se comportan en algunas ocasiones como **reglas** no derrotables y otras veces como **principios** susceptibles de cumplimiento gradual. En el primer caso, la norma que define la tarea impone al Estado una obligación de modo definitivo, exigiendo su cumplimiento pleno y constante. En el segundo, los poderes públicos están constitucionalmente obligados a cumplirla en la mayor medida posible. Sin embargo, la satisfacción de este segundo grupo de tareas puede dar lugar a relaciones dialécticas con otros principios constitucionales. En estos casos corresponde al legislador, al Gobierno y a la Administración pública, cada uno en el espacio de sus respectivas competencias, alcanzar un equilibrio proporcional que permita lograr una cierta concordancia práctica entre las diversas normas constitucionales en conflicto. Los principios de democracia y pluralismo político (art. 1.1 CE) determinan que ese punto de equilibrio pueda desplazarse en un sentido u otro, siempre que la solución alcanzada no sea desproporcionada. Dichos principios también exigen que el control judicial de esas decisiones sea particularmente deferente.

42. Cuál deba ser el tamaño de los grupos en la educación básica (art. 27.1 CE), el importe de las pensiones (art. 50 CE) o las técnicas administrativas de protección del medio ambiente (art. 45.2 CE) son cuestiones que la Constitución no ha resuelto de manera definitiva, sino que las ha encomendado al legislador, al Gobierno y a las Administraciones públicas, que han de alcanzar un equilibrio entre los mandatos constitucionales correspondientes (garantizar el derecho a la educación, proteger económicamente a los ciudadanos durante la tercera edad y proteger el medio ambiente y los recursos naturales) y otras normas constitucionales que se relacionan con ellas en términos dialécticos (el derecho de propiedad, la libertad de empresa, etc.). Al definir esos puntos de equilibrio, los poderes públicos están constitucionalmente vinculados por las normas respectivas, pero pueden alcanzar **soluciones diversas** que expresan diferentes planteamientos políticos. Por el contrario, la norma que suprimiera el carácter gratuito de la educación básica (art. 27.4 CE), la que privatizara el sistema de pensiones (art. 41 CE) o, en fin, la que dejara de sancionar las agresiones al medio ambiente (art. 45.3 CE), serían inconstitucionales porque en relación con estas concretas manifestaciones del Estado social las normas que definen la tarea estatal correspondiente no operan como un principio sino como una regla.

43. Una de las consecuencias más relevantes de la dimensión material del Estado social es la transformación del contenido, el alcance y el catálogo de los derechos fundamentales. La **libertad** no se concibe ya como una simple titularidad formal, sino como un espacio de autonomía cuyo efectivo disfrute no solo reclama la no injerencia de los poderes públicos, sino también una intervención positiva orientada

a remover los obstáculos que dificultan su plenitud (art. 9.2 CE). El Estado social también ha de garantizar que la **igualdad** entre individuos y grupos sea real y efectiva, lo cual puede reclamar dispensar a algunos de ellos un tratamiento diferente y, por tanto, formalmente desigual, cuya justificación reside en la necesidad constitucional de corregir situaciones de desigualdad material (art. 9.2 CE). Tal y como se ha indicado ya (*supra* § 4.26), en el Estado social de Derecho el contenido del derecho de **propiedad** no resulta solo de la necesidad de proteger la autonomía de su titular, sino que puede quedar delimitado por la ley a la vista de la función social del tipo de bien o derecho de que se trate (art. 33.2 CE).

44. Finalmente, junto a los viejos derechos fundamentales del Estado liberal, en el Estado social aparecen nuevos derechos, entre los que destacan los **derechos prestacionales**, que se caracterizan por que su objeto son acciones positivas del Estado. Algunos son, como se ha indicado, derechos fundamentales directamente esgrimibles ante los tribunales, como el derecho a la educación (art. 27 CE), pero en la mayoría de los casos la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de realizar o, al menos, garantizar la prestación, tal y como sucede con los derechos a la salud (art. 43 CE), a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE), a una vivienda digna (art. 47 CE), remitiendo sin embargo a la ley la definición de su contenido concreto, así como de los términos en los que los ciudadanos pueden reclamar su recepción (art. 53.3 CE). En todo caso, una vez configurada la prestación por el legislador de una determinada manera, siempre dentro de los límites que se derivan de la correspondiente disposición constitucional, su fundamento se encuentra en la propia Constitución. Es decir, se trata de verdaderos derechos constitucionales, por más que su contenido y efectos se encuentren condicionados a su ulterior desarrollo legislativo.

3.3. Dimensión instrumental

45. Junto al mandato de actualización de la libertad y de la igualdad, la determinación constitucional del Estado social tiene también una dimensión de carácter instrumental que se corresponde con el **principio de eficacia** de la actuación de los poderes públicos (STC 178/1989, FJ 3), que el art. 103.1 CE especifica en relación con la Administración al imponer a esta el deber de servir eficazmente a los intereses generales. Se trata de una obligación de resultado que consiste en lograr la satisfacción real de los fines propios de la actuación administrativa, tal y como estos hayan sido definidos tanto por el legislador en el marco de la Constitución, como por el Gobierno, en el ejercicio de su función directiva, en el marco de la Constitución y de la ley. La doctrina entiende que del art. 103.1 CE también se deriva un **mandato de eficiencia**, es decir, la obligación de lograr la efectiva satisfacción de los intereses generales no de cualquier modo, sino optimizando los recursos escasos empleados (PAREJO, 1995: 99). El art. 31.2 CE proclama específicamente este mandato de eficiencia en lo que atañe a los medios financieros, pero en virtud del art. 103.1 CE ha de entenderse aplicable a otros recursos administrativos escasos.

46. El **principio de eficacia** de la actuación administrativa tiene como **destinatarios** tanto al legislador como a la propia Administración pública. A la hora de producir normas de Derecho administrativo, el primero está constitucionalmente obligado a atribuir a la Administración los instrumentos necesarios para que esta pueda alcanzar efectivamente los objetivos que le son propios. Ese mandato *prima facie* puede entrar en colisión con otros principios constitucionales, de tal manera que el **legislador** debe alcanzar soluciones de equilibrio para esas relaciones dialécticas que pueblan el Derecho administrativo español. La eficacia de la actuación administrativa justifica que los actos en los que se concretan se presuman válidos y sean inmediatamente eficaces (art. 39 LPAC) (*infra* § 17.61), a pesar de que ello conduzca a trasladar a los particulares la carga de su impugnación jurisdiccional. La tutela del principio de eficacia alcanza incluso a que los recursos no suspendan la eficacia del acto recurrido (arts. 117.1 LPAC y 130.1 LJCA) (*infra* § 33.61 y § 34.128). Sin embargo, el particular que lo impugne tiene a su disposición un generoso régimen de medidas cautelares (art. 129-136 LJCA) al servicio de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (*infra* § 34.127-135). Desde la perspectiva de la propia **Administración**, el principio de eficacia la obliga a servir los intereses generales en la mayor medida posible. Sin embargo, ese deber solo opera en el marco decisorio que la ley deje abierto, singularmente cuando le otorgue poderes discrecionales. Por el contrario, la invocación de la eficacia no permite a la Administración desvincularse del ordenamiento jurídico.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DEMOCRÁTICO

4.1. La cláusula del Estado democrático

47. Una parte relevante de la legitimidad de la Administración tiene su origen en que su organización y funcionamiento responden a las exigencias propias del Estado social de Derecho. Quiere ello decir que si cabe exigir a los ciudadanos que acepten quedar sometidos a la actuación de la propia Administración y al Derecho que la regula ello es, en gran medida, porque ambos respetan las exigencias que hemos analizado hasta ahora. Sin embargo, la principal fuente de legitimidad de la Administración es la que procede del **principio democrático** (art. 1.1 CE), que descansa sobre la consideración de que el poder público, también el administrativo, encuentra su fundamento y origen en el pueblo español (art. 1.2 CE), y exige por ello una vinculación entre su ejercicio y el titular de la soberanía.

48. Esta vinculación se puede articular jurídicamente de formas diversas y complementarias. La legitimidad democrática del Derecho administrativo resulta sobre todo de la primacía de la ley dentro del sistema de normas presidido por la Constitución (*infra* § 6.22 y 47). La Administración pública obtiene también una parte de su legitimidad del hecho de que su actividad es en buena medida **ejecución de la ley** democrática. Esta fuente de legitimidad es suficiente en el caso del poder judicial; sin embargo, resulta con toda evidencia insuficiente en los casos del Gobierno y de la Administración pública (*supra* § 1.29 y § 2.15), pues el primero tiene encomendada una función de dirección política general y la segunda cuenta con amplios espacios de autonomía en el ejercicio de la discrecionalidad que la ley le confiere. La legitimidad democrática de la Administración pública debe también obtenerse, por tanto, a partir de las tres fuentes que se examinan a continuación.

4.2. Democracia representativa

49. Una de esas fuentes es la que procede del funcionamiento de la democracia representativa, que en el caso de la Administración opera de acuerdo con dos modelos. El primero es el de la **Administración local**, cuya legitimidad democrática resulta de la integración en los órganos que la componen de representantes de los ciudadanos elegidos periódicamente a través del ejercicio del derecho de sufragio (art. 23 CE); una integración que es directa en el caso de los municipios, e indirecta en el de las provincias (*infra* § 11.36 y 58). Por el contrario, las **Administraciones del Estado y de las Comunidades Autonómicas** no se legitiman democráticamente por esta vía, pues las personas titulares de sus órganos y unidades administrativas no son directamente elegidos por los ciudadanos, con los que no les une, pues, una relación de representación política. En este segundo modelo, que es el que opera con carácter general, los mecanismos propios de la democracia representativa proporcionan a la Administración legitimidad democrática indirectamente por medio de una **cadena de imputación de responsabilidades políticas** que, en último término, garantiza su vinculación con el titular de la soberanía.

50. Esta cadena está formada por varios eslabones. En primer lugar, el cuerpo electoral elige a sus representantes en las Cortes Generales, que gozan así de legitimidad democrática directa, al tiempo que los ciudadanos pueden exigirles responsabilidad política mediante el ejercicio de sus derechos de participación política (art. 23.1 CE). En segundo término, el Congreso de los Diputados confiere al Presidente del Gobierno su confianza política a través de la investidura y de la moción de censura, controla la acción del Gobierno, y puede retirar aquella confianza, en su caso, por medio de esta última o de la cuestión de confianza (arts. 66, 99 y 101 CE). En tercer lugar, el Presidente del Gobierno determina la composición del Consejo de Ministros y dirige y coordina su actuación. Finalmente, el Gobierno tiene atribuidas las funciones de dirección y control de la actuación administrativa (art. 97 CE), cuyo desarrollo tiene lugar a través de una organización constitucionalmente estructurada de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), de tal manera que sus instrucciones y órdenes determinan *ex ante* el contenido de la acción administrativa en sentido descendente, y los mecanismos de control administrativo y gubernamental garantizan *ex post* su efectivo cumplimiento (*infra* § 14.30 y 33.68). El resultado que de ello se deriva es que el Congreso, y en último término, pues, **los ciudadanos pueden exigir responsabilidad política** al Gobierno a través de su Presidente no solo por la acción de sus miembros, sino también por la de los órganos y unidades administrativas, en la medida en que están sometidos al ejercicio de aquellas funciones.

4.3. Democracia participativa

51. La legitimidad democrática de la Administración tiene una fuente adicional en la **participación de los ciudadanos** en el desarrollo de su actuación. La Constitución consagra diversas exigencias específicas de participación en la actividad administrativa de carácter normativo y en la adopción de actos administrativos (art. 105.a) y c) CE). Más allá de estas, de los artículos 9.2 y 23 CE se deriva un principio general de participación de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran en el funcionamiento de la Administración pública. Este principio sirve al tiempo a otras determinaciones estructurales del Estado, como el Estado de Derecho (que com-

prende el derecho a ser oído) y el Estado social (puesto que la participación de los ciudadanos puede proporcionar a la Administración información y puntos de vista capaces de mejorar su eficacia). Sin embargo, la vinculación más intensa es la que se produce con el Estado democrático a través de la noción de democracia participativa, que puede complementar la legitimidad que se obtiene a través de los procesos de representación política siempre y cuando las posibilidades de intervención con las que cuenten los titulares de los diversos intereses privados sean equitativas y semejantes, pues la participación de los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, solo contribuye a legitimar al poder si tiene lugar en condiciones de igualdad.

52. El principio de participación de los ciudadanos en el funcionamiento de la Administración pública opera como **mandato de optimización**: el legislador y el Gobierno, a la hora de regular y configurar las estructuras administrativas, deben facilitar la participación de los ciudadanos en la medida de lo posible, y lo mismo ha de hacer la Administración en tanto que disponga de un espacio de configuración discrecional de su propia organización y procedimientos. Sin embargo, esta exigencia, lejos de operar de manera definitiva, ha de cohonestarse con otras consideraciones constitucionales que justifican su restricción. Ante todo, la legitimación ascendente de la Administración que tiene lugar a través de la participación directa de los ciudadanos puede entrar en conflicto con la legitimación descendente de la Administración que se articula a través del ejercicio de los poderes de dirección y control de su actuación por parte del Gobierno y del Parlamento. De igual modo, a partir de un determinado volumen de participación ciudadana, o simplemente en caso de configuración inadecuada de los correspondientes órganos y procedimientos, esta puede llegar a reducir la eficacia de la actuación administrativa en la satisfacción de los intereses generales. Finalmente, la participación genera siempre un riesgo de captura del poder por parte de los titulares de intereses privados con una mayor capacidad de acceder e imponerse en las estructuras de participación. Por estos motivos, la medida de la participación, así como las concretas técnicas por medio de las cuales se produce, han de ser configuradas a la vista de las características del concreto sector de actividad administrativa de que se trate.

4.4. Principios instrumentales

53. Para que estas dos dimensiones del principio democrático puedan llegar a proporcionar legitimidad a la Administración pública es preciso que su organización y sus procedimientos de actuación se configuren de acuerdo con otros dos grupos de principios instrumentales que operan, pues, como presupuestos o requisitos de las anteriores: los principios de objetividad e imparcialidad, de un lado, y los principios de publicidad y transparencia, de otro.

54. Al imponer a la Administración el servicio objetivo a los intereses generales, el artículo 103.1 CE proclama el **principio de objetividad en sentido amplio**, que comprende dos exigencias. La primera se refiere a la necesidad de que la actuación administrativa sea neutral respecto de los intereses privados de los sujetos que pueden verse afectados por ella. Este es el contenido del **principio de imparcialidad**, cuya concreción legislativa se proyecta sobre dos cuestiones distintas: de un lado, la que se orienta a garantizar la imparcialidad de los titulares de cargos públicos en el ejercicio de sus funciones (neutralidad personal), que la Constitución consagra específicamente en relación con la actuación de los empleados públicos (art. 103.3 CE); y de otro, la que se proyecta sobre la imparcialidad de las propias estructuras administrativas y,

en particular, de la organización administrativa (neutralidad institucional) y de los procedimientos de toma de decisiones (neutralidad procedimental).

55. El objetivo constitucional de neutralidad se concreta en la actualidad, por ejemplo, en el mandato de **abstención** de los empleados públicos, cuando existen posibles conflictos de interés (art. 23 LRJSP) (*infra* § 17.30). La **falta de neutralidad** constitucionalmente prohibida puede consistir en el trato de favor a determinadas personas o en el sometimiento de la actuación administrativa a ciertos intereses privados. También es contraria al principio de imparcialidad la acción administrativa en la que los **criterios políticos** reemplazan a los criterios técnicos cuando los segundos deban prevalecer conforme a la ley, así como cuando los primeros no se articulen a través de los procedimientos legalmente previstos. Por el contrario, el principio de objetividad no se opone a que el Gobierno dirija la actuación administrativa de acuerdo con criterios de naturaleza política (art. 97 CE).

56. La segunda exigencia, que integra el **principio de objetividad en sentido estricto**, también denominado deber de diligencia o de cuidado debidos, consiste en que las decisiones administrativas se adopten una vez tomados en consideración adecuadamente todos los elementos y factores relevantes desde la perspectiva del interés público. El principio reclama la configuración de las estructuras organizativas y procedimentales de tal manera que los titulares de los órganos administrativos puedan llegar a disponer de la información necesaria para adoptar la decisión, así como de los criterios relevantes para valorar las implicaciones que esta pueda tener respecto de los diversos intereses públicos y privados afectados por ella. Esta exigencia también opera como un mandato *prima facie* y, por tanto, puede ser desplazada proporcionadamente en atención a otros principios constitucionales opuestos, como los relativos a la eficacia y a la eficiencia de la actuación administrativa. Una concreción legal del principio de objetividad se encuentra, en la actualidad, en la posibilidad de que todo órgano administrativo solicite los **informes** "que se juzguen necesarios para resolver" (art. 79.1 LPAC).

57. Las dos dimensiones indicadas del principio de objetividad en sentido amplio se adscriben en el Derecho de la **Unión Europea** al principio general y **derecho fundamental a la buena administración** (art. 41.1 CDFUE), mientras que en la Constitución interna su naturaleza es la de un mandato puramente objetivo. La jurisprudencia española, por su parte, está apurando las posibilidades de esta noción, en particular del deber de cuidado debido, para diseñar un control más intenso de la actuación administrativa, especialmente en ámbitos en los que esta se desenvuelve en ejercicio de poderes discrecionales (STS de 7 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:3971, FJ 4) (*infra* § 16.4).

58. El **principio de transparencia** exige que la organización, el procedimiento y el contenido de la actuación administrativa puedan ser conocidos y adecuadamente comprendidos por los ciudadanos, entendiendo por tales no sólo a sus destinatarios o a los terceros que puedan verse afectados por ella, sino también al público en general. El principio de transparencia comprende, por una parte, una exigencia de **publicidad** de la información administrativa que se proyecta sobre tres cuestiones: la transparencia de la información administrativa respecto de los ciudadanos que son interesados en un determinado procedimiento administrativo o que, incluso sin serlo, participan en un determinado trámite (art. 53 LPAC); la transparencia de la información administrativa vinculada al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos [arts. 105.b) CE, y 13.d) LPAC]; y la transparencia de la información que la Administración tiene que hacer pública en virtud de sus deberes de publi-

cidad activa (arts. 6, 7 y 8 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, LTBG). Junto a estas manifestaciones del principio, en las que éste se concreta en una exigencia de publicidad de la información, el principio de transparencia comprende un deber general de promover la **inteligibilidad** de la organización y del funcionamiento de la Administración pública que en ocasiones opera también como derecho subjetivo [art. 53.1.a) y f) LPAC].

59. La exigencia de transparencia es una manifestación tanto del **Estado de Derecho** como de la **democracia**. Lo primero se produce porque el acceso a la información administrativa permite a los interesados ejercer su derecho a ser oído y defender sus derechos e intereses legítimos en el marco del procedimiento administrativo, al tiempo que promueve la legalidad de la actuación administrativa y facilita su posterior control judicial. Lo segundo resulta de que la posibilidad de conocer y comprender el modo en que se ejerce el poder (también el administrativo) es una condición de su legitimidad democrática: la transparencia permite el normal funcionamiento de la cadena de exigencia de responsabilidad política por la actuación administrativa, posibilita la participación de los ciudadanos en su desarrollo y promueve así que la Administración disponga de los elementos necesarios para servir con objetividad a los intereses generales. Por lo demás, el principio de transparencia se comporta como un **mandato de optimización** y es, por tanto, susceptible de cumplimiento gradual. Quiere ello decir que su contenido *prima facie* puede ser proporcionadamente restringido en virtud de principios constitucionales opuestos, como el principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), la seguridad y defensa, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas (art. 105.b) CE).

5. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO AUTONÓMICO

5.1. La cláusula del Estado autonómico

60. Mientras que los principios que hemos analizado hasta ahora se refieren al contenido sustantivo del Derecho y de la acción de la Administración, los que restan por examinar se proyectan más bien sobre su estructura territorial. El **Estado autonómico** es un modelo de Estado compuesto en el que el poder se distribuye en diversos **niveles territoriales** a partir de ciertos principios y a través de un conjunto de técnicas determinadas. Aquellos principios son los de **unidad, autonomía y solidaridad** (art. 2 CE). Los niveles territoriales de ejercicio del poder son el municipio (*infra* § 11.22), la provincia (*infra* § 11.47) y la comunidad autónoma (*infra* § 10.1). Cada uno de ellos goza de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (art. 137 CE) y constituye un **ordenamiento jurídico territorial**: municipios, provincias y comunidades autónomas están integrados por una comunidad de ciudadanos portadora de intereses propios, que estén sometidos a la actuación de sus respectivos entes o aparatos institucionales, que a su vez son capaces de producir sus propios sistemas de normas.

5.2. Autonomía

61. El principio de autonomía (arts. 2 y 137 CE) es una concreta forma histórica por medio de la cual se ha articulado técnicamente la idea de la descentraliza-

ción territorial del poder y el pluralismo político territorial al que esta conduce. Sus características más destacadas son las siguientes. Ante todo, la norma opera como un **mandato de optimización** que presiona en el sentido de ampliar el alcance del poder ejercido por los niveles territoriales inferiores de gobierno, así como la propia autonomía con la que estos han de poder ejercerlos. Sin embargo, se trata de un mandato de **alcance limitado** no solo porque opera junto a principios que presionan en sentido opuesto y que justifican su proporcionado desplazamiento, sino también por su propia naturaleza, que no permite fundar un poder de plena autodisposición de las comunidades políticas propias de los niveles territoriales inferiores al estatal (SSTC 4/1981, FJ 3; 31/2010, FJ 3).

62. En segundo término, la autonomía habilita a los respectivos entes autónomos a gestionar sus respectivos intereses bajo su propia responsabilidad (art. 137.2 CE), lo cual reclama, de un lado, disponer de un volumen de **competencias** (es decir, de poderes que se ejercen sobre una determinada materia) capaz de cubrir los intereses respectivos de la comunidad de que se trate. De otro lado, la autonomía constitucionalmente garantizada es una autonomía política, en el sentido de que permite a los entes que de ella disfrutan optar entre diversas opciones a la hora de formular una **política propia**. Finalmente, la noción de autonomía implica también que sus titulares han de poder ejercer sus competencias propias sin estar sometidos de ordinario a controles o tutelas que vayan más allá de un **control de legalidad**.

63. En tercer lugar, precisamente por tratarse de un mandato de optimización, la autonomía proporciona a su titular un poder de alcance e **intensidad variable**, en el que se puede apreciar una diferencia fundamental entre la autonomía que corresponde a las comunidades autónomas (que son titulares de la potestad legislativa y se benefician de un marco constitucional y estatutario muy rígido) y la autonomía de la que gozan los entes locales (que no se puede expresar mediante el ejercicio de la potestad legislativa y cuyo alcance está más débilmente protegido frente al legislador). Incluso dentro de cada uno de estos dos grupos de entes autónomos es posible apreciar diferentes grados de autonomía dependiendo, en el primer caso, de la configuración estatutaria del régimen competencial e institucional de las comunidades autónomas (principio dispositivo) (*infra* § 10.3-5) y, en el segundo, del modo en que el legislador competente en materia de régimen local haya ponderado el principio constitucional de autonomía por relación con otros principios constitucionales (STC 41/2016, FJ 3) (*infra* § 11.17).

5.3. Unidad

64. La decisión constitucional en favor del principio de autonomía y el pluralismo político territorial que de ella se deriva es compatible con el reconocimiento del **principio de unidad** de la nación española (art. 2 CE) y con la afirmación de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes (art. 1.2 CE). La consecuencia que de ello se deriva es la unidad fundamental del poder constituyente, del Estado en el que España se ha constituido (art. 1.1 CE), así como del propio ordenamiento jurídico interno, que se reconduce a la unidad por medio de la supremacía jerárquica de la Constitución (art. 9.1 CE) (STC 31/2010, FJ 3).

65. El principio de unidad circunscribe y limita el alcance del principio de autonomía de tres maneras distintas. Lo hace, en primer lugar, mediante un conjunto de

normas constitucionales que consagran la **supremacía del interés general** propio de los entes territoriales superiores frente a los intereses particulares propios de los entes territoriales inferiores (STC 4/1981, FJ 3).

66. Por un lado, la Constitución reserva al **Estado central una posición de supremacía** en la configuración de los ordenamientos territoriales inferiores (pues las normas que los presiden —los estatutos de autonomía— son leyes orgánicas del Estado: arts. 147 y 151 CE) y en la propia distribución territorial del poder político (ya que el Estado mantiene competencias legislativas exclusivas o básicas en relación con las materias competenciales más relevantes: art. 149.1 CE). Por otro lado, los ordenamientos jurídicos del Estado y de las comunidades autónomas no solo se relacionan a partir del principio de competencia, sino también en virtud de los criterios de **prevalencia y supletoriedad** del Derecho del Estado (art. 149.3 CE). Finalmente, la Constitución reconoce al Estado diversos **poderes de coordinación** que le permiten, desde una posición de supraordenación jurídica que más adelante se califica como heterocoordinación (*infra* § 13.35), adoptar medidas de corrección de las consecuencias disfuncionales del ejercicio de sus competencias por parte de los entes territoriales inferiores y que pueden restringir proporcionadamente el alcance del principio de autonomía.

67. El Estado tiene competencia legislativa **exclusiva** en relaciones internacionales, defensa, administración de justicia, comercio exterior, sistema monetario, hacienda general (art. 149.1.3, 4, 5, 10, 11, 14 CE, entre otras), y tiene competencia para adoptar la legislación básica en materia de banca, seguros, planificación económica general, sanidad, seguridad social, administraciones públicas, medio ambiente, etc. (art. 149.1.11, 13, 16, 17, 18, 23 CE). En todas estas materias, la actividad de las comunidades autónomas y las entidades locales podrá ser sólo administrativa o también normativa, pero en todo caso limitada por la legislación básica estatal.

68. En segundo lugar, por más que el principio de autonomía y la descentralización del ejercicio del poder que de él se deriva impliquen necesariamente la posibilidad de que los diversos entes autónomos traten de manera diferente a los ciudadanos en función del territorio, el **principio de igualdad** reclama una cierta moderación del pluralismo y la diversidad regulatorias.

69. De una parte, las comunidades autónomas no pueden dispensar un **tratamiento discriminatorio** a los ciudadanos en función de su pertenencia a esa o a otra Comunidad, por más que de esa regla no pueda deducirse la prohibición de incorporar diferencias de ninguna clase, pues ello conduciría a una uniformidad esencialmente incompatible con el principio de autonomía (STC 37/1981, FJ 2). De otra parte, el principio de igualdad se articula fundamentalmente mediante la atribución al Estado de las competencias necesarias para garantizar una cierta homogeneidad de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio.

70. Por un lado, el Estado tiene la competencia horizontal para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Por otro lado, el Estado goza de competencia exclusiva para adoptar una regulación común de las instituciones y ámbitos del ordenamiento que asegura una igualdad básica, como el Derecho mercantil, procesal, penal, laboral, etc. (art. 149.1.5, 6, 7, 8 CE, entre otras)

71. En tercer lugar, la manifestación del principio de unidad en el ámbito de las relaciones económicas es el **principio de unidad de mercado** (art. 139.2 CE). Lejos de operar como una fuente de competencias del Estado, es un límite al ejercicio de las competencias autonómicas. Esta norma no prohíbe cualquier medida que incida en el ejercicio de las libertades de circulación, sino tan solo aquellas que den lugar a obstáculos desproporcionados, por resultar manifiestamente excesivos a la vista del objetivo que con ellas se persiga (STC 88/1986, FJ 6).

5.4. Solidaridad

72. Si los principios de unidad y autonomía integran una relación dialéctica, puesto que proporcionan razones para actuar en sentidos opuestos, el **principio de solidaridad** (art. 2 CE) se orienta a facilitar su coexistencia (STC 247/2007, FJ 4). Junto al principio de equilibrio económico territorial (arts. 40.1 y 138 CE), sus concreciones más relevantes para el Derecho administrativo son los principios de lealtad institucional y de colaboración (*infra* § 13.17 y 20), que constituyen límites al modo en que los diferentes entes territoriales han de ejercer sus competencias.

6. DERECHO ADMINISTRATIVO Y APERTURA INTERNACIONAL

73. Al tiempo que ordena internamente la descentralización territorial del ejercicio del poder, la Constitución también contempla la apertura del ordenamiento que preside hacia el exterior. La semejanza termina, sin embargo, ahí, puesto que, a diferencia del principio de autonomía, que opera como un mandato de optimización, la apertura internacional del Estado no obliga a los poderes públicos a alcanzar un estado de cosas en la mayor medida de lo posible, sino que se concreta en un **mandato** (art. 10.2 CE) y un **permiso** (art. 93 CE) que operan como reglas y que ordenan las relaciones intersistemáticas entre el Derecho español, de un lado, y el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea, de otro.

74. En primer lugar, la Constitución impone a los poderes públicos un **mandato de interpretación** de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos **de conformidad** con la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), entre los que destaca el Convenio de Roma de 1950, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Este precepto atribuye a estos instrumentos internacionales efectos jurídicos interpretativos en el Derecho interno, puesto que obliga a que las normas domésticas se interpreten sistemáticamente en relación con aquellos, en el bien entendido de que del Derecho internacional de los derechos humanos se deriva un nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales que puede ser, no obstante, ampliado por la doctrina constitucional. Estos derechos fundamentales vinculan al Estado en su conjunto, y por tanto también a las Administraciones públicas. Por ello, cuando un ayuntamiento tolera una planta de curtido de cueros que produce olores insoportables para los vecinos, está lesionando el derecho al domicilio y a su vida privada y familiar, amparada por el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 9 de diciembre de 1994, *caso López Ostra contra España*, 303–C).

75. En segundo lugar, el **permiso** se refiere a la posibilidad de celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE). Esta disposición no impone una obligación de adhesión a determinadas organizaciones internacionales, ni menos aun un mandato de optimización del que resulte un deber *prima facie* de atribuirles determinadas competencias. Lo que sí ha posibilitado, sin embargo, es la incorporación de España a la UE y la consiguiente **integración del Derecho de la Unión en el ordenamiento interno**. El precepto constitucional citado ha permitido que España quede sometida a un ordenamiento jurídico autónomo (el Derecho de la Unión Europea) que determina por sí mismo el modo en que se relaciona con el del Estado; cuyas normas gozan de aplicabilidad directa (de manera que no precisan de un acto de recepción específico); que suelen tener, además, efecto directo (cuyo contenido puede por tanto ser invocado ante las autoridades nacionales y ha de ser aplicado por estas); y que, en caso de que

lo tengan, gozan de primacía respecto de las normas de Derecho interno (de tal modo que la colisión intersistemática habría de resolverse inaplicando las segundas y en favor de las europeas) (*infra* § 6.18 y § 12.54) La consecuencia que de ello se deriva es que el Derecho (administrativo) de la Unión vincula al Derecho (administrativo) español, obligando a la transformación del segundo para adaptarse al primero en lo que se ha denominado **europeización** del ordenamiento nacional, y exigiendo incluso la inaplicación de las normas internas en tanto sean incompatibles con las normas europeas con efecto directo, circunstancia esta constitucionalmente permitida en virtud del artículo 93 CE (DTC 1/2004, FJ 4). Así, por ejemplo, un ayuntamiento ha de inaplicar la legislación española sobre contratación pública cuando, a propósito de la adjudicación de un determinado contrato, esta resulte contraria a la regulación europea (STJUE de 22 de junio de 1998, Fratelli Costanzo SpA, C–103/08, ECLI:EU:C:1989:256).

76. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha transformado radicalmente ámbitos muy relevantes de nuestro Derecho administrativo, como el régimen de las sanciones administrativas (arts. 6 y 7 CEDH, y 24 y 25 CE) o el sistema de justicia administrativa (arts. 6 CEDH y 24 CE). El Derecho de la Unión, por su parte, ha influido (y continúa haciéndolo) en las instituciones centrales del Derecho administrativo (contratos del sector público, responsabilidad patrimonial, organización administrativa, etc.), así como en buena parte del Derecho administrativo sectorial (agricultura, servicios, energía, telecomunicaciones, etcétera).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo", en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (Coordinadores), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 19-50.

Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Barcelona, 1998.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006.

Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid,1977.

Fernando LAPORTA, *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Eficacia y administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2021, pp. 561-664.

Oriol MIR PUIGPELAT, "El Derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo", en Armin VON BOGDANDY y Oriol MIR (Coordinadores), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 196-292.

Alejandro NIETO, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española», en Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría,* vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254.

Daniel SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Eberhard SCHMIDT–ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Francisco VELASCO, "The Legitimacy of the Administration in Spain", en Matthias RUFFERT (ed.), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 81-114.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 141-160
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L05
© Mariano Bacigalupo Saggese
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 5

LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO

Mariano Bacigalupo Saggese
UNED

SUMARIO: 1. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE SU ACTUACIÓN: 1.1. Densidad normativa y alcance del control jurisdiccional; 1.2. Normas de programación condicional y potestades administrativas regladas; 1.3. Conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa; 1.4. Intensidad del control jurisdiccional: control positivo versus control negativo; 1.5. Control del ejercicio y control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión.—2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO: 2.1. Concepto y clases de potestades discrecionales; 2.2. Límites jurídicos y control jurisdiccional de la actividad administrativa discrecional.—3. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE SU LEGALIDAD: EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. Conceptos jurídicos indeterminados; 3.2. El margen de apreciación; 3.3. Límites jurídicos del margen de apreciación y alcance de su control jurisdiccional; 3.4. Distinción entre margen discrecional y margen de apreciación *versus* concepto unitario de discrecionalidad; 3.5. La *discrecionalidad técnica* de la Administración.—4. BIBLIOGRAFÍA; 4.1. Bibliografía citada; 4.2 Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY Y EL DERECHO Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD DE SU ACTUACIÓN

1. La función constitucional de la Administración Pública consiste en servir con objetividad los intereses generales, actuando a tal efecto con **sometimiento pleno a la ley y al Derecho** (art. 103.1 de la Constitución Española, CE). Este sometimiento es una de las manifestaciones más relevantes del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y, más concretamente, de uno de sus principios fundamentales, a saber: el principio de legalidad (art. 9.1 CE). La actividad administrativa se halla, por tanto, plenamente juridificada; o, lo que es lo mismo, no se desenvuelve nunca en un ámbito enteramente libre de reglas o, al menos, de principios jurídicos. De ahí que la actuación administrativa sea siempre también aplicación (u observancia) de la ley y el Derecho.

2. El correlato necesario de lo anterior es el sometimiento de la entera actividad administrativa al **control jurisdiccional**. En efecto, los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de la actuación administrativa (incluido el ejercicio de la potestad reglamentaria), así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). No existen, por consiguiente, ámbitos de la actividad administrativa sustraídos de entrada al control judicial (*infra* § 34.1). Allá donde haya vinculación de la actuación administrativa a la ley y el Derecho (y siempre la habrá, como se ha dicho, aunque sea en mayor o menor medida), cabrá el control jurisdiccional de su legalidad o conformidad a Derecho. Obviamente, siempre que se interponga contra aquélla un recurso admisible que permita o habilite un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del mismo, ya que sin recurrente no es posible el control judicial.

1.1. Densidad normativa y alcance del control jurisdiccional

3. El sometimiento de la Administración al control jurisdiccional es un correlato necesario de su vinculación a la ley y el Derecho. El control judicial es, por tanto, un control en Derecho, un **control jurídico**. Este solo tiene por objeto comprobar que la actuación administrativa impugnada se ajusta a la ley y el Derecho; o, lo que es lo mismo, que no infringe el ordenamiento jurídico. Por el contrario, si el ordenamiento no regula agotadoramente todos los aspectos de una determinada actuación administrativa, confiriendo por tanto a la Administración un margen de apreciación o de decisión, el control jurisdiccional no se extiende a la **oportunidad o acierto** de la misma, más allá de su estricta conformidad con la ley y el Derecho. En este sentido, el artículo 70.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa (LJCA) dispone que "(l)a sentencia desestimará el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados", y el artículo 70.2 LJCA que "(l)a sentencia estimará el recurso contencioso–administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier in-

fracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder". En todo caso, el artículo 71.2 LJCA recalca que "(l)os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados".

4. Todo control presupone un parámetro, y los parámetros del control jurisdiccional son, como se ha dicho, exclusivamente **parámetros jurídicos**, esto es, la ley y el Derecho. Por consiguiente, no es viable el control jurisdiccional en ausencia de parámetro jurídico. En ausencia de parámetro no hay control sino decisión. Dicho de otro modo, si el juez contencioso–administrativo carece de un parámetro jurídico para enjuiciar la actuación administrativa impugnada y, sin embargo, se pronuncia sobre la misma, no juzga sino que administra. Sucede, empero, que esto le está constitucionalmente vedado al juez (art. 117.4 CE). De ahí que exista, por tanto, una correlación necesaria entre el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y la **intensidad de su control judicial**. Cuanto más intensa es la programación por el ordenamiento jurídico de la actividad administrativa, más intenso es también el control jurisdiccional de esta. Y viceversa, si el ordenamiento programa la actividad administrativa con menor intensidad, el control judicial de la misma será también necesariamente menos intenso. Conviene recalcar, no obstante, que —como se ha dicho— la actividad administrativa no se produce nunca en un ámbito enteramente libre de normas o, al menos, de principios jurídicos, por lo que siempre será posible contrastarla con estos. Sin embargo, la intensidad del control no podrá ser mayor que la intensidad con la que el ordenamiento jurídico programe en cada caso la actuación administrativa impugnada.

5. Con todo, algunos autores consideran que la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa no es —o no debe ser— el único factor (ni siquiera el determinante) para establecer la intensidad debida del control jurisdiccional. Para ello se proponen los siguientes **criterios alternativos** (o, al menos, complementarios): (i) la diferencia existente entre la autoridad administrativa y el órgano jurisdiccional revisor en punto a la **capacidad** para alcanzar en el caso considerado la mejor solución para los intereses públicos; (ii) la **incertidumbre** existente acerca de si la decisión cuestionada es la que más conviene al interés público; (iii) la **plausibilidad** sustancial de la decisión administrativa enjuiciada, entendida esta como la distancia existente entre la solución a la que ha llegado la Administración al apreciar los hechos, interpretar el Derecho y aplicarlo al caso considerado y la solución a la que llegaría el órgano jurisdiccional revisor a la vista de la información disponible si tuviera que decidir *ex novo* (cuanto menos plausible sea la decisión revisada, menor debería ser la deferencia con la que los tribunales la juzguen); (iv) las **garantías organizativas**, procedimentales y formales observadas en el caso concreto por la Administración para decidir (cuanto más rigurosas hayan sido, mayor habrá de ser el margen de apreciación); (v) la **legitimidad democrática** del órgano administrativo autor de la decisión enjuiciada (cuanto mayor sea esta legitimidad, más aceptables por los ciudadanos serán sus decisiones y, adicionalmente, mejor alineados estarán sus preferencias con las de la mayoría de ellos, por lo que el riesgo de que incurran en ciertas desviaciones será menor y, en consecuencia, el margen de maniobra que se le otorgue a la Administración habrá de ser más amplio); (vi) el **riesgo** de que la Administración, al llevar a cabo la actuación cuestionada, se desvíe de la solución más conveniente para el interés público y prescrita por el Derecho (cuanto mayor sea ese riesgo, menor habrá de ser la deferencia judicial); (vii) los **costes** de los errores en los que los órganos jurisdiccionales puedan incurrir al revisar una actuación administrativa, que difieren en función de si la decisión judicial declara su ilegalidad (falso positivo) o su legalidad (falso negativo). Cuanto más costosos sean los falsos positivos en relación con los falsos

negativos, mayor habría de ser la deferencia otorgada a la Administración; (viii) el hecho de que el legislador, de **manera explícita** o al menos inequívoca, haya establecido que la Administración dispone de discrecionalidad para adoptar ciertas decisiones sería también un factor determinante, en la medida en que la ley reduce el arbitrio que los órganos jurisdiccionales tienen para determinar la existencia y la amplitud del espacio decisorio otorgado a la Administración (DOMÉNECH, 2018: 145 y ss.).

6. No cabe negar que, en la práctica, estos factores explican, explícita o implícitamente, la inclinación de los órganos jurisdiccionales a revisar la actividad administrativa impugnada con mayor o menor intensidad, pero —elevados a categoría dogmática— comportan el riesgo de que la determinación por los órganos jurisdiccionales de la intensidad del control judicial de la actuación administrativa se transforme abiertamente en una **cuestión de política o discrecionalidad judicial** no necesariamente regida por criterios normativos. Es decir, la intensidad del control judicial de la actividad administrativa no estaría, en lo esencial, heterodeterminada por el legislador y los titulares de la potestad reglamentaria (mediante la graduación de la densidad de la programación normativa), sino autodeterminada por el propio juez contencioso–administrativo (con arreglo a una cesta de criterios orientativos o indicadores como los anteriormente mencionados). Cualquier control de la actividad administrativa que, dada la estructura y densidad de la norma de conducta ofrecida por el ordenamiento jurídico, se aparte —en más o en menos— del control posible en Derecho es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho. Si se aparta en menos (por defecto), se pone en entredicho el mandato constitucional de plena justiciabilidad de la actuación administrativa (arts. 24 y 106 CE), y si se aparta en más (por exceso), los tribunales desbordan la función jurisdiccional e invaden la esfera decisoria reservada al poder ejecutivo (en lugar de juzgar, administran).

1.2. Normas de programación condicional y potestades administrativas regladas

7. Como se acaba de indicar, el ordenamiento jurídico puede programar la actividad administrativa con intensidad diversa. Tradicionalmente se ha considerado que la vinculación óptima de la actuación administrativa —desde el punto de vista del ideal europeo del Estado de Derecho que se impuso, después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo pasado— es aquella que presenta la **mayor intensidad posible**. Si la vinculación de la Administración al ordenamiento es muy intensa, el principio de legalidad se cumple con plenitud, la actuación de la Administración resulta altamente previsible y, además, se logra que el control judicial de esta pueda ser también especialmente intenso, profundo e incisivo.

8. El grado máximo de vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico se alcanza cuando este programa su actuación a través de **normas de estructura condicional dotadas de una alta densidad normativa**. Son normas de programación condicional aquellas que anudan la adopción de una determinada consecuencia jurídica a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, descrito en la norma ("La Administración adoptará la consecuencia jurídica X si concurre el supuesto de hecho Y"). En estos casos, la potestad es reglada cuando la norma describe con precisión el supuesto de hecho y, además, obliga a la Administración, en caso de que concurra el mismo, a adoptar una consecuencia jurídica determinada. La aplicación de tales normas se lleva a cabo mediante un elemental silogismo y consiste, en lo esencial, en la subsunción o inclusión de la realidad a la que se pretende aplicar la norma en el supuesto de hecho descrito en la misma. Si dicha realidad encaja en el

supuesto de hecho normativo, la Administración debe —sin más— adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma, es decir, debe actuar (sin margen de decisión de ninguna clase) con arreglo a lo exigido por la norma habilitante. Cuando el ordenamiento atribuye a la Administración una potestad mediante normas de semejante estructura, podemos afirmar que dicha potestad es una potestad reglada.

9. Por ejemplo, el artículo 53 de la Ley 24/2013, de 6 de diciembre, del sector eléctrico, que regula la **autorización de instalaciones** de transporte, distribución, producción y líneas directas, dispone en su apartado 6 que "(l)os procedimientos administrativos de autorización tendrán carácter reglado (…)" y, en su apartado 7, que "(l)a Administración Pública competente únicamente podrá denegar la autorización cuando no se cumplan los requisitos previstos en la normativa aplicable o cuando tenga una incidencia negativa en el funcionamiento del sistema".

10. En consecuencia, dado que cuando la potestad actuada por la Administración es reglada su actuación se halla sometida a una elevada densidad de programación normativa —porque la norma detalla con precisión lo que debe hacer la Administración—, el control jurisdiccional de aquélla podrá ser, correlativamente, un **control de máxima intensidad**: podrá incluso condenar a la Administración a adoptar una concreta decisión administrativa, con el contenido específico predeterminado en la norma jurídica. Por ejemplo, el juez contencioso–administrativo podrá condenar a un ayuntamiento a otorgar una licencia de edificación, si el proyecto constructivo presentado por el promotor es conforme con el planeamiento urbanístico.

1.3. Conceptos jurídicos indeterminados, potestades discrecionales y programación finalista de la actuación administrativa

11. Como se ha señalado, la función constitucional de la Administración consiste en servir eficazmente los intereses generales (art. 103.1 CE). Esta función no la puede cumplir, sin embargo, una Administración cuya actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional dotadas de una alta densidad normativa ("si se da la situación X la decisión administrativa debe ser Y"). La realidad a la que se debe enfrentar la Administración con el fin de servir los intereses generales es compleja y cambiante, por lo que precisa disponer de **potestades flexibles y fácilmente adaptables** a las peculiaridades de cada caso para poder tutelar dichos intereses eficazmente, como es su deber constitucional. Así como el ideal del Estado de Derecho tiende a exigir que la vinculación de la Administración al ordenamiento sea particularmente intensa, el principio de Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y la legitimación democrática (directa o indirecta) de la propia Administración inciden en cierto modo en la dirección opuesta, exigiendo al legislador que dote a la Administración de potestades flexibles que le permitan intervenir eficazmente sobre una realidad social crecientemente compleja y mudable en defensa de los intereses generales. Las potestades regladas no ofrecen siempre, sin embargo, esa necesaria flexibilidad. De ahí que resulte plenamente acorde con el Estado social y democrático de Derecho el que **el legislador atenúe de manera creciente** —aunque siempre dentro de los límites que impone el principio constitucional de reserva de ley— la intensidad de la vinculación de la Administración a la ley.

12. En el **Derecho administrativo liberal** (preconstitucional) español, que ha dejado su huella en la ciencia jurídico–administrativa española hasta nuestros días, la discrecionalidad ha sido una institución bastante estigmatizada y sospechosa de la dogmática iusadministrativa, fronteriza y, por tanto, solo tenuemente separada de la arbitrariedad. Se la aborda preferentemente desde la perspectiva garantista de su control jurisdiccional y de su necesaria reducción, no desde la perspectiva funcional del cumplimiento de los fines de la actuación administrativa. En los últimos veinticinco–treinta años la doctrina española ha empezado a revisar la perspectiva hasta ahora predominante, pero en la praxis del Derecho administrativo español la inercia doctrinal de los años sesenta a ochenta sigue siendo muy fuerte y el **halo de la patología**, la sospecha y el resquemor siguen acompañando a la discrecionalidad administrativa. La superación definitiva de este estado de cosas es una asignatura aún pendiente del Derecho administrativo español.

13. La **atenuación** de la vinculación administrativa a la ley se logra reduciendo la densidad con la que las normas programan el contenido de la actividad administrativa. A su vez, este objetivo se puede alcanzar, con intensidad creciente, vinculando a la Administración mediante alguno de los siguientes tipos de norma: de programación condicional con conceptos jurídicos indeterminados; de atribución de potestades discrecionales; y de programación final. Como sigue.

14. La vinculación de la Administración a la ley se atenúa, en primer lugar, mediante normas de programación condicional cuyo supuesto de hecho se describe con la ayuda de **conceptos jurídicos indeterminados**. Formalmente, la doctrina aún hoy mayoritaria entiende que las potestades que se otorgan mediante tales normas son potestades regladas, pero —como veremos más adelante— admite de forma prácticamente unánime que a la hora de aplicarlas la Administración goza (o puede gozar al menos en algunos supuestos) de un *margen de apreciación*, no muy distinto del margen de decisión del que indiscutiblemente se dota a la Administración cuando se le atribuyen genuinas potestades discrecionales.

15. En segundo lugar, la ley también puede servirse de normas de programación condicional que, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a esta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles. Serían estas las **potestades discrecionales** en sentido estricto, que pueden atribuir dos tipos de discrecionalidad, a saber: o bien discrecionalidad **de actuación** (la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa, es decir, no obligatoria), o bien discrecionalidad **de elección** (cuando la norma obliga a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite a la Administración elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles). También es posible que una misma norma atribuya a la Administración ambas clases de discrecionalidad a la vez (la norma prevé una variedad de consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la adopción de ninguna de ellas).

16. Un ejemplo paradigmático de norma habilitante que atribuye ambas clases de discrecionalidad (y con conceptos jurídicos indeterminados en el supuesto de hecho normativo) sería el artículo 7.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: "El Gobierno podrá adoptar, para un plazo determinado, las **medidas necesarias** para garantizar el suministro de energía eléctrica cuando concurra **alguno de los siguientes supuestos**: a) Riesgo cierto para la prestación del suministro de energía eléctrica; b) Situaciones de desabastecimiento de alguna o algunas de las fuentes de energía primaria (…)

17. Finalmente, en aquellos casos en que la realidad regulada resulta particularmente compleja o mudable, es decir, cuando **no es posible describir el supuesto de hecho normativo** con un mínimo grado de precisión (ni siquiera con la ayuda de conceptos jurídicos indeterminados), el ordenamiento renuncia a una programación condicional de la actuación administrativa y opta por programarla meramente por fines u objetivos (programación finalista o teleológica). Este tipo de programación normativa es el que da lugar al más amplio de los márgenes de decisión que el ordenamiento puede otorgar a la Administración, toda vez que el ordenamiento no predetermina los medios que la Administración deba o pueda emplear para lograr los fines u objetivos que la ley le obliga a perseguir. Las **normas de programación final** defieren la elección de los medios a la discrecionalidad de la Administración. La manifestación más clara del margen de decisión que comporta este modo de programación es la llamada **discrecionalidad de planificación**. Se habla en estos casos de una "discrecionalidad de configuración" (PAREJO, 2017: 11).

18. Un ejemplo de la discrecionalidad planificadora se puede encontrar en la legislación urbanística, donde se regula el contenido y elaboración de los **planes urbanísticos**. Según el artículo 3.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre: "Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular: a) Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión; b) Favorecerán y fomentarán la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso (…)". Reiterada jurisprudencia viene afirmando que estas normas legales conceden una amplia discrecionalidad de opción a cada ayuntamiento (por ejemplo, STS de 8 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1473).

19. Como es lógico, la atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico conlleva siempre un efecto insoslayable: la **intensidad del control jurisdiccional disminuye**; cuanto más amplio sea el margen de apreciación o de decisión atribuido a la Administración, menos intenso podrá ser su control judicial.

1.4. Intensidad del control jurisdiccional: control positivo *versus* control negativo

20. Como se acaba de recordar, la intensidad del control jurisdiccional varía según el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento. Este control es de máxima intensidad cuando el ordenamiento predetermina de manera exhaustiva y agotadora el sentido o contenido de la actuación administrativa, es decir, cuando la Administración ejerce potestades enteramente regladas. El control del ejercicio de este tipo de potestades es un **control positivo**. No se limita a determinar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, sino que tiene por objeto com-

probar si dicha actuación se corresponde precisamente con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico. En estos casos, el juez contencioso–administrativo reconstruye, en cierto modo, la decisión administrativa que procedía adoptar en el caso conforme al ordenamiento. Esto significa que, si la actuación administrativa impugnada no coincide con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, el juez podrá no sólo anularla, sino ordenar también, en su caso, la sustitución de aquélla por la que proceda en Derecho.

21. El control jurisdiccional de la actuación administrativa es, por el contrario, de una intensidad sensiblemente menor cuando la Administración goza de un **margen de apreciación o de decisión** en el ejercicio de la potestad actuada. Es decir, cuando (i) goza de un margen de apreciación a la hora de subsumir la realidad del caso concreto en el supuesto de hecho de una norma que lo describe mediante conceptos jurídicos indeterminados; (ii) cuando ejerce una potestad que le atribuye discrecionalidad de actuación o de elección (o ambas a la vez); o, en fin, (iii) cuando realiza una actuación cuya programación normativa es meramente finalista.

22. En cualquiera de estos casos el control jurisdiccional, aunque de intensidad diversa (pues la amplitud del margen de apreciación o de decisión no es la misma en todos ellos), es un **control negativo**. Inversamente a lo que sucede en el caso del control del ejercicio de las potestades regladas, el control de un margen de apreciación o de decisión de la Administración no tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico. Por la sencilla razón de que, si la Administración goza de un margen de apreciación o de decisión, lo normal será que no exista una única actuación conforme a Derecho en el caso concreto.

23. Lo anterior no significa, sin embargo, que se acomode al ordenamiento jurídico cualquier decisión o actuación imaginable y, por tanto, que resulte inviable cualquier control en Derecho del ejercicio que la Administración haga de su margen de apreciación o de decisión. Porque si bien la ley otorga un margen de apreciación o de decisión a la Administración, la elección que esta adopte en el ejercicio de dicho margen no debe respetar tan solo los límites —formales o materiales— que al mismo le imponga la propia ley que lo otorga (los aspectos reglados de toda potestad incluidos los "conceptos judicialmente asequibles" de los que también habla la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con el control de la discrecionalidad de los actos de gobierno), sino también el conjunto de **principios que integran el ordenamiento jurídico** y que deben ser siempre observados, con independencia de que la ley programe la actuación de la Administración con mayor o menor intensidad (*infra* § 6.66). Recuérdese una vez más que la Administración no solo está sometida a la ley, sino también al Derecho (art. 103.1 CE). Por tanto, la elección que adopte la Administración en el ejercicio del margen de apreciación o de decisión que le otorga la ley deberá, aun cuando se mantenga dentro de los límites que legalmente acoten dicho margen, observar los principios constitucionales y generales del Derecho que vinculan a la Administración en su entera actividad, cualquiera que sea la densidad normativa con la que esta se halle programada por

la ley. Esos principios son, fundamentalmente, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) —y, como manifestación de este último, el principio de protección de la confianza legítima—, así como el principio de proporcionalidad (*infra* §§ 4. 37, 28, 33, 35 y 36).

24. Sin embargo, el control en Derecho que permiten tales principios no es, como se ha dicho, un control positivo sino **meramente negativo**. No tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que, cabe insistir, no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, consistente precisamente en la infracción de alguno de dichos principios (para el planeamiento urbanístico, por ejemplo: STSJ Madrid de 3 de febrero de 2017, ECLI:ES:TSJM:2017:62). Si la actuación impugnada no adolece de ningún vicio, será plenamente conforma a Derecho y deberá ser confirmada por el juez contencioso–administrativo, aunque pueda haber otras alternativas que lo serían igualmente. La elección entre estas no puede ser revisada en sede jurisdiccional, pues siendo todas ellas inobjetables desde un punto de vista jurídico, cualquier pretensión revisora desbordaría los límites propios de un control en Derecho, penetrando de lleno en el ámbito del juicio sobre la oportunidad o el acierto de la decisión adoptada por la Administración, cuya revisión le está vedada a la jurisdicción.

25. No obstante, un mismo estándar o canon de control puede conducir a una mayor o menor intensidad en el control de la decisión administrativa impugnada en función del **tipo de intereses que estén en juego** o de la evolución experimentada por dicho parámetro con el paso del tiempo. Por ejemplo, el canon de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) utilizado por el Tribunal Supremo para controlar la discrecionalidad de la decisión sobre el planeamiento urbanístico pasó de objetar o descartar solo las decisiones irracionales a considerar inválida cualquier decisión no convincentemente motivada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022). Pero no se ha de perder de vista que el control negativo —mediante principios jurídicos— de las actuaciones administrativas discrecionales y, en general, de todas las débilmente programadas por el ordenamiento jurídico (incluido el control de la ponderación de los bienes e intereses en conflicto y el de los tres vicios jurídicos en que puede incurrir la ponderación, a saber: ponderación ausente, ponderación deficiente o insuficiente y ponderación desproporcionada) es siempre un control delicado porque es fronterizo entre el control de la juridicidad y el de la oportunidad. Por tanto, es un control propicio para la extralimitación jurisdiccional. Por lo que se refiere, en particular, al **control de la proporcionalidad**, procede enfatizar que en los dos primeros escalones de este control (idoneidad o adecuación y necesidad de la medida elegida: *supra* § 4.25) corresponde a la Administración un margen de apreciación, inherente al carácter prospectivo tanto del juicio de idoneidad o eficacia de la medida adoptada como del de necesidad (ausencia de medidas alternativas menos restrictivas pero, previsiblemente, también idóneas o eficaces para la consecución del fin legítimo perseguido). Adviértase, en todo caso, que la observancia de estos límites del control jurisdiccional no es una cuestión de deferencia hacia el poder ejecutivo como opción de política judicial. Al contrario, se trata de límites intrínsecos del control jurídico (por ende, de **deferencia debida**), so pena de hacer indistinguible el control de juridicidad del de oportunidad y, en definitiva, de diluir la delimitación de los ámbitos propios y reservados de la potestad ejecutiva y de la jurisdiccional.

26. En este sentido, solo excepcionalmente los principios jurídicos agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración. Ocasionalmente puede darse algún caso en que, no obstante gozar la Administración inicial o formalmente de un margen de apreciación

o de decisión, proceda entender que tan solo una única actuación no estaría incursa en infracción de algún principio jurídico, por apreciarse que cualquier otra imaginable en el caso concreto infringiría necesariamente alguno de estos principios. En estos casos la doctrina habla de un agotamiento o, en terminología acuñada por la dogmática alemana, de una **reducción a cero** del margen de apreciación o de decisión. Tal agotamiento del margen de apreciación o de decisión determina que la potestad actuada se transforme en el caso concreto en una potestad reglada (dado que en el caso solo una única solución se ajusta a Derecho). En consecuencia, el control jurisdiccional de la actuación impugnada será también en estos casos un control positivo (y no meramente negativo, como sucede normalmente cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico.

1.5. Control del ejercicio y control de la atribución de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión

27. Finalmente, procede distinguir aún entre el **control del ejercicio y el control de la atribución** de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión. El primero es un control concreto, el segundo, por el contrario, un control abstracto.

28. El control al que nos hemos venido refiriendo hasta ahora es el primero, es decir, el control jurisdiccional concreto sobre el **ejercicio** de dichas potestades, que, como se ha visto, es —por lo general— un control negativo o de intensidad limitada. Hay control jurisdiccional de ejercicio, por ejemplo, cuando un tribunal comprueba si la Administración ha aplicado correctamente a un concreto profesor universitario los criterios normativos que rigen la evaluación de su actividad investigadora (STS de 12 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2524)

29. El otro posible control jurisdiccional es abstracto, **sobre la norma misma** que atribuye a la Administración un margen de apreciación o de decisión. El alcance limitado que tiene el control jurisdiccional del ejercicio de las potestades que confieren a la Administración un margen de apreciación o de decisión puede plantear dudas sobre la licitud de la atribución a la Administración de tales potestades, sobre todo cuando se le otorgan **en ámbitos especialmente sensibles** de la intervención administrativa en la realidad social.

30. En estos ámbitos, cuya regulación la Constitución reserva normalmente a la ley (por ejemplo, la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, art. 53.1 CE), cabría pensar que el principio de **Estado de Derecho exige que el legislador programe** las decisiones administrativas con un mayor grado de densidad normativa, es decir, vincule a la Administración preferentemente a través de potestades regladas, de tal forma que el control jurisdiccional de la actuación administrativa pueda ser un control de máxima intensidad (esto es, un control positivo).

31. Precisamente en este sentido, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE) ha establecido en su doctrina jurisprudencial que las potestades que permiten a las autoridades de los Estados miembros adoptar **medidas restrictivas de alguna libertad fundamental** comunitaria (por ejemplo, de las libertades de circulación de capitales y de establecimiento, reconocidas en los artículos 63 y 49 TFUE, respectivamente) solo podrán entenderse compatibles con dichas libertades si, entre otras exigencias, el ordenamiento nacional regula las condiciones de ejercicio de esas potestades de tal manera (es decir, con un grado de densidad normativa tal) que la jurisdicción pueda someter su aplicación en los casos concretos a un control judicial efectivo; o, lo que es lo mismo, a un control jurisdiccional de máxima intensidad. A juicio del TJUE, ello no sucede cuando el legislador nacional atribuye a la Administración del Estado miembro un **margen de apreciación o de decisión demasiado amplio**, ya que en estos casos el control jurisdiccional solo podrá ser un control negativo de intensidad mínima.

32. Así, por ejemplo, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo en una sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C–207/07) que estimó el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España en relación con los términos en que la Ley española del **sector de hidrocarburos** (Ley 34/1998, de 7 de octubre) atribuía a la Comisión Nacional de Energía (CNE), a la sazón el organismo regulador de los sectores energéticos en España (*infra* § 8.29 y § 9), la potestad de autorizar la adquisición de participaciones por o en empresas que desarrollen en dichos sectores actividades que tengan la consideración de reguladas u otras sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial. En su sentencia, que concluye declarando parcialmente la incompatibilidad de tal requisito autorizatorio con las libertades comunitarias de circulación de capitales y de establecimiento, el Tribunal de Justicia Europeo argumenta que "las disposiciones que establecen las razones por las que la CNE está facultada para denegar o someter a determinadas condiciones una autorización de adquisición de una participación en una empresa que realice actividades reguladas en el sector energético o de los activos precisos para desarrollar dichas actividades están redactadas en **términos generales e imprecisos**. Se hace referencia a los supuestos de existencia de riesgos significativos o de efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades de las empresas que operan en el sector energético, o bien a la necesidad de proteger el interés general en el sector energético, sin precisar de qué modo se caracterizan tales supuestos o tal necesidad. Estos conceptos no permiten a los interesados conocer de antemano las condiciones a que pueden supeditarse las operaciones sujetas a autorización previa ni distinguir con certeza los diferentes supuestos en los que dicha autorización puede denegarse (…). De ello se sigue que tal régimen de autorización previa confiere a la Administración una **facultad discrecional difícilmente controlable** por los órganos jurisdiccionales que entraña un riesgo de discriminación". Repárese, por tanto, en que en este supuesto el Tribunal de Justicia Europeo no controló el ejercicio de la potestad atribuida a la Administración nacional en un caso concreto, sino que controló en abstracto la legalidad europea de la atribución a un organismo administrativo nacional de una potestad que le confería a dicho organismo un margen de apreciación o de decisión que el Tribunal juzgó excesivamente amplio.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO

33. Como se ha podido comprobar, el legislador dispone de diversos instrumentos para atenuar la vinculación de la Administración a la ley en aras de garantizar la eficacia de su actuación al servicio de los intereses generales (es decir, a fin de dotar

a la Administración de flexibilidad y capacidad de adaptación a una realidad crecientemente compleja y mudable). El más conocido y clásico de dichos instrumentos consiste en la atribución a la misma **de potestades discrecionales**. Para un examen del régimen jurídico de estas potestades hemos de referirnos a los siguientes aspectos: (i) concepto y clases de potestades discrecionales; (ii) los límites jurídicos que acotan el margen de decisión del que goza la Administración en el ejercicio de estas potestades, y el alcance correlativo de **su control jurisdiccional.**

2.1. Concepto y clases de potestades discrecionales

34. Como ya ha sido señalado, las potestades que confieren a la Administración un margen de decisión discrecional se atribuyen a esta mediante los siguientes tipos de normas: **normas de programación condicional** que, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a esta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles; y **normas de programación final**, es decir, normas que, en lugar de anudar consecuencias jurídicas a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho descrito en la propia norma (normas de programación condicional), vinculan la actuación administrativa fijándole tan solo **fines u objetivos**, pero sin predeterminar los medios para alcanzarlos.

35. Estos tipos de norma dan lugar, a su vez, a tres clases de discrecionalidad:

a) **Discrecionalidad de actuación**: la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa (esto es, no obligatoria). Es decir, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho normativo, la Administración goza de discrecionalidad para decidir si actúa o no actúa.

b) **Discrecionalidad de elección**: comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, la norma obliga a la Administración a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.

c) Finalmente, una **discrecionalidad medial** (o de elección de medios) especialmente amplia le confieren a la Administración las normas que se limitan a programar su actuación mediante la mera fijación de fines u objetivos (normas de programación final). En estos casos, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, la actuación administrativa no exige la previa comprobación de la concurrencia de un determinado supuesto de hecho normativo, y la elección de los medios no se halla constreñida, además, por un elenco de medidas legalmente acotado.

36. Las primeras dos clases de discrecionalidad pueden darse **simultáneamente** en el ejercicio de una misma potestad. Ello ocurre cuando la norma prevé una variedad de consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la Administración a adoptar ninguna de ellas ("Si concurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá adoptar las consecuencias jurídicas Y o Z"). De este modo, la Administración no solo goza de discrecionalidad para decidir si actúa o no actúa, sino también para elegir la consecuencia jurídica (de entre las distintas previstas por la norma) si opta por actuar.

37. Tradicionalmente, en la doctrina se ha discutido sobre **qué parte de la norma jurídica** atribuye a la Administración una potestad discrecional. Se consideró inicialmente por algunos autores, y aún es hoy una doctrina muy extendida, que la discrecionalidad se encuentra en los concretos términos autorizatorios de la norma. Esto es, en si la norma dice que la Administración "podrá" o "deberá" adoptar tal o cual decisión o consecuencia jurídica (por ejemplo, MOZO, 1985: 406). Más recientemente va ganando terreno la tesis de que la discrecionalidad se define en el **supuesto de hecho normativo** (BACIGALUPO, 1997: 191). El ejercicio de la discrecionalidad consiste entonces en que la Administración completa, en sede de aplicación, el supuesto de hecho imperfecto de la norma habilitante, creando criterios de decisión (adicionales) que no están preestablecidos por el legislador en el supuesto de hecho normativo pero que es preciso establecer para que la decisión administrativa de actuar o no actuar (y/o de actuar en un sentido u otro) no sea el resultado del puro arbitrio de la Administración (interdicción de la arbitrariedad). En consecuencia, y contrariamente a lo que ha venido sosteniendo la doctrina mayoritaria durante mucho tiempo, la discrecionalidad no es un fenómeno vinculado a las consecuencias jurídicas de las normas habilitantes de la acción administrativa sino al supuesto de hecho normativo (incompleto o directamente inexistente en los supuestos de mera programación final).

38. El ejercicio de la discrecionalidad produce *pro*–futuro una **"autovinculación"** relativa (no absoluta) de la Administración titular de la potestad discrecional. Si en el futuro desea apartarse de los criterios de decisión con arreglo a los cuales actuó en casos anteriores análogos o similares, debe justificarlo, descartando así que el apartamiento pueda reputarse arbitrario (art. 35.1 c) LPAC). Asimismo, la Administración puede reforzar su autovinculación, contribuyendo a la transparencia de su actuación y a la seguridad jurídica, dando publicidad preventiva a los criterios que guíen el ejercicio de su discrecionalidad mediante la publicación de **comunicaciones, guías técnicas** u otros instrumentos equivalentes de *soft law* (*infra* § 16.28).

2.2. Límites jurídicos y control jurisdiccional de la actividad administrativa discrecional

39. Como ya se ha explicado, el ejercicio de potestades discrecionales no se produce en un ámbito libre de Derecho y, por tanto, no es tampoco inmune al control en Derecho que corresponde a la jurisdicción. Sin embargo, dado que la actuación administrativa realizada en el ejercicio de potestades discrecionales se halla sometida a una programación normativa de baja densidad, el control jurídico del ejercicio de estas potestades es necesariamente un **control de intensidad limitada**, esto es, por lo general, un control meramente negativo. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado cánones que hacen posible imponer límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa al mismo tiempo que se mantiene el dogma de que el control por el juez se ciñe al examen de la legalidad de las decisiones del ejecutivo: el principio de proporcionalidad, la doctrina de los defectos de la ponderación (en el sistema alemán), la desviación de poder en los sistemas francés, italiano y europeo, la interdicción de la arbitrariedad en el español, etc. La transcendencia de los defectos procedimentales (y su eventual consideración como irregularidades no invalidantes) también varía en sus detalles conforme a criterios o cánones establecidos más o menos sólidamente en cada uno de los sistemas (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

40. Veamos entonces de manera algo más detenida cuáles son concretamente los **límites jurídicos** que la Administración debe respetar a la hora de ejercer una potestad discrecional, y cuya observancia puede —y debe— fiscalizar el juez contencioso–administrativo en caso de impugnación. Si la Administración infringe alguno de estos límites, su decisión discrecional adolecerá de un vicio jurídico que determinará su anulación.

41. El primer límite viene dado por los **hechos determinantes** de la actuación administrativa. La determinación de los mismos no es discrecional. Por lo tanto, el juez determina los hechos sin vinculación a la determinación efectuada por la propia Administración. Esto significa también que la comprobación de la concurrencia del supuesto de hecho normativo que habilita a la Administración a actuar discrecionalmente es, en principio, plenamente revisable judicialmente. Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en los casos en que la norma describe el supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados, ya que, como veremos más adelante, en estos supuestos la Administración puede gozar de un margen de apreciación para subsumir la realidad en el supuesto de hecho de la norma y, por consiguiente, para apreciar si el supuesto de hecho descrito en la norma concurre o no en el caso.

42. En segundo lugar, el control jurisdiccional es igualmente pleno o de máxima intensidad en relación con los aspectos formales de carácter reglado de toda potestad discrecional. Estos aspectos incluyen la observancia de la **competencia y del procedimiento** legalmente establecido. También comprende el cumplimiento de la obligación legal de **motivación** de las decisiones discrecionales (*infra* § 17.42). Esta última exigencia no posee solo una relevancia meramente formal sino también **material** para el control —que mencionaremos enseguida— que tiene por objeto comprobar si la decisión infringe o no algún principio constitucional o principio general del Derecho.

43. En tercer lugar, las decisiones discrecionales adolecen de un vicio jurídico si incurren en **desviación de poder**. Recuérdese que el artículo 106.1 CE establece que los órganos jurisdiccionales controlan no solo la legalidad de la actuación administrativa, sino también el sometimiento de esta a los fines que la justifican. En este sentido, el artículo 48.1 LPAC dispone que "son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder". Igualmente, el artículo 70.2 LJCA, ya citado anteriormente, establece que "la sentencia estimará el recurso contencioso–administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder". Este precepto legal define asimismo el concepto de desviación de poder. Conforme a lo que establece en su párrafo segundo, "se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para **fines distintos** de los fijados por el ordenamiento jurídico".

44. Aunque la ley no limita expresamente la desviación de poder a las potestades discrecionales, es este un vicio típico del ejercicio de esta clase de potestades. Téngase en cuenta que si se trata de una **potestad reglada** y la actuación administrativa se corresponde puntualmente con la única permitida por el ordenamiento jurídico, resulta del todo **irrelevante** desde el punto de vista jurídico si la Administración

actuó animada o no por el fin para el que la potestad ejercida le ha sido atribuida. Por el contrario, si la potestad actuada es discrecional y la decisión de la Administración se adopta en apariencia dentro de los límites del margen de decisión que le confiere dicha potestad, sí resulta plenamente relevante saber si la decisión ha sido adoptada o no para el fin para el que la potestad discrecional le ha sido atribuida a la Administración. Sin embargo, se trata de un vicio normalmente **difícil de probar** en la práctica procesal.

45. Finalmente, el límite jurídico más importante que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de potestades discrecionales es el deber de observancia de los **principios constitucionales y principios generales del Derecho** a los que se hallan sometidos en su actuación todos los poderes públicos. Como ya se ha dicho, son estos, en lo esencial, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) —y, como manifestación de este último, el principio de protección de la confianza legítima—, así como el principio de proporcionalidad y el mandato de ponderación que le es inherente.

46. Recuérdese, sin embargo, que el control que permiten tales principios es un **control meramente negativo**. No tiene por objeto comprobar si la actuación fiscalizada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que, como ya nos consta, no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación discrecional impugnada se halla o no incursa en la infracción de alguno de dichos principios. El recurso solo prosperará si la actuación discrecional impugnada se revela arbitraria, irracional, irrazonable, discriminatoria o desproporcionada. Si, por el contrario, ninguna de tales tachas concurre en la actuación fiscalizada, esta será conforme a Derecho y procederá la desestimación del recurso.

47. Téngase presente, no obstante, que, como ya se ha señalado, un mismo estándar o canon de control puede conducir a una mayor o menor intensidad en el control de la decisión administrativa impugnada en función del tipo de intereses que estén en juego o de la **evolución** experimentada por dicho parámetro con el paso del tiempo. Por ejemplo, el canon de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) utilizado por el Tribunal Supremo para controlar la discrecionalidad de la decisión sobre el planeamiento urbanístico pasó de objetar o descartar solo las decisiones irracionales a considerar inválida cualquier decisión no convincentemente motivada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2022).

48. Hemos de recordar, sin embargo, que **excepcionalmente** los principios jurídicos sí pueden llegar a agotar el margen de decisión discrecional atribuido a la Administración. Como ya hemos explicado, esta situación se produce en aquellos casos en que se da una **reducción a cero de la discrecionalidad**. En estos casos, ya mencionados, el control jurisdiccional de la actuación fiscalizada es un control positivo, y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico.

3. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE SU LEGALIDAD: EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

49. La vinculación normativa de la Administración no solo resulta atenuada cuando el ordenamiento le atribuye potestades discrecionales. Como ya ha sido se-

ñalado, también se atenúa cuando, no obstante hallarse la actuación administrativa vinculada mediante normas de programación condicional que anudan la adopción de una determinada consecuencia jurídica a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, este se describe mediante **conceptos jurídicos indeterminados** (por ejemplo, conceptos como "utilidad pública", "interés social", "razones de interés público", "riesgo significativo", "usos tradicionales", "interés artístico, histórico, científico o técnico", "oferta más ventajosa", etc.). Como se dijo, la doctrina aún hoy mayoritaria entiende que las potestades que se otorgan mediante tales normas son, a pesar de la indeterminación en la que incurre la descripción normativa del supuesto de hecho, **potestades regladas**, pero, como veremos enseguida, admite inmediatamente —de forma prácticamente unánime— que a la hora de aplicarlas la Administración goza (o puede gozar al menos en algunos supuestos) de un **margen de apreciación**, no susceptible de un control jurisdiccional de máxima intensidad (o positivo). En los apartados siguientes analizaremos brevemente: la noción de concepto jurídico indeterminado; el concepto de margen de apreciación; los límites jurídicos que acotan dicho margen y el alcance correlativo de su control jurisdiccional; la proximidad entre la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación del que goza la Administración cuando aplica conceptos jurídicos indeterminados, y la similitud del alcance de su respectivo control jurisdiccional; la llamada discrecionalidad técnica de la Administración, que en realidad es, en lo esencial, una manifestación del margen de apreciación que conlleva la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

3.1. Conceptos jurídicos indeterminados

50. Los conceptos que aquí nos ocupan son **conceptos vagos** (como se los denomina en la teoría del lenguaje) que, cuando se los emplea en la redacción de una norma jurídica, la doctrina los denomina conceptos jurídicos indeterminados. Lo característico de tales conceptos, a los que necesariamente han de recurrir con suma frecuencia los titulares de potestades normativas en el ejercicio de su función reguladora (que es, por definición, una tarea abstracta y general), reside en que el juicio sobre la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho normativo no suele ser un juicio seguro sino, en la mayoría de los casos, un juicio dudoso y, por tanto, opinable.

51. El juicio sobre la subsunción solo es (relativamente) seguro cuando el caso concreto se incardina en alguna de las dos **zonas de certeza** del concepto, a saber: bien en su zona de certeza positiva (el caso se subsume, sin lugar a duda alguna, en el concepto), bien en su zona de certeza negativa (el caso no se subsume, sin lugar a duda alguna, en el concepto).

52. Por ejemplo, el artículo 1.2 de la **Ley del Patrimonio Histórico Español** (Ley 16/1985, de 25 de junio) establece que integran dicho Patrimonio "los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico". Pues bien, ninguna duda cabría de que un palacio del siglo XVII diseñado por un arquitecto famoso de la época es un "inmueble de interés histórico–artístico" (zona de certeza positiva), y tampoco cabría ninguna duda de que un edificio de reciente construcción que aloja las oficinas administrativas del rectorado de

una universidad nunca podría merecer tal consideración (zona de certeza negativa). Sin embargo, si la pregunta es si, a los efectos nuevamente de la Ley del Patrimonio Histórico Español, cabe predicar la cualidad de "inmueble de interés científico" de un edificio que alberga unos modernos laboratorios de un centro de investigación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) la respuesta puede parecer dudosa. Este caso se situaría, por lo tanto, en la llamada zona de incertidumbre (o zona de penumbra) del concepto indeterminado, que es aquella en la que el concepto, por carecer en ella de casi toda densidad semántica, apenas ofrece al aplicador un parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. En consecuencia, en estos casos la decisión sobre la aplicación del concepto que proceda la ha de adoptar el propio aplicador (la Administración) con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto (criterios extra semánticos) y, por ende, conforme a **criterios extrajurídicos**.

3.2. El margen de apreciación

53. El **margen de apreciación** que se reconoce a la Administración a la hora de aplicar conceptos jurídicos indeterminados se limita, en todo caso, al juicio sobre la subsunción procedente en los casos comprendidos en la **zona de incertidumbre** del concepto. Lógicamente, no se extiende a la aplicación del concepto en sus zonas de certeza. Aquí la aplicación del concepto reviste un carácter estrictamente reglado, por lo que puede ser revisada plenamente por el juez contencioso–administrativo mediante un control de máxima intensidad (control positivo).

54. En la doctrina académica es objeto de discusión si todos los conceptos jurídicos indeterminados habilitan un margen de apreciación. La respuesta a este interrogante no es unívoca. En la **doctrina alemana**, por ejemplo, en la que tiene su origen dogmático la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, se considera aún hoy de forma mayoritaria que estos conceptos no habilitan un margen de apreciación en todos los casos, sino solo en determinados supuestos (por ejemplo, en relación con decisiones de evaluación en el ámbito escolar o académico o de la función pública, decisiones de órganos especializados cuya adopción requiera valoraciones, apreciaciones o juicios prospectivos de carácter técnico o científico, u otras decisiones análogas). Estos supuestos se asemejan mucho, por cierto, a aquellos en los que la doctrina española advierte la existencia de una específica modalidad del margen de apreciación de la Administración a la que enseguida nos referiremos, a saber: la llamada discrecionalidad técnica. En nuestra doctrina, en cambio, se suele admitir el margen de apreciación con un **alcance más general**. Esto es, se parte en principio de la base de que en la zona de incertidumbre de cualquier clase de concepto jurídico indeterminado la Administración goza de un margen de apreciación. En efecto, según el Tribunal Supremo, la "libre apreciación (…) es inherente a la individualización de los conceptos jurídicos indeterminados" (STS de 12 de diciembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097), y al hacer esta afirmación no introduce modulación o excepción de ningún tipo.

3.3. Límites jurídicos del margen de apreciación y alcance de su control jurisdiccional

55. Como ya nos consta, el ejercicio de potestades que otorgan a la Administración un margen de apreciación no se produce nunca en un ámbito libre de Derecho y, por lo tanto, no es de entrada inmune al control jurisdiccional. Sin embargo, dado que la programación normativa que ofrecen los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre es de muy baja densidad, el control jurídico de su apli-

cación en dicha zona (que es en el que opera el margen de apreciación) es necesariamente un control de intensidad limitada, esto es, un **control meramente negativo**.

56. Según el Tribunal Supremo, "la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación –prosigue el Tribunal- suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación". Sin embargo, ello "no significa el reconocimiento de una omnímoda libertad, ni una imposibilidad de control", toda vez que –matiza el Tribunal- "siempre habrá de ser respetado el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad y siempre podrán hacerse valer, a través de la correspondiente impugnación, aquellos hechos y circunstancias que evidencien que se incurrió en ostensible error o clara irracionalidad, y que, por esto último, aquel mandato no fue observado" (STS de 12 de diciembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097).

3.4. Distinción entre margen discrecional y margen de apreciación *versus* concepto unitario de discrecionalidad

57. La doctrina aún hoy mayoritaria en España (aunque crecientemente cuestionada) sostiene que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados habilitan en su zona de incertidumbre no altera la naturaleza reglada de la potestad (ni, por tanto, la unidad de solución justa que se predica del ejercicio de esta clase de potestades) y que, por ello, el **margen de apreciación y la discrecionalidad administrativa no comparten la misma naturaleza**. Según esta tesis, la discrecionalidad consiste en un verdadero margen de volición o voluntad, mientras que el margen de apreciación sería un mero margen de cognición o conocimiento. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que "suele (…) admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de conceptos jurídicos indeterminados. En estas últimas hay un solo interés público, y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida" (STS de 12 de diciembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:9097, ya citada).

58. A mi juicio, la tesis anterior no resulta convincente. No se sostiene la afirmación de que el margen de apreciación es un mero margen de cognición. Como se ha señalado, en la zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen al aplicador ningún parámetro o criterio que le permita discernir cuál sea la subsunción procedente del caso concreto. Por lo tanto, en esta zona del concepto la decisión sobre la aplicación que proceda del mismo la acaba adoptando el propio aplicador con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos. En consecuencia, se trata –al igual que sucede cuando se ejerce una potestad discrecional- de una decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo. En ambos casos **la Administración completa, en sede de aplicación, el supuesto de hecho imperfecto** de la norma habilitante, creando criterios de decisión adicionales que no están preestablecidos por el legislador en el supuesto de hecho normativo pero que es preciso establecer para que la decisión administrativa no sea el resultado del puro arbitrio de la Administración. En suma, tanto el margen de apreciación como la discrecionalidad administrativa operan en el ámbito del supuesto de hecho normativo e integran, en consecuencia, un concepto unitario de discrecionalidad. Además, resulta notoria la similitud que existe entre la "amplia extensión" que se predica del margen de apreciación y la del margen de decisión que ofrecen las genuinas potestades discrecionales, así como la proximidad de los cánones del control

jurisdiccional de ambos márgenes. En ambos casos el control posible es un típico control negativo, de intensidad limitada y basado en cánones muy similares (BACIGALUPO, 1997, 203).

3.5. La discrecionalidad técnica de la Administración

59. En la jurisprudencia y la doctrina española se habla de "discrecionalidad técnica" para hacer referencia a decisiones tomadas por órganos administrativos compuestos por expertos, técnicos o científicos y cuyas decisiones, precisamente por ser "técnicas", **no pueden ser plenamente revisadas** por la jurisdicción contenciosa. Hay discrecionalidad técnica, por ejemplo, cuando en un procedimiento de selección de empleados públicos de la Universidad de Córdoba la correspondiente comisión evalúa los conocimientos y méritos de los distintos candidatos (por ejemplo, STS de 18 de mayo de 2007, ECLI:ES:TS:2007:3505).

60. En general, son muchos los casos en los que la adopción de una decisión administrativa exige complejas apreciaciones, juicios prospectivos y valoraciones de riesgos de carácter técnico, económico o científico. Tales juicios **no se hallan predeterminados** —ni resultan en puridad predeterminables— por el Derecho, por lo que un control positivo del fondo de los mismos desbordaría necesariamente los límites propios de un control jurídico.

61. El control en Derecho de los juicios técnicos de la Administración responde al modelo de un **control negativo de intensidad limitada**. Según el Tribunal Constitucional, el control jurisdiccional "puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad" (STC 219/2004, FJ 6). En definitiva, el control jurisdiccional de los juicios técnicos de la Administración se reduce, en lo esencial, a dos supuestos: de un lado, el control de la observancia de los aspectos formales de carácter reglado (competencia, procedimiento y motivación), y, de otro, el control de la arbitrariedad y del error ostensible o manifiesto en la apreciación técnica.

62. Es objeto de discusión el verdadero significado de la tradicional "discrecionalidad técnica". En mi opinión, y tal y como pone de manifiesto la doctrina alemana ya aludida, la llamada discrecionalidad técnica es en lo esencial, y pese a su tradicional denominación (equívoca y por ello controvertida), una manifestación del margen de apreciación. Concretamente, del margen de apreciación que provocan en su zona de incertidumbre aquellos **conceptos jurídicos indeterminados que remiten a reglas, criterios o parámetros propios de conocimientos especializados**, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común del hombre medio. Así sucede, en particular, en el ámbito de la legislación que regula la intervención administrativa en **sectores especialmente complejos** de la realidad social, tales como el medio ambiente, los sectores energéticos, las telecomunicaciones o el sector financiero. Por ejemplo, el artículo 239 de la nueva Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMVSI) dispone que "(l)a CNMV podrá introducir límites y condiciones a la actividad de sus entidades supervisadas con la finalidad de evitar un endeudamiento

excesivo del sector privado que pueda afectar a la estabilidad financiera". Determinar a partir de qué umbral un endeudamiento debe considerarse "excesivo" (porque "pueda afectar a la estabilidad financiera") exige conocimientos económicos altamente especializados que trascienden al saber jurídico.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Bibliografía citada

Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad Administrativa", *Revista Andaluza de Administración Pública,* núm. 100 (2018), pp. 131-164.

Antonio MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.

Luciano PAREJO ALFONSO, "El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza", *Práctica Urbanística*, núm. 144 (2017), pp. 1-35.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

4.2. Bibliografía complementaria recomendada

María José ALONSO MAS, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, 2ª ed. (2ª reimp.), Thomson–Civitas, Madrid, 2004.

Javier DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.

Tomás–Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid,1995.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid 2009.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "El control judicial de los planes administrativos", *Blog de la Facultad de Derecho de la UAM*, 5/10/2022 (https://www.blog.fder.uam.es/2022/10/05/el-control-judicial-de-los-planes-administrativos/).

Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 161-182
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L06
© José María Rodríguez de Santiago
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 6

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

José María Rodríguez de Santiago
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. LA DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES.—3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y NORMAS DE DERECHO INTERNO: 3.1. La disolución de la estatalidad del sistema de fuentes "hacia abajo"; 3.2. La "evaporación de la estatalidad" hacia arriba; 3.3. La ordenación de las relaciones entre las normas del Derecho intencional y de la Unión Europea y las normas de Derecho interno: el principio de primacía.—4. LA RESERVA DE LEY.—5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO.—6. EL PODER NORMATIVO MUNICIPAL.—7. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.—8. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO Y LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Ya se dijo antes que el Derecho administrativo legitima y dirige la Administración, y hace posible su control por los tribunales (*supra* § 2.15). Pero el Derecho administrativo no es la única forma de dirección y legitimación de la Administración.

Política, **Derecho** y **presupuestos** han sido formas tradicionales de dirigir (y dotar de legitimidad democrática a) la actividad administrativa que cuentan con un reconocimiento constitucional: el Gobierno dirige (también políticamente) la Administración (art. 97 de la Constitución Española, CE); la Administración actúa "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (art. 103.1 CE); y lo que gasta la Administración debe ser autorizado por el parlamento a través de los presupuestos (arts. 66.1 CE en relación con el 134.2 CE).

2. La reforma constitucional del artículo 135 CE en 2011, que tuvo lugar como consecuencia de la gran crisis económica originada en 2008, ha acentuado extraordinariamente el peso de la dirección de la actividad de la Administración también por la **economía**: desde entonces, puros datos económicos, como el producto interior bruto, el déficit público o el volumen de deuda pública, dirigen rigurosamente la actuación administrativa, a través del "principio de estabilidad presupuestaria" (art. 135.1 CE) (SALVADOR, 2020: 161-206).

3. Hay que preguntarse, entonces, qué es lo específico de las **reglas y principios jurídicos** como forma de dirigir la actuación administrativa; por ejemplo, qué diferencia, desde esta perspectiva, el sometimiento de la Administración a una ley o un reglamento (normas jurídicas) de la más difusa dirección de la actividad de los órganos de la Administración del Estado a través del programa político del Gobierno que establece su Presidente y de las directrices de la política interior y exterior que también determina el Presidente del Gobierno [art. 2.2 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: LG)].

4. Pues bien, elegir el Derecho como forma de dirigir la actividad de la Administración significa valerse de una serie de técnicas o instrumentos articulados, precisamente, para garantizar el sometimiento de la actividad administrativa a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). Por lo pronto, significa que la actuación administrativa regulada por el Derecho se somete al **control judicial** (art. 106.1 CE). En la misma medida en que el Derecho dirige la actuación administrativa, aquel ofrece a los órganos judiciales parámetros para controlar las decisiones de la Administración. Los tribunales solo controlan la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), no la dirección de la actividad de la Administración a través de criterios de otro tipo, como los políticos (por ejemplo, las directrices de la política interior y exterior a las que acaba de hacerse referencia), técnicos o, en general, de oportunidad. La dirección jurídica (a través del Derecho) de las decisiones administrativas permite a los órganos judiciales no solo declarar la conformidad o disconformidad a Derecho de aquellas, sino también **imponer forzosamente** la decisión judicial dictada en ejercicio de la función de control de la actividad de la Administración (arts. 103 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa: LJCA). El ordenamiento jurídico–administrativo regula qué **sanción** reciben las decisiones administrativas contrarias al Derecho [invalidez: nulidad de pleno Derecho (art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: LPAC) o anulabilidad (art. 48. LPAC)]; identifica quién ostenta **legitimación** para poner en movimiento el proceso de control judicial de la actividad administrativa (art. 19 LJCA); establece las vías para devolver, en la medida de lo posible, la situación de un afectado por la ilegal

actuación administrativa al estadio anterior a la infracción jurídica, como si nada hubiera pasado (**tutela primaria** o restitutoria); y, si esa actuación ha causado un daño, los requisitos para su reparación (**tutela secundaria** o resarcitoria, art. 106.2 CE), etc. Dirigir la actividad de la Administración a través del Derecho implica, en definitiva, valerse para esa dirección de estos y otros instrumentos de sometimiento de la actividad administrativa a los parámetros jurídicos establecidos por el órgano competente para ello.

5. Hablar de las fuentes del Derecho administrativo es, por tanto, hablar de **quién puede elegir y utilizar el Derecho** como forma de dirigir la actividad de la Administración; o, expresado de otra manera, quién puede imponer a la Administración sus decisiones como mandatos jurídicos, que desencadenan todas las consecuencias de aquellos (control judicial, invalidez del acto administrativo disconforme con la norma, etc.). La Constitución impone que sea el legislador quien dirija la actividad de la administración en un largo listado de materias (por ejemplo, reserva de ley sobre el régimen jurídico de los bienes públicos, art. 132 CE); aunque, cubierto ese mínimo que impone la reserva de ley, el legislador estatal puede regular la actividad de la Administración estatal con la densidad normativa adicional que quiera; en algunas materias las decisiones del legislador deben contar con un especial grado de consenso (ley orgánica, art. 81 CE); el Gobierno también puede dirigir jurídicamente la actividad de la Administración a través del reglamento; las fuentes de la Unión Europea determinan la conducta de la Administración (v. gr., medioambiental) con primacía con respecto a las fuentes del Derecho administrativo interno, etc. De todas estas cuestiones (y de otras) se debe ocupar un estudio de las fuentes del Derecho administrativo, que es —por lo dicho— un estudio relativo a una peculiar y eficaz forma de dirigir la actuación administrativa.

2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES

6. Del conjunto de las fuentes normativas que dirigen la actuación administrativa se puede decir que constituyen un **"sistema"** porque están ordenadas o articuladas a través de la Constitución. Si se admite una imagen informática, puede decirse que la Constitución contiene el "programa" para la validez de las normas de Derecho interno y la "interfaz" para la aplicabilidad de las normas de sistemas externos. Veámoslo.

7. Las **normas de Derecho interno** (la ley estatal, el reglamento autonómico, la ordenanza municipal, etc.) son válidas en la medida en que hayan sido elaboradas por unos sujetos, se hayan observado unos procedimientos y se hayan respetado unos contenidos materiales regulados por la Constitución, directamente o con la mediación de otras normas que se dejan reconducir a aquella (el Reglamento del Congreso de los Diputados, cada estatuto de autonomía, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local [LBRL], etc.). La Constitución contiene, así, el

"programa" (la "secuencia de instrucciones") que determina la validez o invalidez de las normas del poder público español.

8. La Constitución, sin embargo, no se ocupa de la validez de **normas pertenecientes a sistemas externos**, como los tratados internacionales o las normas del Derecho de la Unión Europea, que nacen y, en su caso, son enjuiciadas en cuanto a su validez conforme a las reglas constitutivas de esos sistemas externos: la convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, el Tratado de la Unión Europea: TUE, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: TFUE, etc. Pero sí contiene la Constitución una **"interfaz"** (un dispositivo capaz de incorporar normas de esos sistemas ajenos), contenida en los artículos 93 y 96 CE, conforme a la cual se acepta la **aplicabilidad** en España de las normas de sistemas externos de acuerdo con las exigencias de sus propios sistemas, lo que significa: con primacía con respecto a las normas de Derecho interno (REQUEJO, 2016: 149-161). La Constitución es, desde esta perspectiva, norma integradora de varios sistemas normativos en un ordenamiento jurídico.

9. Desde el punto de vista del Derecho interno, no conviene tampoco desconocer que son bastantes las **decisiones relativas a las fuentes del Derecho administrativo que la Constitución no adopta por sí misma**, sino que ésta remite —sobre todo— a la regulación del legislador. Por lo pronto, a la ley estatal —o autonómica, allí donde existan Derechos forales o especiales— (art. 149.1.8 CE) se atribuye en la Constitución la importante función de determinar cuáles son las fuentes del Derecho (y el orden de prelación entre ellas). Especial relevancia tiene esta idea aplicada, también, al amplio margen que deja la Constitución a la regulación por ley de la propia potestad reglamentaria.

3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y NORMAS DE DERECHO INTERNO

3.1. La disolución de la estatalidad del sistema de fuentes "hacia abajo"

10. Cuando, en 1978, entra en vigor la Constitución española, era fundamentalmente el Estado el único sujeto productor de normas jurídico—administrativas. La imagen de una sola pirámide normativa de reglas estatales ordenadas jerárquicamente transmitía con suficiente corrección la realidad de un **Derecho administrativo de autor único**.

11. La creación y el comienzo de la actividad de producción normativa, en los años inmediatamente posteriores, de las comunidades autónomas inicia el cambio de este panorama; y la gran pirámide del Derecho estatal ordenado jerárquicamente se ve sustituida por una pirámide estatal que tiene cada vez menor envergadura y es desplazada progresivamente por diecisiete pirámides autonómicas que se relacionan entre ellas y con el Derecho estatal con el "nuevo" criterio del denominado **principio**

de competencia (derivado del reparto de materias normativas entre sujetos públicos distintos, como el Estado y las comunidades autónomas). El principio de competencia emerge con fuerza frente al criterio de la jerarquía, que dentro del sistema de cada sujeto público ordena las normas por formas normativas de superior o inferior rango (en el Estado, por ejemplo: ley, reglamento aprobado por real decreto, reglamento aprobado por orden ministerial, etcétera).

12. En las **materias de competencia autonómica exclusiva** (se ponen como ejemplos típicos las del urbanismo y la vivienda) el Estado tiene prohibido legislar y las normas reguladoras de esos ámbitos de actuación de la Administración tienen que proceder del parlamento y el ejecutivo autonómicos. En otras materias genuinamente jurídico–administrativas, como la expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), la legislación seguirá siendo, sin embargo, solamente estatal. Pero una gran parte de la regulación de la propia estructura administrativa y de la actividad de la Administración se reparte entre el Estado y las comunidades autónomas conforme a un esquema competencial consistente en que el **Estado** aprueba las normas que deben considerarse **"básicas"** (las que concretan el mínimo común denominador normativo que debe regir en todo el territorio nacional) y las **comunidades autónomas** dictan las **normas de "desarrollo"** de esas bases para que sean aplicables solo en su territorio.

13. Este reparto de las competencias normativas conforme al esquema **"bases–desarrollo"** se da en importantes ámbitos del Derecho administrativo español: el propio régimen jurídico de las Administraciones públicas (que incluye también, por ejemplo, el de los bienes públicos) y la regulación del estatuto de sus funcionarios (art. 149.1.18 CE); la ordenación general de la economía (art. 149.1.13) y de la sanidad (art. 149.1.16 CE); la legislación sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE); el régimen minero y energético (art. 149.1.16 CE); normas relativas al derecho a la educación (149.1.30 CE); etc. Una regla especial es la que se refiere a la legislación del procedimiento administrativo: al Estado corresponde regular el "procedimiento administrativo común" (art. 149.1.18 CE), que no son exactamente las bases del procedimiento administrativo [STC 55/2018, FJ 4 b)]. Esa es la competencia estatal ejercida al aprobar la LPAC de 2015.

14. Desde la aprobación de la Constitución hasta ahora, también las **ordenanzas municipales** se abrieron camino como figura del sistema de fuentes con el empuje de la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). La ordenanza, única norma administrativa dotada de una legitimidad democrática directa, porque es aprobada por el pleno que representa a los vecinos, llegó, incluso, a ganar una relevante batalla frente a la institución de la reserva constitucional de ley en las SSTC 233/1999, de 16 de diciembre (flexibilización de la reserva de ley en favor de la ordenanza en materia tributaria local) y 132/2001, de 8 de junio (flexibilización de la reserva de ley en favor de la ordenanza en materia sancionatoria).

3.2. La "evaporación de la estatalidad" hacia arriba

15. El proceso hasta ahora descrito es el del progresivo desplazamiento del Estado central por otros centros territoriales dotados de poder normativo, como las comunidades autónomas y los municipios. El Derecho administrativo se "desestatali-

za", pero permanece, en lo que se lleva expuesto, en el ámbito de los poderes internos sometidos a la regulación de la Constitución nacional. A este proceso, sin embargo, hay que añadir otro al que podría gráficamente denominarse como de **"evaporación de la estatalidad"** (del espacio del poder normativo dominado por la Constitución nacional) a través de las ventanas que esa Constitución ha abierto a las normas procedentes de sistemas externos (arts. 93 y 96 CE).

16. A partir del año 1986 se inicia un trascendental proceso de **europeización** del Derecho administrativo, que termina afectando (solo se enumeran algunos ejemplos) tanto a instituciones de la parte general de ese Derecho —acto administrativo transnacional, declaración responsable y comunicación (art. 69 LPAC) o responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión—, como a sectores completos del Derecho regulador de la actividad de la Administración —contratos públicos, ayudas estatales y Derecho de la competencia, Derecho medioambiental (se ha dicho que el 90 por 100 de las normas ambientales españolas proceden del Derecho de la Unión Europea) (LOZANO, 2016: 127), Derecho de la regulación y servicios de interés económico general (telecomunicaciones, transportes, electricidad y gas, etc.), Derecho de autorización de productos y sustancias, como los medicamentos, etcétera—.

17. Y, prácticamente en paralelo, tiene lugar otro proceso de **internacionalización** del Derecho administrativo. El conjunto de fenómenos descrito con la expresión "globalización" (en concreto, el crecimiento de las relaciones económicas internacionales), la toma de conciencia frente a problemas medioambientales transfronterizos o globales (objeto de las grandes conferencias internacionales relativas al medio ambiente en los años noventa: Río de Janeiro, 1992; Nueva York, 1992; Kioto, 1997; etc.) y la fundación de la Organización Mundial del Comercio (1995) hicieron crecer de forma muy notable desde esos años las normas internacionales relevantes para la actividad de la Administración.

17 *bis*. En materia de fuentes del Derecho, precisamente, en los ámbitos del Derecho de la Unión Europea y del Derecho internacional han surgido en las últimas décadas diversos tipos de lo que se denomina como ***soft law*** (Derecho blando). Con esa expresión se hace referencia frecuentemente en el Derecho de la Unión Europea a criterios interpretativos contenidos en actos no vinculantes (por ejemplo, recomendaciones de la Comisión) que, sin embargo, los jueces nacionales han de "tener en cuenta" al aplicar disposiciones vinculantes. Si el órgano judicial quiere separarse de ese criterio interpretativo recae sobre él la carga de motivar expresamente las razones por las que se separa o rechaza la aplicación de dicha pauta interpretativa (SSTJUE de 13 de diciembre de 1989, *Grimaldi*, C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, ap. 18; y de 29 de septiembre de 2011, *Arkema/Comisión*, C-520/09, ECLI:EU:C:2011:619, ap. 88). En el ámbito del Derecho internacional se califican como *soft law* las recomendaciones y directrices no vinculantes de las organizaciones internacionales, así como normas y estándares (en materia de contabilidad, lucha contra el blanqueo de capitales, supervisión financiera, fabricación y comercialización de productos, etc.) aprobados por sujetos tanto públicos como privados que, en muchas ocasiones, son obligatorios *de facto*, porque sus destinatarios se ven compelidos a su cumplimiento debido a las exigencias de los mercados internacionales; y pueden llegar a convertirse en *hard law* mediante la técnica de la remisión a ellas por normas del ordenamiento o su integración en este mediante su aprobación como normas vinculantes (LEÑERO y DARNACULLETA, 2011: 697 y ss.).

3.3. La ordenación de las relaciones entre las normas del Derecho internacional y de la Unión Europea y las normas de Derecho interno: el principio de primacía

18. Para ordenar las relaciones entre las normas procedentes de esos dos sistemas externos (el Derecho europeo y el Derecho internacional) y las normas de Derecho administrativo interno se utiliza la regla de la **primacía aplicativa**, que es una concreta manifestación de la apertura constitucional al Derecho internacional y al Derecho europeo. La explicación que sobre la primacía aplicativa del Derecho de la Unión Europea realizó la DTC 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 4), sobre la base del artículo 93 CE, en torno a la idea de que la Constitución no regula la validez de las normas de sistemas jurídicos distintos al interno y puede admitir su aplicabilidad con preferencia a este, también se proyecta, en términos similares aunque no idénticos, sobre la regulación constitucional de la vigencia en España de los tratados internacionales (art. 96 CE). La primacía aplicativa del Derecho de la Unión o de los tratados internacionales es una regla relativa a la solución de conflictos entre normas, en principio, válidas. Cuando a un mismo supuesto de hecho dos normas vinculan dos consecuencias jurídicas distintas, el conflicto se resuelve otorgando primacía aplicativa a una de ellas: el aplicador del Derecho ha de ignorar una (en este caso, la nacional) para aplicar la otra (la europea o la internacional). Así, por ejemplo, si una norma europea sobre contratación pública prevé la exclusión de ofertas de licitadores anormalmente bajas, pero la legislación nacional no prevé esa exclusión, la Administración ha de inaplicar la norma nacional y aplicar directamente la norma europea (STJUE de 22 de junio de 1998, *Fratelli Costanzo SpA*, C–103/08, ECLI:EU:C:1989:256).

4. LA RESERVA DE LEY

19. En el ámbito del Derecho interno la Constitución articula la relación entre la **potestad legislativa** del parlamento (estatal y de las comunidades autónomas) y la potestad normativa del poder ejecutivo (**potestad reglamentaria**) a través de la institución central de la reserva constitucional de ley.

20. La **reserva constitucional de una materia a la ley** es el mandato constitucional de que esa materia sea regulada precisamente por la ley; mandato que tiene en su reverso, también, una prohibición dirigida al propio legislador de entregar por ley sin el suficiente contenido regulatorio material la disciplina restante de esa materia al reglamento (prohibición de la remisión en blanco); y, simultáneamente, una prohibición al ejecutivo de regular la materia por reglamento antes de que el legislador haya cumplido cabalmente su función reguladora.

21. La Constitución Española está salteada de concretos preceptos que reservan a la ley la regulación de **materias relevantes para la actuación de la Administración**: la reserva de ley en materia de derechos fundamentales del artículo 53.1 CE —que abarca la regulación del ejercicio del derecho de propiedad (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE)-, de diversos ámbitos de actividad social prestadora (capítulo tercero del título primero), de organización de la Administración del Estado

(art. 103.2 CE), del estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE), del procedimiento administrativo [art. 105 c) CE], del régimen de los bienes públicos (art. 132 CE), etc. En cada una de esas materias, la determinación precisa del alcance de la reserva (lo que, en concreto, tiene que ser regulado por la ley y lo que, por el contrario, puede dejarse al reglamento ejecutivo) supone un (no siempre fácil) ejercicio de la tarea de la interpretación constitucional.

22. Desde la perspectiva del principio constitucional del **Estado de Derecho**, la reserva de ley en materia de Derecho administrativo expresa cuánto quiere la Constitución (como mínimo) que una actividad de la Administración sea dirigida por el Derecho (y no solo, por ejemplo, por la política); y cuánto quiere la Constitución que los órganos judiciales (como mínimo) controlen la actuación administrativa, al disponer de parámetros normativos para llevar a cabo ese control. Y, desde la perspectiva del principio del **Estado democrático**, la reserva de ley también expresa cuánto quiere la Constitución (como mínimo) que la actuación y las decisiones administrativas sean dirigidas por el órgano primario de representación democrática que aprueba las leyes: las Cortes y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

23. Hasta hoy ha tenido una destacada influencia en la doctrina española sobre las relaciones entre la ley y el reglamento la teoría denominada del **concepto material de ley**, creada en Alemania a finales del siglo XIX (LABAND, 1871 y 1878; JELLINEK, 1887), que se ha utilizado para interpretar el Derecho español cuando, en realidad, carece de cualquier conexión sistemática con los datos de nuestro Derecho positivo.

24. La doctrina del concepto material de ley divide las materias que pueden ser objeto de regulación por el Estado en binomios que —es innegable— tienen una notable fuerza argumentativa y de convicción al margen del Derecho positivo: el contenido "propio" de la ley sería la regulación de la libertad y la propiedad de los ciudadanos, las **reglas jurídicas *ad extra*** del Estado. La ley que tiene ese contenido sería ley en sentido material. El contenido "propio" del reglamento (forma normativa procedente de un poder —en el origen de la teoría— no legitimado democráticamente) es, sin embargo, la "materia administrativa" doméstica, las **normas *ad intra*** referentes a la organización y a las relaciones especiales de sujeción (funcionarios, militares, etc.). El reglamento podría, como una atribución contingente del Derecho positivo, salir de su ámbito natural, cuando la ley le autoriza caso por caso a regular materias "propias" de la ley. A este reglamento se le llamaría **reglamento jurídico**. El que se mueve en su ámbito genuino de regulación (el ámbito doméstico del aparato estatal *ad intra*) se denomina **reglamento administrativo**. El espacio también propio del denominado reglamento independiente (el que no se dicta con una autorización legal y no desarrolla normas *ad extra*) sería, claro está, el que se ciñe a regular materias relativas a la organización y las mencionadas relaciones especiales de sujeción.

25. Como ya se ha dicho, toda esta construcción es por completo ajena al Derecho positivo español. El concepto material de ley es desconocido por la Constitución. En nuestro sistema, la ley no se define por su contenido, sino por su procedimiento de aprobación. El **concepto de ley** de nuestro Derecho constitucional es, por tanto, **formal**: es ley lo que se decide por las Cortes Generales o por los parlamentos autonómicos con esa forma, tras un procedimiento marcado por la publicidad, la contradicción y el debate (DE OTTO, 1988: 153-154). En consecuencia, hay leyes que regulan los derechos de los ciudadanos, pero también hay leyes (como la LPAC o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: LRJSP) que regulan la organización y el funcionamiento de la Administración.

26. Por otra parte, el Gobierno no carece por completo de legitimidad democrática. Es innegable que el **Gobierno** no tiene el mismo grado de legitimidad de-

mocrática que el órgano directamente elegido por el electorado, pero deriva de la confianza y del control parlamentarios el **carácter evidentemente democrático de su actuación**, sin el cual no podrían explicarse desde la perspectiva del artículo 1.2 CE sus competencias referidas a la dirección de la completa actividad política del Estado (art. 97 CE) o de la comunidad autónoma. De aquí resulta que un reglamento gubernativo no está al margen de la legitimidad democrática que comparten todos los poderes del Estado.

27. Por lo demás, **la Constitución reserva a la ley**, precisamente, importantes materias relativas a la **organización administrativa** (art. 103.2 CE) o a las que históricamente se denominaron **relaciones especiales de sujeción**, como las que vinculan a los funcionarios con la Administración (art. 103.3 CE), lo que de forma clara impide que el ejecutivo aprobara en esos ámbitos reglamentos independientes (sin cobertura legal) con el argumento de que esas fueran materias "propiamente administrativas". En este sentido, una gran parte del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pese a que regula relaciones administrativas *ad intra* (entre los empleados públicos y la Administración) no podría aprobarse por reglamento. En fin, ni en sus presupuestos ni en sus detalles tiene la vieja doctrina alemana del concepto material de ley ninguna utilidad para interpretar el Derecho constitucional y administrativo español. Y, por lo mismo, carece de cualquier función explicativa de nuestro sistema la mencionada distinción entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos.

28. Desde el punto de vista material, el objeto de la regulación de los reglamentos, en principio, no se distingue del de las leyes. Como estas, pueden los reglamentos regular —siempre con respeto de la reserva de ley, que exigirá, en su caso, ley previa— materias que afecten directamente a derechos y deberes de los ciudadanos, o que quepa situar, más bien, en el ámbito de lo que puede denominarse organización administrativa. Tradicionalmente, a los reglamentos dictados para desarrollar y concretar la regulación ya contenida en una ley se les denomina **reglamentos ejecutivos** —reglamentos para "el desarrollo y la ejecución de las leyes" [art. 5.1 h) LG] (*infra* § 16.22)—; y los reglamentos que se dictan para regular directamente una materia no regulada por la ley reciben el nombre de **reglamentos independientes**, que caben teóricamente en el Derecho español (*infra* § 16.21), siempre que sobre la materia de la que se trate no se proyecte una reserva de ley. En la realidad de la profusa regulación legal actual no es fácil encontrar un buen ejemplo de reglamento independiente. Pero a esta distinción vincula el Derecho positivo consecuencias jurídicas: en el procedimiento de aprobación de los reglamentos ejecutivos es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado [arts. 5.1 h) LG; y 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE].

29. Una de las manifestaciones más patentes de cómo el reconocimiento constitucional del principio de separación de poderes nunca ha significado el cumplimiento de la "ecuación función–órgano" (atribución de una función exclusiva a cada uno de los órganos que materializan cada una de las tres clásicas ramas de gobierno)

es, precisamente, la distribución constitucional del poder normativo entre las Cortes Generales (art. 66.2 CE) y el Gobierno (art. 97 CE). **El principio de reserva de ley parte de esta concurrencia de órganos con competencias normativas e introduce una ordenación material y secuencial entre ellas**: las materias reservadas a la ley deben ser reguladas suficientemente por esta; mientras el legislador no cumpla con ese mandato, el reglamento no puede entrar a regular esas materias; el legislador puede, no obstante, aumentar la densidad de la regulación que exige, como mínimo, la reserva de ley, y regular cualquier materia; salvo que la ley lo prohíba, el reglamento (denominado entonces reglamento *ejecutivo*) puede desarrollar la regulación legal en las materias reservadas a la ley y reguladas por ley, o solo reguladas por ley (pero no reservadas a la ley); la ley (una vez regulada la materia que le exige el cumplimiento de la reserva de ley) puede ordenar que la materia se desarrolle con más detalle por el reglamento; el reglamento (llamado entonces reglamento independiente) puede regular las materias no reservadas a la ley, etcétera.

30. Es obvio, por otra parte, que de la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento (arts. 9.3 y 97 CE) y de la inexistencia de un ámbito constitucionalmente reservado al reglamento se deduce que **la ley puede prohibir** expresa o implícitamente que determinadas materias sean objeto de **desarrollo reglamentario**. La afirmación debe matizarse para los casos en que una organización jurídico–pública goce de un ámbito de autonomía garantizado por la Constitución o el Derecho de la Unión Europea y solo pueda ejercer esa autonomía a través de reglamentos.

31. Una última consideración debe realizarse en relación con la articulación de las **fuentes del Derecho de la Unión Europea y la reserva constitucional de ley**. En virtud del principio de autonomía institucional de los Estados miembros, la transposición de las **directivas** europeas al Derecho interno ha de tener lugar a través de la forma normativa que se derive de las reglas de ese Derecho. Si la Constitución reserva a la ley la regulación de la materia de la que trata la directiva, su transposición deberá utilizar la forma de ley (estatal o autonómica, en función de quién sea el titular de la competencia para regular en ese ámbito, lo que también se resuelve conforme a las reglas de cada Estado). Nada impide, en principio, que, en lo no reservado por la Constitución a la ley, la transposición se lleve a cabo por norma reglamentaria (DÍAZ, 2016: 115-125).

32. Es obvio, por otra parte, que el **reglamento europeo**, norma de la Unión Europea "directamente aplicable en cada Estado miembro" (art. 288 TFUE), puede ocupar un espacio material cubierto por una reserva constitucional de ley en el Derecho interno. Un caso conocido es el del Reglamento general de protección de datos [(UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016], que aborda una materia que, conforme a las reglas del Derecho constitucional interno, exigiría la forma de la ley orgánica (art. 81 CE en relación con el art. 18.4 CE). Hay que aceptar en estos casos que el artículo 93 CE autoriza implícitamente esa restricción del principio democrático y admite que la regulación de la materia en cuestión se realice por una norma como el reglamento europeo, con un nivel de legitimidad democrática inferior al de la ley nacional.

33. La propia ley, por último, también puede reservar a la ley alguna decisión que la Constitución no impone que se adopte por el legislador. Se está, entonces, ante una **reserva legal de ley**.

34. Por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio) **reserva a la ley la decisión de desclasificar suelo no urbanizable de protección** en el que se haya producido un incendio, durante un plazo de treinta años desde el daño medioambiental. Se trata, como es obvio, de desincentivar los incendios provocados con la intención de facilitar un cambio en una clasificación urbanística, lo que se conseguiría impidiendo que la decisión pueda adoptarse por la Administración y disponiendo que la desclasificación tenga que someterse al rigor de la tramitación parlamentaria.

35. Evidentemente, esa reserva, a diferencia de la reserva constitucional de ley, **no vincula al mismo legislador para el futuro** (una ley posterior puede disponer lo contrario en cualquier momento), pero mientras la reserva legal de ley esté en vigor, el ejecutivo no puede adoptar la decisión por norma infralegal. Los mayores problemas y dudas sobre la reserva legal de ley se producen cuando una **ley estatal** que regula las "bases" de una determinada materia exige que las comunidades autónomas regulen el "desarrollo" de esa materia de su competencia también por ley. Por ejemplo, el art. 25.2 LBRL exige que las comunidades autónomas atribuyan competencias a los municipios sólo por ley. El Tribunal Constitucional ha considerado que esta reserva estatal de ley autonómica no es por sí inconstitucional, aunque su ejercicio ha de ser muy mesurado, pues afecta a la ordenación de los poderes legislativo y ejecutivo de cada comunidad autónoma (STC 41/2016, FJ 10 a) y STC 55/2018, FJ 6 b).

5. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO

36. En esta lección se va a tratar únicamente de los **reglamentos procedentes del Gobierno estatal y autonómico y del pleno municipal**, esto es, de la potestad reglamentaria de tres organizaciones jurídico–públicas de carácter territorial: Estado, comunidad autónoma y municipio. Son estas las normas reglamentarias dotadas de un más elevado nivel de legitimidad democrática, derivada de la que ostentan los órganos que los aprueban (los citados órganos de gobierno y, especialmente, el pleno municipal); y las que tradicionalmente han encontrado un lugar principal en el tratamiento doctrinal de las facultades normativas del poder ejecutivo. Otras disposiciones administrativas (dictadas por Administraciones independientes, corporaciones de Derecho público, etc.) serán objeto de tratamiento en la Lección 16, junto con el régimen jurídico de todas las normas de rango infralegal (requisitos de validez, procedimiento de elaboración, control judicial, etc.). Tampoco, por otra parte, cubrirá la exposición de esta lección las formas normativas de la ley, la ley orgánica, el decreto–ley ni el decreto legislativo, que se hace con detalle en las obras de Derecho constitucional.

36 *bis*. Quedan, asimismo, fuera de la exposición las cuestiones que plantean las **normas técnicas de origen privado** (por ejemplo, las normas de la AENOR o las guías de las mejores técnicas disponibles), frecuentes en ámbitos en los que el predominio del conocimiento experto existente en el sector privado ha permitido hablar de una "autorregulación" (DARNACULLETA, 2009; ESTEVE, 2013: 110 y ss.). Estas normas carecen en su origen de la legitimidad democrática con la que cuentan, sin embargo, las normas aprobadas por el poder público. Pero las normas técnicas de origen privado pueden dirigir eficazmente la actividad de la Administración cuando normas del ordenamiento jurídico remiten a ellas o los órganos administrativos las utilizan para ejercer la discrecionalidad que otorga la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que se refieren a criterios de carácter técnico (TARRÉS, 2003).

37. La **potestad reglamentaria del Estado** está atribuida originariamente por el art. 97 CE al Gobierno, de forma coherente con el grado de legitimidad democrática de este órgano constitucional. No obstante, de la literalidad de ese precepto ("de acuerdo con la Constitución y las leyes") no puede deducirse una prohibición

de que la ley atribuya la potestad reglamentaria, parcialmente y con más o menos limitaciones, también a otros órganos del ejecutivo estatal. Eso, de hecho, sucede en diversos preceptos de la LG y de la LRJSP. Cuestión distinta es que, conforme a la diferenciación expresa del art. 128.1 LPAC, existan singularidades procedimentales para la elaboración de los reglamentos en sentido estricto (esto es, los aprobados por el Gobierno de la Nación, los órganos de gobierno de las comunidades autónomas o los órganos de gobierno locales) y las demás disposiciones administrativas (*infra* § 16.10-11).

38. Conforme al encargo que les hace el artículo 97 CE, algunas leyes estatales, en especial la LG y la LRJSP, regulan las formas de ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno. Con carácter general, al **Consejo de Ministros** se atribuye la potestad reglamentaria para el "desarrollo y la ejecución de las leyes" (los denominados reglamentos ejecutivos) y una potestad reglamentaria residual (normas reglamentarias no atribuidas expresamente a otros cargos) [arts. 5.1 h) y 24.1 c) LG]. Al **presidente del Gobierno** se atribuye una muy limitada potestad reglamentaria: la competencia para dictar los reglamentos de creación, modificación y supresión de los departamentos ministeriales [arts. 2.2 j) y 24.1 b) LG]. A los **ministros** se atribuye potestad reglamentaria "en las materias propias de su Departamento" [arts. 4.1 b) y 24.1 f) LG; y 61 a) LRJSP]. No hay ningún apoyo en la literalidad de esos preceptos para sostener que esta potestad reglamentaria del ministro solo alcance a la organización interna de su departamento y a las relaciones especiales de sujeción, como se ha sostenido frecuentemente en la doctrina y en la jurisprudencia.

39. La jurisprudencia ha aceptado que el **ministro** desarrolle "en las materias propias de su Departamento" aspectos "concretos" o "accesorios" **(regulaciones "de detalle") de un reglamento ejecutivo aprobado por el Consejo de Ministros** [SSTS de 4 de noviembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:7079; y 3 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2545]. En este caso, el reglamento del ministro también debe considerarse reglamento ejecutivo y requiere de previo dictamen del Consejo de Estado (art. 22.3 LOCE) (STS de 6 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:332).

40. A esta regulación general hay que añadir la existencia de **reglas legales especiales** (que pueden desplazar las mencionadas reglas generales). El **art. 129.4 LPAC** establece una reserva legal de ley para la atribución del desarrollo reglamentario directo de una ley a un ministro o cargo subordinado. Esta regla sólo rige para los ministros, no para los consejeros autonómicos, dado que la STC 55/2018, FJ 5, declaró inconstitucionales los incisos de este precepto que se referían a órganos del ejecutivo autonómico. El mencionado artículo 129.4 LPAC obviamente prohíbe al ministro (o cargo subordinado) el desarrollo directo de la ley si no se cuenta con una autorización legal expresa; y parece que también prohíbe al consejo de ministros conceder esta autorización en blanco por real decreto. No se prohíbe, sin embargo, que el real decreto del Consejo de Ministros por el que se aprueba el reglamento para el desarrollo directo de una ley remita la regulación de aspectos concretos y accesorios (la regulación de detalle, conforme acaba de decirse) al ministro. Este precepto, como reserva legal de ley que es, desde luego, no puede vincular al legislador estatal futuro. No hay, en realidad, manera de exigir que la autorización para el desarrollo directo

por el ministro tenga "carácter excepcional" y que esto se justifique por la ley. El legislador de hoy no puede imponer la necesidad de justificación al legislador de mañana.

41. El ejercicio de la **potestad reglamentaria atribuida al poder ejecutivo de las comunidades autónomas** plantea cuestiones paralelas a las que se han destacado con respecto a la potestad reglamentaria del Estado. Se hace referencia aquí, solo por vía de ejemplo, al modelo de la regulación de esta materia en la Comunidad Autónoma de Cataluña. El artículo 68.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 atribuye al Gobierno de la Generalitat el ejercicio de la potestad reglamentaria "de acuerdo con el presente Estatuto y las leyes". Como sucede en el ámbito del Estado, este precepto no impide que la ley atribuya el ejercicio —parcial y sometido a más o menos cautelas— de dicha potestad a otros órganos o cargos.

42. Conforme a la Ley catalana 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, precisamente al **Gobierno** corresponde un poder normativo reglamentario residual "en todos aquellos casos en que (este poder) no esté atribuido específicamente al presidente o presidenta de la Generalidad o a los consejeros" [art. 26 e)]; el **presidente** de la Generalidad puede dictar "disposiciones reglamentarias en aquellos supuestos en que una norma con rango de ley se lo autorice expresamente" (art. 39.2); y los **consejeros** "pueden dictar disposiciones reglamentarias en materia de organización del departamento del que son titulares" y "con relación a otras materias, en supuestos específicos, si una norma con rango de ley o un decreto del Gobierno se lo autoriza expresamente" (art. 39.3).

6. EL PODER NORMATIVO MUNICIPAL

43. El **poder normativo local**, en concreto, la facultad de los municipios de regular a través de normas conocidas tradicionalmente como ordenanzas los asuntos propios de la comunidad vecinal, está **implícito en la autonomía garantizada constitucionalmente** a los municipios [art. 4.1 a) LBRL; y STC 214/1989, FJ 6]. La evolución reciente del ámbito atribuido a la regulación del poder normativo municipal, o poder de ordenanza, podría caracterizarse casi como un desfile triunfal. Su punto de partida ha sido la progresiva profundización en la relación directa que debe existir entre el alto grado de legitimidad democrática del órgano representativo del municipio (art. 140 CE) y su competencia de regulación autónoma de los asuntos vecinales. La imposición constitucional de la elección democrática directa de la representación de los vecinos en la corporación municipal casaría mal con la atribución al municipio de una potestad reglamentaria irrelevante.

44. La ordenanza municipal debe dictarse en el **ámbito de las competencias municipales** [art. 4.1 a) LRBL], si bien está aún abierta la discusión sobre cuáles son las competencias locales y, sobre todo, sobre si en nuestro Derecho los municipios tienen una competencia universal, para todos los asuntos de interés local que la ley no haya atribuido a otra entidad territorial.

45. Una interpretación literal de los artículos 7.2 y 25.2 LBRL conduce, *prima facie*, a sostener que con respecto a las competencias propias de los municipios rige un principio de "competencia de atribución": estas competencias tienen que ser expresamente atribuidas por ley estatal o autonómica; y la regulación del artículo 25.2 LBRL se limita a identificar los sectores en los que el legislador del Estado y el autonómico necesariamente (en realidad, "necesariamente" solo para la ley autonómica, porque las bases del Estado no pueden vincular la legislación estatal posterior) han de atribuir competencias propias a los municipios (*infra* 11.25). Según esta tesis, el art. 25.2 LBRL no contendría ninguna atribución competencial directa a los municipios (VELASCO, 2009: 2016). Sería un precepto dirigido a los legisladores del Estado (en los términos a los que se acaba de hacer referencia) y de la comunidad autónoma. Esta tesis ha sido aceptada expresamente por la STC 41/2016, FJ 10 b).

46. En mi opinión, esta forma de entender las cosas es incompatible con los principios garantizados en la **Carta Europea de Autonomía Local**, de 15 de octubre de 1985, en concreto, con el principio de subsidiariedad establecido en su artículo 4.2, que convierte en vinculante un esquema general precisamente contrario al expuesto: en el "ámbito de la ley", las entidades locales tienen libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Este precepto impone a los Estados parte, al menos, aparentemente, la conocida tesis de la competencia universal alemana (*Allzuständigkeit*). La interpretación del Derecho interno conforme con el Derecho internacional obliga a "corregir" el tenor literal de los mencionados preceptos de la LBRL y completarlo con un criterio adicional, necesario para que la regulación española sea compatible con el tratado internacional, que haga decir a la ley española que la enumeración de ámbitos materiales contenida en el artículo 25.2 LBRL constituye ya "una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias (allí) relacionadas" (así, expresamente, STS de 22 de mayo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2338, que, con este argumento, casa la sentencia impugnada que había declarado la invalidez de la Ordenanza municipal de Zaragoza de ecoeficiencia energética y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones).

47. Como normas reglamentarias que son, las ordenanzas están sometidas a las reglas propias del Estado de Derecho que sujetan los reglamentos al **principio de legalidad** (art. 9.3 CE): primacía de la ley y reserva de ley. Por lo que se refiere a lo primero, la conjunción de los principios de legalidad y de **jerarquía normativa** (art. 9.3 CE) determinan, sin duda, que exista una relación de supraordenación jerárquica de la ley estatal o autonómica con respecto a las ordenanzas municipales. La jerarquía de la ley no admite matices. Cuestión distinta es que, por mandato constitucional, la ley haya de dejar un espacio de propia regulación a las normas locales. Y que sólo allí donde respete ese ámbito de autorregulación será válida la ley; y, como tal, jerárquicamente superior a las normas locales. Pero, a falta de un criterio constitucional expreso que regule las relaciones entre el reglamento estatal o autonómico y la ordenanza local, será la ley, con carácter general o sectorial, quien determine las relaciones entre reglamentos (estatales o autonómicos) y normas locales.

48. Puede aceptarse que **es función de la ley estatal o autonómica** (cada una en el ámbito de sus competencias) **regular las relaciones entre los reglamentos del Estado o de la comunidad autónoma**, por una parte, **y las ordenanzas municipales**, por otra, de forma respetuosa con la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) y con el alto grado de legitimidad democrática de aquellas.

49. La ley autonómica puede, por ejemplo, conforme a un esquema propio del **principio de competencia** (reparto de materias entre sujetos distintos) y no de jerarquía, identificar concretamente el ámbito regulativo que queda reservado a la ordenanza municipal y que, por eso, no puede ser regulado por el reglamento autonómico, con una exclusión *ab initio* de la *concurrencia* regulativa que caracteriza a la ordenación de las normas conforme al principio de jerarquía. Este parece ser el modelo, por ejem-

plo, con respecto a las ordenanzas de protección contra ruidos producidos por actividades domésticas o vecinos, del artículo 69.2 a) de la Ley andaluza 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental; y del art. 2 b) del Decreto andaluz, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de protección contra la contaminación acústica.

50. Pero también es posible que la ley autonómica prevea la **concurrencia regulativa** del reglamento autonómico y la ordenanza, pero utilice la técnica de la **supletoriedad** y el **desplazamiento**: el reglamento contiene una regulación **supletoria** que queda desplazada cuando el municipio regula la materia por ordenanza. Por ejemplo, el artículo 7.2 de la Ley aragonesa 7/2010, de 18 de noviembre, de protección contra la contaminación acústica, regula su propia supletoriedad y su desplazamiento por ordenanzas que establezcan estándares más exigentes de protección contra el ruido. Un esquema semejante se observa en la disposición transitoria primera del Decreto del País Vasco 213/2012, de 16 de octubre, de contaminación acústica.

51. Por lo que se refiere a la **reserva de ley**, aquí se encuentra, quizás, el éxito reciente más rotundo de la ordenanza. En el ámbito del poder normativo municipal, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la tensión existente entre esa regla del Estado de Derecho (reserva de ley) y las exigencias del principio democrático [con carácter general, las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el pleno del ayuntamiento— con legitimidad democrática directa; art. 22.2 d) LBRL] se solucione con una flexibilización de la reserva de ley, por ejemplo, en materia tributaria (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 10 y 18) y en materia sancionadora (art. 25.1 CE) (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6), flexibilización que recorta el espacio de lo que necesariamente debe ser regulado por ley y amplía el de lo que se puede regular por ordenanza.

52. Los argumentos del Tribunal Constitucional —antes o después— podrían generalizarse para otros derechos fundamentales, distintos del reconocido en el artículo 25.1 CE. Por eso, se ha llegado a sostener con buenos argumentos que, siempre que la ley identifique, al menos, el interés público de competencia municipal que el legislador permite que entre en conflicto y sirva de límite a un derecho fundamental (propiedad, libertad de empresa, etc.), será posible al poder de ordenanza **ponderar** para decidir sobre la prevalencia de los principios en conflicto (el derecho fundamental o el interés público) para resolver "ajustes singulares", esto es, **"conflictos concretos que tienen que solucionarse a nivel local"** entre derechos fundamentales e intereses públicos que deban ser garantizados por los municipios (ORTEGA, 2014: 193-219). En contra de esta tesis, sin embargo, la STS de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:693, anuló la prohibición por Ordenanza del Ayuntamiento de Lleida del acceso con velo integral a diversas instalaciones municipales.

7. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

53. Si "oscuridad" y "desorientación" son términos con los que se ha presentado, en ocasiones, el primer acercamiento a la costumbre en el ámbito del Derecho civil (DE CASTRO, 1949: 363), hay motivos para pensar que conceptos más rotundos son apropiados para describir la cuestión en el campo del Derecho administrativo. En efecto, si se acepta que por costumbre se entiende un conjunto de reglas que tienen su origen, precisamente (y por definición), **fuera del Estado, en la sociedad**, cuestiones como el valor vinculante o no del precedente [la decisión anterior de un órgano (estatal) administrativo con respecto a un caso análogo posterior] y de la jurisprudencia (la decisión anterior de un órgano —estatal— judicial con respecto

a un caso análogo posterior) caen, por lo pronto, fuera del tratamiento de la costumbre en sentido propio.

54. Y el problema se plantea entonces directamente con la pregunta: ¿es posible aceptar que, en defecto de ley escrita, la Administración deba decidir ateniéndose a reglas creadas no por el Estado, sino por las fuerzas sociales (los comerciantes de una comarca o los cabezas de familia de un pueblo)? O, dicho de otra manera: **¿rige el artículo 1.3 CC para el Derecho administrativo?** La respuesta positiva no es ninguna evidencia. En otras ramas del Derecho, como el Derecho penal, por ejemplo, una sencilla argumentación con apoyo en el principio de legalidad (art. 25.1 CE) hace obvia la respuesta negativa. El contexto de la regulación constitucional de la actuación administrativa también parece sugerir la respuesta negativa para el Derecho administrativo.

55. La reserva de ley en el ámbito del Derecho administrativo expresa el mínimo de regulación jurídica que impone la Constitución para cada ámbito de actuación administrativa. Cubierta la reserva de ley y en ausencia de más ley (o reglamento) escrita (tras la búsqueda de principios aplicables, si los hay —como se explicará después—), la Constitución no tiene reparo en aceptar que **la Administración decida discrecionalmente** construyendo su "norma de conducta" con criterios (ya no jurídicos, sino) de oportunidad (técnicos, de eficiencia, políticos, o los propios usos tradicionales, ¿por qué no?). Actuar discrecionalmente significa ejercer el poder de elegir los criterios directivos de la actuación, nunca decidir sin criterios (BACIGALUPO, 1997: 188 y ss.) (*supra* § 5.58). Esos criterios de oportunidad podrán venir dados por los órganos de dirección política (con mayor legitimidad democrática que la de la Administración) y de su uso se podrá rendir cuentas también por vías de control democrático.

56. Esta respuesta a la pregunta de qué hace la Administración en ausencia de ley escrita es más conforme con la **posición constitucional de la Administración** y con el **principio democrático** (art. 1.1 CE) que el sometimiento de la actuación administrativa en ese caso a reglas creadas por grupos asimétricos de ciudadanos y fuerzas sociales que nada tienen que ver con el "pueblo" en sentido propio. Tampoco es difícil caer en la cuenta de lo que se gana en términos de **seguridad jurídica** (art. 9.3 CE) para el Derecho administrativo si se despeja de esta manera el oscuro problema de la aplicación de la incierta costumbre en ausencia de ley escrita reguladora de la actividad administrativa.

57. Distinta de la remisión genérica a la costumbre como fuente subsidiaria de primer grado (art. 1.3 CC) es la **concreta remisión por determinadas leyes a reglas individualizadas** que se aplican para regular aspectos diversos de las relaciones sociales en que interviene la Administración. Hay en estos casos —no en el anterior— una concreta decisión del legislador democrático sobre los criterios (consuetudinarios) que se consideran adecuados para dirigir la actuación administrativa.

58. Pueden citarse como ejemplos: artículo 29.3 LBRL (usos, costumbres y tradiciones locales relativas al régimen del concejo abierto); artículo 103.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) (normas consuetudinarias sobre el apro-

vechamiento de bienes comunales); artículo 19.3 y 4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ (en relación con el art. 125 CE) (Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y Consejo de Hombres Buenos de Murcia como tribunales consuetudinarios y tradicionales); artículo 85 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (organización tradicional de los jurados o tribunales de riego); artículo 23.4 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (reglamentación de determinadas modalidades de caza conforme a los usos y costumbres del lugar), etc. Pueden verse más ejemplos en SANTAMARÍA (1988: 341-342).

8. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

59. El constituyente español de 1978 (que —como ya se ha dicho— renunció a adoptar todas las decisiones relativas al sistema de fuentes) atribuyó la importante función de determinar cuáles son las fuentes del Derecho (y el orden de prelación entre ellas) a la ley estatal —o autonómica, allí donde existan Derechos forales o especiales— (art. 149.1.8 CE). Por lo que se refiere a los principios generales del Derecho, desde 1974, el art. 1.1 CC dispone que "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho"; y, según el artículo 1.4 CC, "los principios generales del Derecho se aplicarán **en defecto de ley o costumbre**, sin perjuicio de su **carácter informador** del ordenamiento jurídico". Los principios generales del Derecho son —hay casi tantas definiciones como autores que han escrito sobre ellos— el conjunto de criterios valorativos (escritos —explícitos o implícitos en las normas positivas— o no escritos) sobre los que se fundamenta un ordenamiento jurídico o cada una de sus partes.

60. Solo los principios no escritos son fuente subsidiaria del Derecho. En la primera parte del artículo 1.4 CC los principios generales son fuente del Derecho subsidiaria: norma no escrita que se aplica si, para que la Administración decida sobre un caso, no hay ley (norma escrita) aplicable. En este precepto, por tanto, la distinción clave es la que separa la norma escrita de la no escrita; y se parte de la base de que los principios que se aplican con el carácter de fuente subsidiaria son los no escritos.

61. Los **principios positivizados** ocupan, sin embargo, **el lugar de la norma en que estén contenidos**. Existen principios jurídicos positivizados (recogidos en normas escritas), tanto en la ley [por ejemplo, art. 3.1 e) LRJSP: principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional, como normas vinculantes para la Administración], como en la Constitución (por ejemplo, los principios del artículo 9.3 CE: seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Esos principios contenidos en la ley o en la Constitución ya no son normas subsidiarias, son "ley" en el sentido del artículo 1.1 CC: normas escritas de aplicación directa primaria, que ocupan en las fuentes del Derecho, precisamente, el lugar que corresponde a la ley o a la Constitución en las que están expresados.

62. Por ejemplo, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), con ayuda del cual se ha llevado a cabo la parte más importante del control judicial de la discrecionalidad de la Adminis-

tración, no es fuente subsidiaria, sino que es "ley" directa y primariamente aplicable, en el sentido del artículo 1.1 CC.

63. Con la expresión **"carácter informador"** de la segunda parte del artículo 1.4 CC se hace referencia a la función de los principios de constituir el fundamento de todo el sistema jurídico (o de alguno de sus subsistemas) y de contener, en consecuencia, directivas vinculantes para la interpretación de las normas escritas. Esa función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico y de proporcionar pautas de interpretación corresponde —aunque en formas, posiblemente, distintas— tanto a los principios no escritos (de la primera parte del art. 1.4 CC), como a los escritos (por ejemplo, los principios constitucionales del art. 5.1 LOPJ). En virtud de esa función de los principios puede hablarse de un "sistema de Derecho administrativo" (*supra* § 2.50).

64. Decir del ordenamiento jurídico, en general, o del ordenamiento jurídico–administrativo, en particular, que constituyen un **sistema** significa llamar la atención sobre dos características de esos conjuntos normativos: **el orden y la unidad**. La idea de orden se refiere a una coherencia valorativa interna racionalmente verificable en el conjunto de las normas particulares del sistema; y la de unidad a que las múltiples partes individuales han de poder reconducirse a unos cuantos principios "informadores" relevantes.

65. Es prioritariamente la **función informadora** de los principios generales del Derecho la causa de ese orden y de esa unidad (CANARIS, 1998: 20-26). La función que corresponde al jurista teórico en la construcción de su parcela del Derecho consiste, en buena medida, en mostrar las conexiones de sentido existentes entre regulaciones positivas parciales en torno a las ideas valorativas contenidas en los principios generales que "informan" su disciplina; y en mostrar, también, la conexión existente entre unos principios "más generales" con otros que se derivan de ellos. Por ejemplo, la protección de la confianza es un subprincipio del más general de seguridad jurídica; de la misma manera que la seguridad jurídica se deriva del principio del Estado de Derecho (arts. 1.1 CE y 2 TUE). Los principios, como criterios informadores, son fuente de la unidad interna del ordenamiento.

66. Los principios generales del Derecho administrativo se han utilizado para interpretar el artículo 103.1 CE, que somete la actuación administrativa plenamente "a la ley y al Derecho". Aceptar para los principios generales del Derecho el cumplimiento de las tres funciones a las que acaba de aludirse (fundamentos del ordenamiento jurídico, directivas orientadoras de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de la ley) (DE CASTRO , 1949: 427-429) significa también aceptar que el ordenamiento jurídico es algo más que la mera yuxtaposición del conjunto de preceptos contenidos en la ley escrita; que hay algo que hace distintos "la ley", sin más, y "el Derecho", que tiene más contenido que el sumatorio de aquella. Eso que hace del Derecho un círculo normativo más amplio que el delimitado por la ley positiva son los principios generales del Derecho. Constituye opinión generalizada que esta concepción del ordenamiento jurídico administrativo, según la cual **el sistema normativo** que rige la actuación de la Administración no se contiene sólo en los preceptos de la ley, sino que éstos se integran con los **principios, para dar lugar al Derecho** que vincula la actividad administrativa, se ha constitucionalizado —si-

guiendo el modelo del artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn— en el artículo 103.1 CE: la Administración actúa "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA

67. Si la adopción de una decisión administrativa en aplicación de una norma jurídica se explica como el resultado de un proceso de progresiva concreción del texto inicial de esa norma aplicable hasta referirlo óptimamente al caso sobre el que debe decidirse, es fácil caer en la cuenta de que lo que se conoce como **"precedente"** en el ámbito del Derecho administrativo consiste en volver a utilizar, para adoptar una decisión ahora, el **criterio determinante que ya concretó la norma** para hacerla aplicable a un caso en el pasado, caso que debe ser igual en lo relevante a aquel sobre el que hay que decidir en el presente.

68. Puede ponerse el ejemplo de la aplicación por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación de la norma que dispone que para recibir la acreditación como profesor contratado doctor se requiere que quien la solicite cuente, entre otras cualificaciones, con **"suficientes méritos de investigación"**. A una solicitante de dicha acreditación ya se le aplicó el criterio de que **ocho artículos publicados en revistas de prestigio** son "suficientes méritos" de ese tipo. El criterio de concreción de la norma que ya ha sido utilizado puede ser considerado "precedente" para decisiones futuras en casos semejantes en lo relevante.

69. No hace falta justificar con detenimiento que la utilización de los mismos criterios con los que se concretó una norma en el pasado para decidir sobre casos semejantes **facilita el trabajo** de la Administración y otorga a la decisión presente la **legitimidad** que procede del sencillo argumento de que "ya se ha decidido así en otra ocasión", lo que se sitúa a medio camino entre el argumento de autoridad y el de que casos iguales deben resolverse con los mismos criterios, porque la clave de la corrección de un criterio decisorio es su **universabilidad** (DÍEZ, 2008: 337-339).

70. Un criterio de concreción de la norma aplicable por la Administración puede haber sido utilizado por **la propia Administración** en decisiones anteriores o por **un órgano judicial** al resolver algún conflicto. Se plantea, por eso, la necesidad de distinguir entre el precedente administrativo y el precedente judicial.

71. Empecemos con la relación entre el **precedente judicial** y la actuación administrativa. La cuestión relativa a la validez de la decisión administrativa que se separa de un precedente judicial puede abordarse en torno al debate sobre la siguiente pregunta: ¿está vinculada la Administración a los criterios de concreción de las normas de los órganos judiciales que conocen de los recursos contra la actuación administrativa?

72. En vano se busca una respuesta clara a esta cuestión en la Constitución. En ella se establece que debe existir un control judicial de la actividad administrativa (art. 106.1 CE), pero nada se dice sobre la **vinculación de la Administración al Derecho judicial** (a los criterios de concreción del Derecho utilizados por los órganos

judiciales en las resoluciones que dictan al controlar aquella actividad). Los órganos judiciales ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Las partes del proceso quedan vinculadas a lo juzgado por la fuerza de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, que es una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (por todas, STC 200/2003, FJ 2). Pero el juez es en la Constitución un órgano aplicador de normas (como lo es la Administración) y no creador de Derecho.

73. No obstante, también debe tenerse en cuenta —como ya se ha expuesto— que la Administración está sometida no solo a la ley, sino también "al Derecho" (art. 103.1 CE). Pero la cuestión vuelve a ser, entonces, la misma: **¿son Derecho para la Constitución los criterios con los que los órganos judiciales concretan las normas que aplican?** La respuesta, en realidad, no hay que buscarla en la Constitución, que, como *norma normarum*, es cierto que regula buena parte del sistema de fuentes, pero no todo lo que se refiere al sistema de fuentes.

74. De concretos preceptos legales puede deducirse que el legislador ha querido que los criterios de concreción de las normas del ordenamiento jurídico establecidos en sentencias dictadas por un concreto procedimiento (el de la **casación contencioso–administrativa**) y por determinados órganos (el **Tribunal Supremo**, en términos generales, para el Derecho de la Unión Europea y del Estado; y las Salas de lo Contencioso–administrativo de los **tribunales superiores de justicia**, en general, para el Derecho autonómico y local) sean tenidos por **Derecho vinculante** para la Administración cuando esta ha de decidir sobre casos a los que esos criterios que concretan la norma sean aplicables.

75. Los artículos 1.6 CC (la **jurisprudencia** del Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico), y 87 bis.2 y 88.1 LJCA (la infracción de un criterio fijado por la jurisprudencia determina la nulidad de una sentencia) se explican correctamente si se entiende que **los criterios fijados por la vía del recurso de casación** para concretar el Derecho son *Derecho* (en el sentido del art. 103.1 CE) y, como tal, también vinculan a la Administración (SANTIAGO, 2021: 141 y ss.).

76. Por lo que atañe a los demás órganos judiciales de la jurisdicción contencioso–administrativa, en ocasiones se ha sostenido que la independencia judicial, garantizada por el artículo 117.1 CE, es contraria a que los órganos judiciales inferiores queden vinculados por la jurisprudencia de los superiores. Sin embargo, parece más adecuado sostener que la ley (el art. 1.6 CC y los preceptos reguladores del recurso de casación en la LJCA) puede convertir en vinculantes para aquellos órganos judiciales inferiores los criterios con los que el Tribunal Supremo concreta una norma, haciendo así desaparecer el margen de indeterminación del texto legal, sin que ello suponga ningún atentado contra la **independencia judicial (art. 117.1 CE)**. La independencia judicial no es un *prius* con respecto al ordenamiento jurídico, sino al contrario: el *prius* es el ordenamiento jurídico y, después, viene la independencia judicial. El ordenamiento jurídico no tiene que retraerse para dejar espacio a la independencia judicial, sino que la independencia judicial empieza donde acaba el ordenamiento jurídico.

77. Sin embargo, no se puede hablar de jurisprudencia vinculante en relación con el criterio que adopte un órgano judicial en **cualquier otro recurso distinto del de casación**. La Administración no está vinculada a utilizar ese criterio judicial de concreción de la norma aplicable en el caso B, aunque en el caso A (anterior y seme-

jante al caso B) fuera estimado el recurso judicial que se interpuso contra la decisión administrativa con fundamento, específicamente, en la incorrección del criterio con el que la Administración concretó la norma.

78. No obstante, cabría decir que del **principio de seguridad jurídica** (art. 9.3 CE) puede derivarse una directiva que obliga a la Administración a actuar de una forma tal que evite la estimación de recursos contra sus decisiones (y los perjuicios que, precisamente, esa estimación tiene para la estabilidad de las situaciones jurídicas declaradas por acto administrativo). Solo en esta medida puede afirmarse que el órgano administrativo ha de seguir el criterio fundado del órgano judicial competente para controlar sus decisiones, lo que es especialmente relevante en el supuesto de los "procesos en masa" (cadenas de asuntos semejantes o idénticos en materia sancionadora, tributaria, de personal, etcétera).

79. Debe ahora dirigirse la atención al **precedente administrativo**. El criterio con el que la Administración concretó la norma en el caso anterior A no vincula directamente a la Administración al adoptar la decisión en el caso B, posterior y semejante. Pero el eventual cambio de criterio puede indirectamente determinar la invalidez de la decisión del caso B a través de su integración en el supuesto de hecho de ciertas normas de control utilizadas por los órganos judiciales para revisar este tipo de comportamiento de la Administración: si **no se motiva** suficientemente la separación del criterio seguido en actuaciones precedentes [art. 35.1 c) LPAC]; o si concurren los requisitos para considerar que el cambio de criterio vulnera el **principio de igualdad** en la aplicación de la ley (art. 14 CE), la **interdicción de la arbitrariedad** (art. 9.3 CE) o la **protección de la confianza legítima** (principio derivado de la seguridad jurídica, art. 9.3 CE) (DÍEZ, 2008: 244 y ss.).

80. Con perfiles muy difusos se presenta tradicionalmente el requisito de la **reiteración** del precedente administrativo para que se desencadene ese efecto vinculante, aunque flexible e indirecto. Si lo que el ordenamiento pretende proteger como principio de fondo es la seguridad jurídica o la confianza legítima, puede explicarse que se requiera una reiteración que es la que genera la expectativa de que se va a seguir decidiendo con el criterio con el que se ha decidido habitualmente. Si el valor al que se pretende servir, sin embargo, es el de la igualdad en la aplicación de la ley, no tiene sentido exigir la reiteración: la Administración ya vulnera la igualdad cuando —en concurrencia también con otros requisitos— trata de forma desigual a dos sujetos, sin más; no es necesario que el último se compare con un grupo de casos anteriores.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. Bibliografía citada

Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Claus–Wilhelm CANARIS, *El sistema en la Jurisprudencia* (trad. esp. de 1998 la 2ª ed. alemana *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), Civitas, Madrid, 1983.

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009.
Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ, *La reserva de ley en la transposición de las directivas europeas*, Iustel, Madrid, 2016.
Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Mohr Siebeck, Freiburg i. B, 1887.
Paul LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde*, Guttentag, Berlin, 1871.
Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, tomo 2, Laupp, Tübingen, 1878.
Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Derecho administrativo y Derecho internacional", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo, vol. I, Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 665-742.
Blanca LOZANO CUTANDA, "Introducción al Derecho ambiental y a la intervención administrativa para la protección del medio ambiente", en Blanca LOZANO CUTANDA y Juan–Cruz ALLI TURRILLAS, *Administración y legislación ambiental*, 9ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 99-y ss.
Julia ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1988.
Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KKK, Oviedo, 2016.
Diana SANTIAGO IGLESIAS, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo. Un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, "El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 161-206.
Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ceura, Madrid, 1988.
Marc TARRÉS VIVES, "Las normas técnicas en el Derecho Administrativo", *Documentación Administrativa*, núms. 265-266, 2003.
Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

10.2. Bibliografía complementaria recomendada

Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1988.
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 183-208
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L07
© Dolores Utrilla Fernández–Bermejo
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 7

SITUACIONES SUBJETIVAS Y RELACIONES JURÍDICAS

Dolores Utrilla Fernández–Bermejo
Universidad de Castilla–La Mancha

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SUJETOS: 2.1. Administración; 2.2. Sujetos privados. —3. SITUACIONES SUBJETIVAS: 3.1. Situaciones activas o de poder: *3.1.1. Potestad; 3.1.2. Derecho subjetivo; 3.1.3. Interés legítimo;* 3.2. Situaciones pasivas o de deber: *3.2.1. Sujeción; 3.2.2. Obligación; 3.2.3. Deber; 3.2.4. Carga.*—4. RELACIÓN JURÍDICO–ADMINISTRATIVA.—5. TIPOS ABSTRACTOS DE RELACIONES JURÍDICO–ADMINISTRATIVAS: 5.1. Relaciones *ad intra* y *ad extra*; 5.2. Relaciones bipolares y multipolares; 5.3. Relaciones materiales y procedimentales; 5.4. Relaciones instantáneas y continuadas; 5.5. Relaciones de sujeción general y de sujeción especial.—6. BIBLIOGRAFÍA; 6.1. Bibliografía citada; 6.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. INTRODUCCIÓN

1. Existen **dos maneras ideales de aproximarse al Derecho administrativo**. La primera de ellas, que puede calificarse como aproximación en clave o **perspectiva objetiva**, se fija prioritariamente en el estatuto y la actuación de la Administración pública considerada en relación con el ordenamiento jurídico o Derecho objetivo. Se trata, por tanto, de un enfoque analítico en el que las nociones centrales son las de legalidad y control, y en el que los sujetos que interactúan con la Administra-

ción no son contemplados prioritariamente como partes activas de dicha interacción, sino como meros objetos de la actuación administrativa. La segunda perspectiva de análisis, que cabe calificar como aproximación en clave o **perspectiva subjetiva**, contempla la realidad jurídica poniendo el foco de atención en las interacciones intersubjetivas (esto es, entre sujetos) disciplinadas por las normas de esta rama del ordenamiento. Se fija sobre todo en las situaciones subjetivas correlativas —de poder y de deber— que el Derecho atribuye a esos sujetos, así como en la manera en que tales situaciones surgen, se despliegan a lo largo del tiempo y se extinguen.

2. Cada uno de estos ángulos de análisis se sirve de **estructuras ordenadoras características**. La perspectiva objetiva se apoya sobre estructuras prioritariamente dirigidas a formalizar el ejercicio del poder público. Se trata, fundamentalmente, de la teoría de las **formas de actuación de la Administración** (reglamento, acto, contrato, etc.) y, en menor medida, de los **tipos de actividad administrativa** (ordenación, prestación, fomento…). Por su parte, la perspectiva subjetiva utiliza como estructura de ordenación la **relación jurídico–administrativa**, cuyas partes son sujetos (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas) y cuyo contenido está integrado por las situaciones jurídicas correlativas de los mismos (derechos y deberes, entendidos aquí estos conceptos en sentido amplio).

3. Esta distinción entre análisis subjetivo (instrumentado a través de la relación jurídica) y análisis objetivo (canalizado mediante las formas y tipos de actividad administrativa) es una **dicotomía ideal o extrema**. En realidad, se trata de perspectivas e instrumentos ordenadores **perfectamente compatibles y necesariamente complementarios entre sí**, en tanto que formas de observación y explicación de una misma realidad. Lo verdaderamente relevante no consiste en «optar» por un Derecho administrativo explicado en el lenguaje subjetivo de la relación jurídica o en el lenguaje objetivo de las formas y tipos de actividad administrativa, sino en «combinar» ambos enfoques de manera que pueda aprehenderse y racionalizarse del modo más completo posible el Derecho administrativo contemporáneo.

4. Por motivos históricos, existe en **España** una fuerte tendencia a contemplar el Derecho administrativo desde una **perspectiva objetiva** y, por tanto, su regulación, aplicación y explicación teórica se apoya fundamentalmente en la clasificación de las formas de actuación de la Administración y en los tipos de actividad administrativa. Por este motivo, en este libro se presta amplia atención a estas cuestiones (§§ 15-21 y §§ 22-27, respectivamente). Sin embargo, y como se verá a lo largo de esta obra, a esta construcción lógico–formal subyacen en todo caso, como **realidades jurídicas sustantivas**, distintos tipos de relaciones jurídicas entre la Administración y los sujetos que interaccionan con ella, que condicionan y guían la creación y aplicación del Derecho administrativo.

5. La **finalidad** de esta lección es presentar las nociones elementales necesarias para identificar, analizar y ordenar tales relaciones jurídicas. Para ello, su contenido se **estructura** del modo siguiente. Se estudian, en primer lugar, los sujetos que se someten a las normas de Derecho administrativo (*infra* § 7.6). A continuación se examinan los tipos principales de situaciones jurídicas en las que tales sujetos pueden encontrarse por efecto de dichas normas (*infra* § 7.10). Y, en tercer lugar, se estudian las relaciones jurídicas que se traban entre ellos. En este último punto, nuestro estudio

se limitará a acotar el concepto de relación jurídico–administrativa (*infra* § 7.62) y a trazar una clasificación elemental de sus principales tipos abstractos (*infra* § 7.71).

2. SUJETOS

2.1. Administración

6. Los sujetos a los que prioritariamente se dirigen las normas de Derecho administrativo son las Administraciones públicas. Como sujeto de este tipo de normas y, por lo tanto, como parte de las relaciones jurídicas gobernadas por ellas, el concepto de Administración ha de entenderse en sentido muy amplio. Incluye no sólo a las entidades públicas con personalidad jurídica propia (**entes públicos** o Administraciones en sentido estricto: *infra* § 8.21) sino también a sus divisiones internas, formalmente carentes de personalidad jurídica (**órganos:** *infra* § 8.43). Asimismo, se incluye en dicho concepto a otros sujetos en la medida en que **ejercen funciones administrativas** (el llamado «aparato administrativo» del resto de los poderes públicos, las entidades privadas del sector público, las corporaciones de Derecho público, los concesionarios del sector público, etcétera).

2.2. Sujetos privados

7. Además de los órganos y entes públicos, las normas de Derecho administrativo suelen tener como como destinatarios a círculos más o menos amplios de **personas físicas o jurídicas** privadas (particulares, sociedades mercantiles, asociaciones, etc.), entendiendo por tales a todas aquellas que gocen de **capacidad jurídica**, esto es, de capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones.

8. Un concepto similar pero no idéntico es el de **"administrado"**, término tradicionalmente empleado en el Derecho administrativo para aludir a cualquier sujeto de Derecho que es destinatario del ejercicio de una potestad administrativa. El concepto de administrado sigue siendo útil en la medida en que quienes se relacionan con la Administración no solamente son sujetos privados, sino que pueden ser también otros entes u órganos públicos (así, por ejemplo, un ayuntamiento puede girar una declaración del impuesto sobre bienes inmuebles al Estado con motivo de un inmueble que éste posea dentro del territorio municipal). Con todo, desde hace varias décadas se observa una tendencia al **paulatino abandono** del concepto de administrado debido, por una parte, a su incapacidad para expresar con claridad la situación de quien se relaciona con la Administración (que no es una mera situación pasiva o de sometimiento, sino que incluye también posiciones activas o de poder) y, de otro lado, a su impronta autoritaria (pues suele criticarse que la noción remite a la consideración de las personas como "súbditos" del poder público).

9. Los sujetos privados pueden operar válidamente en el tráfico jurídico ejercitando tales derechos y obligaciones cuando gocen de **capacidad de obrar**. Ésta se rige, en principio, por las normas civiles [art. 3.a) LPAC], pero presenta importantes especialidades en el ámbito del Derecho administrativo. Por una parte, con carácter general gozan de ella los **menores de edad** para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico

sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, exceptionado el supuesto de los menores incapacitados cuando la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate [art. 3.b) LPAC]. De otro lado, gozan de capacidad de obrar, cuando una ley así lo declare expresamente, los **grupos de afectados**, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos [art. 3.c) LPAC]. Todo ello sin perjuicio de que la capacidad de obrar de determinados sujetos privados pueda ser **limitada o excluida** por las normas administrativas, que serán las de alcance sectorial, pues el Derecho administrativo general carece de una regulación unitaria de las causas limitativas o excluyentes de la capacidad de obrar [así, dependiendo del tipo de relación jurídica de que se trate, pueden modificar o excluir la capacidad de obrar factores como la edad, la nacionalidad, la (in)solvencia o la enfermedad, entre otros].

3. SITUACIONES SUBJETIVAS

10. Las situaciones subjetivas son las distintas **posiciones recíprocas de poder y deber** en que pueden encontrarse los sujetos que forman parte de una relación jurídica. La teoría de las situaciones subjetivas presenta en el Derecho administrativo un **alto nivel de complejidad**. Ello es consecuencia del tradicional entendimiento de que el interés público protegido por la norma de Derecho administrativo objetivo puede justificar la ruptura de la correlación entre derecho y obligación —prototipo de la relación jurídica de Derecho privado— y, con ello, dar lugar al surgimiento de otras posibles combinaciones de poder y de deber.

11. Aunque aquí se estudian las situaciones subjetivas como contenido de las relaciones jurídico–administrativas, ha de tenerse en cuenta que aquéllas pueden existir también **al margen de la relación jurídica**, pues las normas de Derecho objetivo pueden atribuir directamente situaciones de poder o deber a determinadas categorías de sujetos con carácter previo a la constitución de una relación jurídica concreta; así sucede, por ejemplo, con los llamados deberes legales, o con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

12. La **clasificación** de las situaciones jurídicas subjetivas más extendida (y a la que se atenderá aquí) es la que distingue entre situaciones **activas** o favorables (situaciones de poder) y situaciones **pasivas** o desfavorables (situaciones de deber). En el ámbito del Derecho administrativo, parte de la doctrina introduce un *tertium genus*, refiriéndose a la existencia de «situaciones intermedias» (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015: 32-33) o "situaciones mixtas y complejas" (SANTAMARÍA, 1988: 875), que implican a la vez poderes y deberes para un mismo sujeto y que, por lo tanto, no son sino combinaciones de las posiciones puras de poder y de deber. Por ejemplo, las leyes de suelo atribuyen a los propietarios el derecho a edificar sobre sus parcelas y conforme al planeamiento urbanístico, pero al mismo tiempo les imponen el deber de efectivamente edificar dentro del plazo que fije el plan [así, art. 18 b) de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, del Suelo]. En el mismo sentido, conforme al artículo 6.1 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de

marzo, del Sistema Universitario, "la docencia constituye, asimismo, un derecho y un deber del personal docente e investigador".

3.1. Situaciones activas o de poder

3.1.1. Potestad

13. El concepto de potestad alude a toda situación de poder atribuida y tasada por el Derecho objetivo que habilita a su titular para **intervenir de modo unilateral** en la esfera jurídica de otros sujetos, sea bien a través de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas (potestades innovativas) o bien mediante la conservación o tutela de las preexistentes (potestades conservativas). En Derecho administrativo las potestades se atribuyen normalmente a una Administración pública, aunque no se pueden descartar potestades atribuidas a sujetos privados.

14. Ejemplo de potestades que permiten la creación o extinción de situaciones jurídicas son la potestad reglamentaria (art. 97 CE), la potestad subvencional (art. 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, LGS) o la potestad sancionadora (art. 25.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP). Como ejemplo de potestad para la conservación de una situación jurídica se puede mencionar la potestad de recuperación posesoria de los bienes públicos (art. 41.1.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP) o la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos (art. 99 LPAC).

15. La **delimitación** del concepto de potestad suele realizarse mediante su confrontación con el derecho subjetivo, pues ambos definen situaciones subjetivas de poder que se diferencian entre sí en virtud de su origen, su objeto, y el interés jurídicamente protegido a través de su reconocimiento (ROMANO, 2002: 173-174).

16. La potestad tiene su **origen** en una norma que, además de configurarla, la atribuye en concreto, se trate de norma con rango de ley (potestades heteroatribuidas) o rango reglamentario (potestades autoatribuidas, en el caso de las administrativas), posibilidad esta última limitada por el juego de los principios de legalidad y reserva de ley (por ejemplo, el art. 33.1 CE reserva a la ley la atribución de potestad expropiatoria a la Administración; y el art. 133.1 CE hace lo propio con la potestad tributaria). Por el contrario, el derecho subjetivo puede tener su origen, además de en una norma, en actos jurídicos concretos adoptados en ejercicio de una potestad. Por ejemplo, del contrato administrativo de concesión de obras nace el derecho subjetivo del concesionario a la explotación de las obras que ejecute (art. 14.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP).

17. El **objeto** de la potestad es de carácter genérico, pues esta consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o un colectivo de sujetos. Por el contrario, el objeto del derecho subjetivo es necesariamente específico, concreto y determinado, ya que consiste en la posibilidad de realizar una conducta u omisión determinadas frente a uno o varios sujetos específicos. Por este motivo, a diferencia de lo que sucede con el derecho subjetivo (que tendría siempre como correlato en el plano pasivo a una obligación), la potestad no supone la existencia de otro sujeto específicamente obligado respecto de su titular, sino que tiene como correlato en el plano pasivo una mera situación de sujeción de los círculos genéricos de sometidos a ella, esto es, un deber pasivo de soportar en la propia esfera jurídica los efectos (favorables y/o desfavorables) del ejercicio legítimo de la potestad.

18. Por lo que atañe al **interés protegido**, la potestad es un poder fiduciario, esto es, una situación activa dirigida a velar por el interés de un sujeto distinto del de su titular. Por el contrario, el derecho subjetivo protege un interés del propio sujeto al que se reconoce su titularidad. Esta circunstancia viene

a matizar el carácter meramente activo o de poder de la potestad, determinando que ésta sea en puridad un poder funcional, en tanto que su reconocimiento para la protección de un interés ajeno convierte a su ejercicio en obligatorio para su titular cuando así lo requiera aquel interés.

19. Cuanto acaba de decirse explica que la potestad, a diferencia de lo que sucede con el derecho subjetivo, sea **inmodificable** por la voluntad de su titular, **inalienable**, **irrenunciable** e **imprescriptible** (aunque, bajo determinadas condiciones, quepa la delegación y la caducidad de su mero ejercicio).

20. La potestad es una situación subjetiva característica del Derecho administrativo, pero no es privativa de él, sino que existe también en **otros ámbitos del Derecho** público y, en mucha menor medida, en el Derecho privado. En el ámbito público, las potestades se reparten entre la Administración y el resto de los poderes públicos: así, la potestad reglamentaria y las inherentes a la función ejecutiva (art. 97 CE), la potestad legislativa (art. 66.2 CE), la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) o la potestad de control de constitucionalidad de las leyes (art. 161.1 CE). Subsisten, con todo, algunas potestades en manos privadas, normalmente inherentes a la posición de mando que determinadas personas ostentan en el seno de organizaciones de este carácter (como la patria potestad en el ámbito familiar y las potestades estatutaria, organizatoria y disciplinaria en las personas jurídicas).

21. Por lo que se refiere estrictamente a las **potestades administrativas**, éstas ostentan en el Derecho español contemporáneo un significado marcado por su indisoluble conexión con el **modelo constitucional de Administración** pública que resulta de la vigencia de las cláusulas de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE); significado que difiere notablemente del que les atribuían el Derecho administrativo y la doctrina académica preconstitucionales (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2025).

22. La ligazón de la potestad administrativa con las cláusulas de **Estado social** y de **Estado democrático** se expresa en el imperativo constitucional de que aquella se dirija en todo caso a la protección —eficaz— del **interés general** (art. 103.1 CE), interés cuya identificación, que corresponde a los poderes públicos dotados de legitimidad democrática, ha de realizarse procurando que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). Ello conlleva, en sentido positivo, convertir en obligatorio el ejercicio de las potestades administrativas cuando el interés general lo exija y, en sentido negativo, prohibir su uso para fines distintos de los generales. Esta última consecuencia se plasma en la consagración positiva del fin de las potestades como instrumento de control judicial de la actuación administrativa (arts. 106.1 CE y 70.2 LJCA) y en la configuración de la desviación de poder como causa de su invalidez (arts. 47.2 y 48 LPAC).

23. En cuanto a la cláusula de **Estado de Derecho**, la figura técnica de la potestad administrativa se encuentra íntimamente unida, por una parte y como ha venido destacándose desde los orígenes del Derecho administrativo, con el **principio de legalidad**, entendido aquí en el sentido amplio de sujeción de la Administración al Derecho objetivo (y, primariamente, a la ley) que supone la sumisión del poder público a límites normativos ciertos, vinculantes y previamente establecidos. Se afirma que la potestad es el concepto capital para explicar la relación entre Administración

y legalidad porque, en el Estado de Derecho, la supremacía del poder público no es genérica e ilimitada, sino que se concreta en la figura de la potestad como conjunto de poderes establecidos, limitados y tasados por el Derecho objetivo. En nada obsta a esta afirmación la densidad variable con que la ley puede regular las condiciones de ejercicio de las potestades administrativas y la consiguiente distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales (*supra* § 5.8 y 5.11).

24. De otro lado, la figura de la potestad se encuentra también estrechamente vinculada con el principio, asimismo derivado de la cláusula de Estado de Derecho, de **control judicial** de la Administración (arts. 24.1 y 106.1 CE). Ahora bien, los términos de la relación entre potestades administrativas y control judicial han sufrido profundas modificaciones a lo largo del tiempo, que han determinado una paralela transformación del significado técnico–jurídico del concepto de potestad administrativa.

25. Hasta la entrada en vigor de la Constitución se fraguó un modelo de Derecho administrativo que concebía como característica inherente de las potestades administrativas —en puridad, de los actos dictados en su ejercicio— la prerrogativa de la hoy llamada **autotutela administrativa**, esto es, el poder atribuido a la Administración para adoptar declaraciones de derechos capaces de alterar situaciones jurídicas o estados posesorios (autotutela declarativa), así como para vencer la eventual resistencia al cumplimiento mediante la ejecución coactiva de tales declaraciones (autotutela ejecutiva), sin necesidad de intervención judicial y, por lo tanto, desplazando hacia los particulares la carga de impugnar la decisión administrativa para intentar evitar sus efectos.

26. A partir de la entrada en vigor de la **Constitución de 1978**, la consagración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha alterado esta concepción. En tanto que supone un límite a este derecho fundamental, la autotutela ha dejado de ser un atributo genético y necesario de las potestades administrativas. Sin embargo, el mismo puede ser previsto por el legislador por motivos de eficacia (art. 103.1 CE), posibilidad que tiene como límite la prohibición de que, atendiendo al objeto y contexto de la potestad en cuestión, ello restrinja de modo desproporcionado otros bienes jurídicos de rango constitucional y, muy en particular, el ya citado derecho a la tutela judicial efectiva (STC 22/1984, FJ 4). En todo caso, la autotutela, allí donde ha sido mantenida por las leyes, ha visto limitado su alcance por efecto de dicho derecho fundamental, pues el mismo resulta vulnerado cuando la ejecución del acto se produce imposibilitando el acceso a la tutela judicial o el pronunciamiento de los órganos judiciales acerca de la tutela cautelar que hubiese sido solicitada (STC 78/1996, FJ 3).

27. El legislador postconstitucional ha establecido con carácter general tanto la inmediata **ejecutividad** de los actos administrativos (arts. 38, 39 y 98.1 LPAC) como la potestad de **ejecución forzosa** de aquéllos (art. 99 LPAC) (*infra* § 17.82), por más que la propia legislación establezca excepciones a este régimen general. Algunos de ellos son consecuencia de exigencias constitucionales específicas (así, la necesidad de autorización judicial previa para la ejecución forzosa de actos administrativos que requieran la entrada en el domicilio, cuando no exista consentimiento del titular: arts. 18.2 CE, 87.2 LOPJ y 8.5 LJCA), mientras que otros derivan de la decisión legislativa de atribuir eficacia suspensiva de la ejecución de ciertos actos administrativos a la mera interposición de recurso contencioso–administrativo contra ellos [así, para las sanciones administrativas, el art. 98.1.b) LPAC].

3.1.2. Derecho subjetivo

28. El derecho subjetivo puede **definirse** como una situación activa o de poder protegida por el Derecho objetivo que habilita a su titular, en su propio interés, para exigir una concreta conducta activa u omisiva de un tercero, sobre el que pesa una obligación correlativa a aquel derecho. Como situación activa, se distingue de la potestad por su origen, su objeto y el interés jurídicamente protegido a través de su reconocimiento, así como por ser —con carácter general— transmisible, renunciable y susceptible de prescripción, según se ha visto ya.

29. El derecho subjetivo es una figura propia de la **teoría general del Derecho** y encuentra aplicación en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Ostenta una relevancia política y dogmática crucial, en tanto que visibiliza la centralidad de los sujetos —y no solo de las normas— en el sistema jurídico. Prueba de ello es que su denominación se formula por **contraste con el concepto de Derecho objetivo**, noción que opera en un plano distinto: el Derecho objetivo es la suma de las normas jurídicas vigentes en un determinado momento y lugar, que constituyen el fundamento de las distintas situaciones jurídico–subjetivas activas y pasivas; entre ellas, destacadamente, el derecho subjetivo.

30. Aunque se ha señalado que la figura del derecho subjetivo tiene su **origen** en el Derecho romano y su precedente inmediato en la filosofía escolástica del siglo XVI y en las escuelas iusnaturalistas e idealistas de los siglos XVII y XVIII, su formulación moderna suele atribuirse a la ciencia del Derecho alemán del siglo XIX (CASTÁN, 1963: 13-31). Esta ha explicado la caracterización técnica del derecho subjetivo a través de **varias teorías**, de entre las que destacan las dos siguientes. Por una parte, la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*) atribuida a Savigny y a Windscheid y que, originada en la idea kantiana de la libertad, describe al derecho subjetivo como un ámbito de voluntad o "poder de querer" (*Willenschmacht*) jurídicamente protegido por las normas. De otro lado, la teoría del interés (*Interessendogma*) formulada por Ihering, que encuentra la esencia del derecho subjetivo en el interés jurídicamente protegido mediante su reconocimiento. Ambas teorías han sido rechazadas por insuficientes, imponiéndose la propuesta de aglutinarlas para definir al derecho subjetivo como "la potestad de querer que tiene la persona, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o interés de tal persona" (JELLINEK, 1892).

31. Lo característico del derecho (público) subjetivo es que legitima a su titular para exigir su **restablecimiento pleno** en caso de vulneración. En tal supuesto, el titular del derecho subjetivo puede exigir no solo la **anulación** del acto jurídico que pueda haber infringido su derecho, sino también el **reconocimiento** de tal derecho y su **restitución**, así como el **resarcimiento** o indemnización de los daños y perjuicios causados, en su caso (art. 31 LJCA).

32. Es posible clasificar los derechos subjetivos **en función de su titular**. Este puede ser una **Administración** (así, por ejemplo, el derecho a recibir del deudor tributario la cuantía de un determinado impuesto o el derecho a que se respete la integridad de los bienes públicos de su propiedad), o bien un **"administrado"**, concepto que en este preciso punto es más adecuado que el de sujeto privado, pues por referencia a él se ha construido la subcategoría del **derecho público subjetivo**. Con este concepto se alude al derecho subjetivo otorgado por el Derecho público a un sujeto (público o privado) sometido a las potestades de la Administración frente a ésta, de modo que aquél puede exigirle un determinado comportamiento en satisfacción de sus propios intereses (MAURER, 2011: 1993). Son derechos públicos subjetivos

la mayor parte de los **derechos fundamentales** previstos en la Constitución, aunque éstos no agotan la totalidad de los derechos que se ostentan frente a la Administración, pues existen también derechos públicos subjetivos derivados de normas de inferior rango y de actos jurídicos concretos (así, por ejemplo, una concesión o una autorización administrativa).

33. El hecho de que los derechos públicos subjetivos se caractericen por proteger a su titular frente a las potestades públicas tiene como consecuencia que la naturaleza de estas se proyecte sobre el **alcance** de aquéllos. Frente a la **potestad reglada** (*supra* § 5.8) el administrado ostenta un derecho subjetivo a una resolución o actuación pública de contenido específico. Por el contrario, frente a la **potestad discrecional** (*supra* § 5.11) no existe un derecho a una resolución o actuación de contenido determinado, sino solamente un derecho a que tal decisión o actuación sea conforme a Derecho, esto es, libre de vicios (MAURER, 2011: 201).

34. Existen varios tipos de derechos subjetivos **en función de su contenido**. Por una parte, los **derechos obligacionales** o personales, que permiten a su titular exigir de un tercero una determinada conducta de no hacer (derechos de libertad), de dar (derechos de crédito) o de hacer (derechos prestacionales), que pueden ejemplificarse, respectivamente, con el derecho a no ser objeto de privaciones de libertad arbitrarias (art. 17 CE), el derecho del beneficiario de una subvención a su cobro (art. 34.3 LGS), y el derecho del vecino de un municipio a recibir de él el servicio público de abastecimiento de agua potable (art. 18.1 g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL). De otro lado, los **derechos reales**, caracterizados por proyectarse sobre cosas o bienes (así, el derecho de propiedad sobre una vivienda o el derecho de uso privativo de un bien de dominio público, conforme al art. 86.3 LPAP). Y, por último, los **derechos de participación**, que habilitan a su titular para exigir ser parte en determinados procesos decisorios o ejecutivos; por ejemplo, el derecho de los interesados a ser parte en el procedimiento administrativo (art. 4.1 a) LPAC) o el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes: art. 23.1 CE).

3.1.3. Interés legítimo

35. El Derecho público español consagra al interés legítimo como una situación activa —normalmente de los particulares— aparentemente distinta del derecho subjetivo, pues se refiere a ambos conceptos de manera simultánea y alternativa [arts. 24.1 y 162.1.b) CE, art. 4 LPAC y arts. 19.1, 21.1 y 25.1 LJCA]. Sin embargo, este binomio terminológico subsiste en la actualidad como una reminiscencia histórica que, aunque sigue desplegando consecuencias jurídicas en determinados ámbitos (*vid*. por ejemplo el art. 4.1 LPAC), ha dejado de ser expresiva de una distinción categorial entre dos posiciones subjetivas ontológicamente diversas, pues en la actualidad el interés legítimo no es más que un **tipo característico de derecho subjetivo**.

36. El **concepto** de interés legítimo alude a la situación de quien se ve personalmente afectado por el (in)cumplimiento de las normas jurídicas que imponen límites a la actuación de la Administración, pero en cuyo favor tales normas no reconocen explícitamente un derecho público subjetivo. Piénsese, por ejemplo, en el vecino que se ve perjudicado por la tolerancia de su ayuntamiento con los excesos sonoros procedentes de una discoteca próxima. El interés legítimo hace referencia, por tanto,

al **interés cualificado** de quien se ve personalmente afectado por la actuación administrativa ilegal y a quien, en consecuencia, su anulación puede reportar un beneficio propio real (actual o potencial, pero no meramente hipotético) y que recurre por ese legítimo motivo (no por el mero placer de recurrir ni para perjudicar a terceros o al interés público).

37. El concepto se define, por tanto, por contraposición al de **"interés simple"** o mero interés de cualquier ciudadano en la observancia de la legalidad, que con carácter general no habilita para impugnar las actuaciones administrativas porque provocaría la saturación de la jurisdicción contenciosa. Solo excepcionalmente reconoce el ordenamiento legitimación procesal a cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo: se habla entonces de **"acción popular"**, entendida como condición procesal de legitimación no ligada a la defensa de una posición jurídico–subjetiva sustantiva, sino de la legalidad objetiva (*infra* § 34.52). Así sucede en ámbitos concretos y excepcionales, como el urbanístico [art. 5 f) del del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana –en adelante, TRLSRU–, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre] o el medioambiental (art. 22 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente).

38. La figura del interés legítimo, que carece de parangón en el ámbito del Derecho privado, es consecuencia del **proceso de formación histórica** del Derecho administrativo. Cuando en los primeros pasos del Estado administrativo, en el segundo tercio del siglo XIX, se negaba o restringía la existencia de verdaderos derechos subjetivos frente a la Administración (*supra* § 3.22), el interés legítimo se concibió como una mera condición de legitimación procesal o, a lo sumo, como una **situación activa secundaria o debilitada** que ocupaba el espacio dejado vacío por el derecho subjetivo y que permitía a su titular únicamente pretender la anulación de la actividad administrativa, pero no el restablecimiento de una posición subjetiva individual. La introducción de la figura del interés legítimo desplegó importantes resultados positivos en la práctica, ya que permitió extender el control judicial sobre el ejercicio de las potestades administrativas y, como consecuencia indirecta de ello, proteger —si bien que de manera disminuida— la posición de los afectados por aquéllas. Pero ello no debe conducir al equívoco, frecuente en España, de considerar que el interés legítimo es una figura dirigida a ampliar la protección del ciudadano frente a la Administración: por el contrario, el concepto respondía en sus orígenes a una **lógica autoritaria** que negaba que los límites impuestos al ejercicio del poder pudieran funcionar como derechos subjetivos correlativos merecedores de tutela judicial plena (MEDINA, 2016: 170-216).

39. El liberalismo clásico del siglo XIX, basándose en la teoría general del Derecho de la Escuela de Derecho natural, concebía a la obligación y al derecho subjetivo como conceptos simétricos: toda obligación legalmente impuesta a un individuo implicaba necesaria y correlativamente el derecho subjetivo de otro. Sin embargo, esta construcción solo encontró acogida en el Derecho privado, no en el Derecho público: a lo largo del siglo XIX, el avance del liberalismo conservador fraguó en toda Europa la concepción, reafirmada por la crisis de la democracia liberal de principios del siglo XX, de la **incompatibilidad entre la potestad administrativa y el derecho individual**, tesis conforme a la cual la ley solamente atribuía derechos subjetivos en sentido propio en las relaciones entre particulares y en las relaciones administrativas horizontales, pero no en las verticales, esto es, aquellas en las que la Administración intervenía revestida de imperio. Conforme al paradigma de la época, los límites impuestos a la Administración por las normas reguladoras de potestades administrativas se dirigían a la salvaguarda del interés general, no del individuo, de modo que tales límites no se traducían en derechos subjetivos correlativos

de los ciudadanos perjudicados por su incumplimiento, sino en meros intereses legítimos que permitían a sus titulares impugnar las actuaciones ilegales de la Administración que les afectasen personalmente. Ello permitía al recurrente, actuando al modo de un denunciante o fiscal, abrir un proceso exclusivamente dirigido a fiscalizar el cumplimiento del Derecho objetivo (y, por tanto, a anular la actuación administrativa ilegal), pero no le permitía obtener tutela subjetiva plena, pues el proceso no podía finalizar con el reconocimiento de un derecho subjetivo, por definición inexistente (MEDINA, 2016).

40. **Tras la Segunda Guerra Mundial** (y, en España, especialmente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978) el reconocimiento en los distintos Estados europeos del papel central del individuo y, con ello, del derecho subjetivo, ha conducido a una transformación del concepto de interés legítimo, que ha dejado de ser una situación activa secundaria o merecedora de menor tutela, para pasar a describir una **modalidad específica de derecho subjetivo** merecedor, en cuanto tal, del mismo grado de protección jurídica que éste. El fin de interés público perseguido por las normas de Derecho administrativo que imponen límites a la actuación administrativa deja de servir como pretexto para rebajar la posición del ciudadano afectado por ella, y tales límites pueden ser hechos valer ante la Administración y ante los órganos judiciales por quienes se vean singularmente perjudicados por su vulneración. Así lo refleja el artículo 31 LJCA 1998 al establecer que quien impugna un acto, lo haga en virtud de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no ha de limitarse a pretender su anulación, sino que podrá también pretender el **reconocimiento de una situación jurídica individualizada** y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

41. Es común entre nosotros aludir a dicha modalidad de derecho subjetivo con la expresión **"derecho subjetivo reaccional"** (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1975). De conformidad con esta construcción, el interés legítimo comprende, de un lado, un perjuicio antijurídico, esto es, una inmisión indebida de la Administración en el ámbito de los propios intereses del afectado; y, de otra parte, el surgimiento de un derecho subjetivo en sentido estricto, cuyo contenido se cifra en el derecho a la eliminación de tal perjuicio. El concepto de "interés legítimo" o de "derecho subjetivo reaccional" remite únicamente a la especialidad de un tipo de derecho subjetivo: el que no surge directamente de las normas administrativas, sino de su vulneración por parte de la Administración.

3.2. Situaciones pasivas o de deber

3.2.1. Sujeción

42. El **concepto** de sujeción remite a la posición pasiva consistente en la eventualidad de soportar sobre el propio ámbito jurídico el ejercicio de una potestad atribuida a otro sujeto. Supone, así, el sometimiento genérico y *a priori* a los efectos (favorables o desfavorables) que hayan de derivarse del ejercicio de una potestad (reglamentaria, tributaria, subvencional, etc.), de la que constituye el correlato genérico en el plano pasivo. Normalmente son los particulares quienes se encuentran en una situación de sujeción frente a la Administración. Pero en esa posición también se puede encontrar, en ocasiones, una Administración pública (por ejemplo, cualquier

ayuntamiento que vierte aguas a un río está sujeto a la potestad sancionadora de la correspondiente confederación hidrográfica).

43. Este carácter genérico e indeterminado de la sujeción la distingue del resto de las situaciones pasivas o de deber. Por una parte, pone de manifiesto que la sujeción es una **mera "situación puente"** a otras situaciones subjetivas, pues, cuando la potestad correlativa se ejercita, la sujeción se transforma en otra situación de contenido específico (normalmente, aunque no siempre, de contenido asimismo pasivo: obligación, deber o carga). Por ejemplo, la situación inicial de sujeción a la potestad tributaria se convierte en obligación tributaria una vez que se liquida a un concreto contribuyente la cuota debida por un concreto impuesto (art. 19 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, LGT). De otro lado, el carácter genérico de la sujeción supone que esta **no puede ser vulnerada** en modo alguno, pues no se concreta en ningún mandato o prohibición específico susceptible de ser inobservado por su titular.

3.2.2. Obligación

44. La obligación es una situación pasiva o de deber que puede **definirse** como el mandato de realizar una conducta activa u omisiva de contenido determinado, que se impone por el Derecho objetivo en beneficio o utilidad de un sujeto distinto a su titular (sujeto que ostenta un derecho subjetivo correlativo), sin perjuicio de que, adicionalmente, pueda servir también para proteger un interés público (caso en que tiene también como correlato una potestad para exigir su cumplimiento). En Derecho administrativo puede haber obligaciones de los particulares frente a la Administración (como la obligación de pagar una multa, conforme al art. 99.2 LPAC), obligaciones debidas entre particulares [como las obligaciones de la empresa que gestiona una residencia pública de mayores, respecto de sus residentes: art. 132 b) LCSP] y obligaciones de la Administración frente a particulares (como la devolución de ingresos indebidos, conforme al art. 30.1 LGT)

45. En ocasiones, la titularidad de la potestad y del derecho subjetivo recíprocos a la obligación coinciden en un mismo sujeto (piénsese, por ejemplo, en el derecho de crédito y la potestad recaudatoria que corresponden a la Administración frente al obligado a pagar una específica deuda tributaria). En otros casos no se produce esa coincidencia, lo que no impide que la Administración pueda y deba ejercitar su potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos que hubieran impuesto las obligaciones incumplidas (arts. 99 a 104 LPAC y art. 29.2 LJCA), ejecución forzosa que beneficia al titular del derecho subjetivo correlativo a la obligación inobservada.

46. Como mandato impuesto por el Derecho objetivo, la obligación es un **acto debido** y, por tanto, se desenvuelve en el plano de la distinción entre legalidad e ilegalidad. En otras palabras, su inobservancia produce no solo la vulneración del derecho subjetivo correlativo (y, en su caso, la lesión del interés público asociado a su reconocimiento), sino también la aparición de un hecho antijurídico. La consecuencia de esta configuración es que el incumplimiento de las obligaciones da lugar a un **régimen complejo de consecuencias jurídicas** que puede articularse en torno a tres figuras: la restitución, el resarcimiento y la sanción.

47. La **restitución** consiste en el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por la actuación u omisión ilegal, que en el contexto que estamos examinando es la actuación u omisión incumplidora de la obligación impuesta por el Derecho objetivo. Puede producirse de dos maneras distintas. La primera y principal es la ejecución forzosa de la obligación inobservada, normalmente a instancias del titular del derecho subjetivo correlativo. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando un municipio procede a la demolición un edificio contrario al planeamiento urbanístico, tras haber incumplido el propietario del inmueble la orden de demolición que se le dirigió en su momento (entre otros: art. 194.2 de la Ley madrileña 9/2011, de 17 de julio, del Suelo). La segunda, que normalmente se configura como subsidiaria de la anterior, es la resolución del acto o negocio jurídico del que nació la obligación incumplida, que puede articularse formalmente como anulación o como revocación con el consiguiente restablecimiento de las prestaciones recíprocas de las partes, según que el cumplimiento de la obligación hubiese sido configurado por el Derecho objetivo como requisito de validez o de eficacia del acto o negocio en cuestión. Por ejemplo, el artículo 16.1 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, dispone que "las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas".

48. El **resarcimiento** es el segundo tipo de reacción que puede desencadenarse ante los hechos ilícitos y, por lo que ahora interesa, ante aquellos que consistan en el incumplimiento de una obligación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el Derecho administrativo general español la responsabilidad patrimonial no tiene como finalidad sancionar el incumplimiento de obligaciones (ni proteger los derechos subjetivos correlativos), sino resarcir daños, aunque al hacer esto último pueda, en ocasiones, cumplir aquella otra función de manera indirecta. Por ello es posible que el incumplimiento de una obligación no conlleve para el obligado ningún deber indemnizatorio, pues éste solo surge si el incumplimiento produce un daño patrimonial y se cumplen todos los requisitos legalmente establecidos para hacer surgir el crédito resarcitorio.

49. La **sanción** o castigo es el tercer y último tipo de consecuencia que puede derivar del incumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, su entrada en juego no es automática y necesaria, sino contingente: para que se produzca es necesario que el Derecho objetivo haya tipificado expresamente tal incumplimiento como infracción administrativa y le haya asignado la correspondiente sanción, cosa que no siempre sucede, pues el legislador puede considerar inadecuado o innecesario establecer consecuencias punitivas frente a determinados incumplimientos obligacionales de menor gravedad o importancia.

3.2.3. Deber

50. El concepto de deber en sentido técnico se ha definido tradicionalmente por comparación o **contraste con la figura de la obligación**, entendiéndose frecuentemente que se trata de dos modalidades distintas de la categoría del deber en sentido amplio. Suele afirmarse que, frente a lo que sucede con la obligación, el deber en sentido estricto sería aquella situación pasiva que no se encuadra en una relación jurídica singular, sino que surge genéricamente de las normas y que, por lo tanto, no tiene como correlato un derecho subjetivo atribuido a un sujeto específico, aunque sí

pueda contraponerse a ella un poder jurídico de que está investido algún sujeto para exigir su cumplimiento (ROMANO, 2002: 55 ss., 62).

51. Por tanto, lo propio del deber sería su **carácter abstracto**, tanto por lo que respecta a su contenido como por lo que afecta al sujeto portador del interés protegido con su imposición; una vez concretados ambos extremos, el deber se convertiría en una obligación (SANTAMARÍA, 1988: 902; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2015b: 33). Sin embargo, esta definición se refiere solamente a los **deberes legales o generales**, esto es, aquellos que son efecto inmediato de las normas y que, por lo tanto, no suelen situarse en el plano de relaciones jurídico–administrativas concretas.

52. Se suele aludir como ejemplos a los deberes de defender a España (art. 30 CE), de conservar el medio ambiente (art. 45 CE), de colaborar con la Administración (art. 18.1 LPAC), o de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos (art. 31.1 CE). Como ejemplo de la relación que media entre deber legal o general y obligación puede aludirse, por ejemplo, a la liquidación tributaria girada a un sujeto concreto, que convierte en obligación específica el genérico deber constitucional de contribuir previsto en el artículo 31.1 CE.

53. Distintos son los **deberes en sentido técnico–jurídico**, que son verdaderas situaciones jurídicas subjetivas existentes en el seno de relaciones concretas y cuyo contenido es asimismo específico o determinado, diferenciándose de la obligación únicamente en función del foco principal de los **intereses protegidos** a través de su imposición. Si la obligación se dirige primariamente a la protección del interés del individuo que ostenta la titularidad de un derecho subjetivo correlativo (aunque tal protección pueda beneficiar también, secundariamente, al interés público), el deber persigue primariamente la protección del interés público, razón por la cual su correlato en el plano activo suele ser una potestad dirigida a garantizar su cumplimiento y, en su caso, un interés legítimo (un "derecho subjetivo reaccional") de los afectados por su inobservancia.

54. Ejemplos de deberes en sentido técnico serían **el deber de la Administración** de tramitar y resolver un determinado procedimiento administrativo ateniéndose a las normas que delimitan su ámbito de competencia material y territorial [plasmado, por ejemplo, en el art. 47.1.b) LPAC]; el **deber de cada propietario de un terreno**, instalación, construcción o edificación de conservarlo "en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes" [art. 15.1.b) TRLSRU]; o los deberes "de inspección y vigilancia de obras e instalaciones" que se incorporan a determinadas concesiones administrativas de aguas [art. 115.2.d) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril].

55. Entendido en este sentido técnico–jurídico, el deber comparte la **misma sustancia coactiva de la obligación**. Por ello, también el deber se desenvuelve en la disyuntiva entre cumplimiento e incumplimiento, y en el plano de la distinción entre licitud e ilicitud, de modo que su régimen de consecuencias jurídicas se articula también en torno a las figuras de la restitución, el resarcimiento y la sanción.

3.2.4. Carga

56. La carga en sentido técnico ha sido definida tradicionalmente como una situación pasiva o de deber de carácter accesorio a otra activa o de poder, que consiste en la necesidad de realizar una determinada conducta activa u omisiva que se impone por el Derecho objetivo en beneficio del propio sujeto sobre el que recae, de manera que su satisfacción es **presupuesto para la obtención de una ventaja** (o para la evitación de una desventaja) por parte del propio gravado y, por lo tanto, su incumplimiento tiene como consecuencia jurídica para su titular la pérdida de un beneficio (o la no evitación de un perjuicio), pero no la ejecución forzosa de su contenido ni la incursión en ningún tipo de responsabilidad. Por ejemplo, para actuar mediante representante en un procedimiento administrativo, el representante debe acreditar previamente dicha representación (art. 5.3 LPAP).

57. Resulta cuestionable, sin embargo, que la carga se imponga "para servir al interés de su propio titular", afirmación tradicional con la que se incurre en una **confusión** entre el interés protegido por la carga y las consecuencias jurídicas de su (in)cumplimiento. El Derecho administrativo establece cargas no para proteger a los sujetos gravados por ellas, sino para hacer compatible el ejercicio de las posiciones activas de tales sujetos con el interés público y, en su caso, con los intereses de terceros, cuestión que no puede quedar desdibujada por el mero hecho de que el artilugio técnico utilizado para ello sea hacer depender el pleno ejercicio del correspondiente derecho del correcto levantamiento de la carga. Por ejemplo, la exigencia de estar vacunado frente a una determinada enfermedad infecciosa para poder viajar libremente –sin controles ni cuarentenas– entre los Estados Miembros de la Unión Europea [art. 11.1 del Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 sobre el certificado Covid de la UE] se impone sobre su titular con la finalidad primaria de proteger a los otros y a la sociedad en su conjunto, sin perjuicio de que la vacuna beneficie también a quien la recibe (tanto por motivos de salud como porque le facilita el ejercicio de sus derechos).

58. El **contenido** de la carga puede consistir en exigencias tanto formales como sustantivas, así como en una mezcla de ambas. Tradicionalmente, la figura se utilizaba para aludir a determinadas **exigencias procedimentales o formales** conectadas con el principio de rogación. Esta vertiente formal del concepto de carga ha sido objeto de fundadas críticas por limitarse a remitir a «la simple necesidad de ejercicio de un poder para que éste pueda surtir efecto», necesidad de la que se ha dicho que, en puridad, «no es una carga, sino una condición elemental intrínseca al ejercicio del contenido mismo del poder» (SANTAMARÍA, 1988: 900). Sin embargo, con el tiempo la figura técnica de la carga se ha ensanchado considerablemente para dar también cabida a **exigencias sustantivas o materiales**, caracterizadas por imponer requisitos de fondo (esto es, no de forma ni de procedimiento) para el ejercicio de las posiciones activas o de poder a las que se asocian. La especial relevancia de este segundo tipo de cargas radica en que, frente a lo que sucede con las meramente formales o procedimentales, su imposición comporta necesariamente una restricción sustantiva (no meramente formal) de la posición activa a la que acompañan, lo que las convierte en instrumentos idóneos para orientar la conducta de los sujetos sometidos a las normas de Derecho administrativo.

59. Como ejemplos de **cargas procedimentales o formales** cabe aludir a la exigencia de comparecer en el procedimiento administrativo si se ostenta un interés legítimo y se quiere adquirir la

condición de parte en el procedimiento (art. 4.1.c) LPAC) (*infra* § 15.35) o al requisito de recurrir en tiempo y forma los actos administrativos para evitar que éstos ganen firmeza y devengan irrecurribles (art. 116.d) LPAC). Como ejemplos de **cargas materiales o sustantivas** puede mencionarse, además del ya citado certificado Covid, la necesidad de que el propietario de una finca situada en suelo urbanizado complete las obras de urbanización y se atenga a los plazos de edificación establecidos para poder consolidar y ejercer el derecho a edificar (arts. 14 y 17 TRLSRU), o la necesidad de que el particular que se encuentra en una seria situación de vulnerabilidad, y en cuyo favor se expropia el uso del inmueble perteneciente a un tercero, utilice dicho inmueble como vivienda habitual, en cuyo defecto procederá la reversión del derecho de uso a su titular (Disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra).

60. El **rasgo distintivo** de la carga frente al deber y a la obligación es no tanto que su cumplimiento sea requisito para que su titular pueda acceder a un beneficio o evitar un perjuicio (pues el Derecho positivo puede asociar también estos efectos al cumplimiento de determinados deberes y obligaciones), como su **falta de exigibilidad jurídica**. Frente a lo que sucede con el deber y la obligación, la carga no es un acto debido, sino solamente un acto necesario para el pleno disfrute o ejercicio de una situación activa o favorable atribuida al propio gravado por ella. En otras palabras: la lógica de la carga se desenvuelve en un plano ajeno al de la división entre legalidad e ilegalidad y, en consecuencia, su incumplimiento no implica la infracción del Derecho objetivo, como sí sucede con el deber y con la obligación. El titular de la carga dispone, por ello, de la posibilidad (al menos formal y abstracta) de elegir entre cumplir su contenido o no, manteniéndose en ambos casos dentro del terreno de lo jurídicamente permitido y sin que, por lo tanto, puedan entrar en juego las consecuencias propias de la antijuridicidad (restitución, resarcimiento y sanción), sino «solamente» la pérdida de un beneficio o la no evitación de un perjuicio.

60 *bis*. Ello no impide observar que la carga puede operar para su titular como una **restricción** del derecho al que se asocia. La STC 95/2025, FJ 4.D), dictada en el RI 7767-2021, declaró que anudar por ley determinadas consecuencias negativas (como la imposibilidad de desempeñar un trabajo o actividad) al ejercicio, en un determinado sentido, del derecho fundamental a la integridad personal en su vertiente de autonomía del paciente (la negativa a someterse a vacunación o a determinadas pruebas diagnósticas o de cribado) supone que, aunque formalmente subsiste esta última libertad, indirectamente se impone un "condicionamiento material" a su ejercicio que implica "una restricción o limitación de la capacidad de decisión del sujeto respecto a la realización de la intervención médica correspondiente".

61. La falta de exigibilidad jurídica del cumplimiento de los gravámenes configurados como cargas determina, en fin, que **frente a ellos no puedan existir derechos subjetivos típicos**, sino únicamente potestades dirigidas a comprobar y declarar su (in)observancia y, en su caso, intereses legítimos encaminados a activar el ejercicio de tales potestades.

4. RELACIÓN JURÍDICO–ADMINISTRATIVA

62. El concepto de relación jurídico–administrativa alude a toda **conexión de situaciones jurídico–subjetivas concretas y correlativas** que se encuentre disciplinada por normas de Derecho administrativo, de modo que la resolución de las vicisitudes relativas a su cumplimiento se encuentre encomendada a una Administración pública y, secundariamente, a la jurisdicción contencioso–administrativa.

63. Como puede observarse, este concepto resulta de la confluencia de **dos elementos**, cada uno de los cuales se examina brevemente a continuación: una relación jurídica y su adscripción al ámbito del Derecho administrativo.

64. La **relación jurídica —a secas—** es una figura transversal a las distintas ramas del Derecho, cuya teorización suele atribuirse a la filosofía y ciencia jurídica germánicas del siglo XVIII. Se define como toda vinculación interindividual que, determinada por una regla de Derecho, confiere a un sujeto el derecho de exigir a otro la realización de cierta conducta u omisión concreta, a la que éste último se encuentra obligado (SAVIGNY, 1840: 331 ss.; WINDSCHEID, 1875: 151 ss.). Por tanto, el concepto de relación jurídica está integrado por cuatro notas definitorias, a saber: intersubjetividad, correlatividad, juridicidad y concreción.

65. El requisito de la **intersubjetividad** significa que la relación jurídica se traba entre al menos dos sujetos de derecho. Ello excluye la posibilidad de que alguno de los polos de la relación sea ocupado por cosas (que podrán constituir, a lo sumo, el objeto sobre el que se proyecta la relación jurídica), o bien por el ordenamiento jurídico objetivo o una de sus ramas (pues las normas como tales se limitan a disciplinar la relación, pero no cabe hablar propiamente de relación jurídica entre una persona y las normas).

66. La nota de la **correlatividad** supone que debe existir una cierta reciprocidad entre las situaciones subjetivas de los sujetos situados en cada uno de los polos de la relación. Se entiende este requisito en sentido amplio, dando cabida no solamente al binomio derecho subjetivo/obligación en sentido técnico, sino también a combinaciones más o menos complejas de otras situaciones subjetivas.

67. El rasgo de la **juridicidad** implica que una relación jurídica es tal únicamente en la medida en que la interacción social a la que se refiere se encuentra disciplinada por normas de Derecho objetivo. Cuestión distinta es la del alcance de esa juridicidad y la de los mecanismos a través de los cuáles ésta se manifiesta. Así, la relación puede encontrarse regulada por las normas de forma completa, o bien únicamente de forma parcial, de manera que existan espacios para su regulación a través de actos ulteriores a los que las normas reconocen eficacia jurídica. El régimen jurídico de cada una de estas relaciones puede venir fijado por un tercero que no forma parte de la relación (determinación heterónoma), o bien por algunos o todos sus polos subjetivos (determinación autónoma).

68. Por último, la nota de la **concreción** supone que solamente existe una relación jurídica en sentido estricto cuando sus sujetos y su objeto sean específicos o determinados. De lo contrario podrá haber, todo lo más, relaciones jurídicas en sentido abstracto o lato, esto es, meras conexiones genéricas entre sujetos indeterminados, resultantes de la ordenación general y abstracta prevista por las normas que forman el Derecho positivo, y que por lo tanto no constituyen sino meros reflejos o reverberaciones del Derecho objetivo (por ejemplo, la relación genérica entre un ciudadano y el Estado).

69. La relación jurídica es de **naturaleza administrativa** cuando se encuentra disciplinada por normas de Derecho administrativo, esto es, por normas cuya organización primaria de cumplimiento es la Administración (y, secundariamente,

la jurisdicción contencioso–administrativa). De ello se deriva que en toda relación jurídico–administrativa interviene, como mínimo, una Administración pública (o un órgano de esta).

70. Toda relación jurídico–administrativa, en la medida en que define de forma correlativa y concreta las situaciones jurídicas de las partes, aporta **estabilidad y seguridad jurídica** a los sujetos así vinculados. Por ejemplo, en una **relación jurídica subvencional**, en la que la Administración de la Junta de Andalucía había otorgado una subvención al Ayuntamiento de Tomares para el ajardinamiento de una calle, y este había ejecutado la subvención mediante la adjudicación directa de un contrato (sin respetar los deberes de licitación pública que impone la LCSP) el Tribunal Supremo considera que ese incumplimiento municipal de la LCSP no puede dar lugar a una orden de reintegro de la subvención, porque en el caso se han trabado dos relaciones jurídicas independientes —la subvencional y la contractual— y no se pueden proyectar sobre una de ellas (la relación subvencional) los incumplimientos cometidos en otra (la contractual): STS de 4 de octubre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3719.

5. TIPOS ABSTRACTOS DE RELACIONES JURÍDICO–ADMINISTRATIVAS

71. Existen relaciones jurídicas en todos los ámbitos de actuación administrativa. En puridad, el concepto de relación jurídico–administrativa es una simplificación de la realidad, pues existe una multiplicidad de aquéllas, cada una con un contenido y unas características específicas, dependiendo de la función que en cada caso desempeña la Administración a través de ellas (ordenación, supervisión, servicio público, fomento, etc.) y el sector material en cuyo seno se desarrollen (el urbanismo, la educación, la seguridad pública, etc.). En este momento solamente se hará alusión a los principales **tipos abstractos** de relaciones jurídico–administrativas, entendidos como modalidades primarias de relaciones que pueden combinarse entre sí en cada ámbito de actuación administrativa para dar lugar a modelos o **tipos concretos** de relaciones jurídicas (la relación subvencional, la relación sancionadora, la relación de servicio público, la relación expropiatoria, etcétera).

5.1. Relaciones *ad intra* y *ad extra*

72. La distinción entre relaciones jurídico–administrativas internas (*ad intra*) y externas (*ad extra*) atiende al **ámbito personal** en el que se desarrolla la correspondiente relación jurídica, tomando como criterio delimitador a la Administración como persona jurídica.

73. Son **relaciones *ad intra*** las que se traban dentro de una misma Administración pública, esto es, entre al menos dos órganos de una misma persona jurídico–pública. También conocidas como relaciones **intraadministrativas** o **interorgánicas**, sus específicos rasgos determinan que sean objeto de estudio dentro del llamado Derecho de la organización administrativa, al que ahora hemos de remitirnos (*infra* § 14).

74. Un fenómeno aparentemente cercano a éste, pero distinto de él, es el de determinadas relaciones (a veces llamadas **«domésticas»**) que se traban entre Administración y ciudadano y que se

caracterizan por la especial intensidad «física» de la interacción entre ambos, como sucede, por ejemplo, con la relación entre un centro educativo público, su alumnado y su personal docente y de servicios.

75. Por su parte, las **relaciones *ad extra*** son aquellas que se desenvuelven más allá de los estrictos márgenes de una Administración pública, trabándose, por lo tanto, entre al menos dos personas jurídicas, de las cuales al menos una ha de ser una Administración pública. Esta delimitación inicial no prejuzga quiénes sean los sujetos que, junto con la Administración, forman parte de la relación jurídico–administrativa, pudiendo aquí trazarse una **subdivisión** entre dos categorías. Por una parte, las llamadas **relaciones interadministrativas**, en las que participan varias Administraciones públicas (por ejemplo, un municipio y una comunidad autónoma, o el Estado y la Unión Europea) y que, de modo similar a lo que sucede con las relaciones intraadministrativas, plantean problemas específicos que hacen que su estudio se aborde como categoría autónoma (*infra* § 13). De otro lado, las relaciones **Administración–particulares**, que constituyen el grueso de las relaciones jurídico–administrativas, y que son aquellas en las que la Administración pública interactúa con uno o varios sujetos privados, sean éstos personas físicas o jurídicas.

5.2. Relaciones bipolares y multipolares

76. Esta distinción atiende a la **estructura de la constelación de intereses** presente en la relación jurídica, esto es, al número y la posición recíproca de los nódulos de intereses (polos) que forman parte de ella, con independencia del número de sujetos (partes) que la integran. Toda relación jurídica tiene un mínimo de dos polos (y de dos partes o sujetos, uno en cada polo), pero a partir de este esquema elemental es posible que existan más polos, así como que haya varios sujetos en un mismo polo de la relación.

77. Son **bipolares** las relaciones jurídicas conformadas por dos polos (por ejemplo, la relación jurídico–tributaria que se traba entre la Administración y el obligado al pago de un impuesto: art. 17 LGT), mientras que son **multipolares** las relaciones jurídicas conformadas como mínimo por tres polos (por ejemplo, la relación que existe entre la Administración y los distintos concurrentes a una misma plaza de empleo público, o la relación que surge de una expropiación forzosa con beneficiario particular, de la que forman parte el expropiante [la Administración], el expropiado, y el beneficiario de la expropiación: art. 2.2 de Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa, LEF).

78. La distinción entre relaciones bipolares y multipolares adquiere especial relevancia en su proyección sobre las **relaciones Administración–particulares**, porque hace visible el fenómeno de las relaciones multipolares entre Administración y varios sujetos privados con intereses contrapuestos entre sí, esto es, aquellas en que se confrontan dos o más intereses privados (fenómeno de la "lucha entre particulares" o *Streit zwischen Privaten*), de modo que los intereses de un sujeto privado solo pueden realizarse a costa de los intereses de otro, correspondiendo la resolución del conflicto a la Administración mediante un acto jurídico–público.

79. Las relaciones multipolares Administración–sujetos privados pueden dividirse, a su vez, en dos grupos. El primero es el de las **relaciones de oposición recíproca**, caracterizadas por la existencia de dos intereses privados heterogéneos y contrapuestos entre sí, de manera que el favorecimiento de uno de los particulares implicará correlativamente, de forma inmediata y necesaria, el perjuicio del otro. En estos casos, la Administración actúa para dirimir un conflicto de intereses privados preexistente a la entrada en escena de la autoridad administrativa, cuya función consiste aquí en «arbitrar» entre los particulares afectados o, lo que es lo mismo, en proteger (o desproteger) a algunos de ellos frente a otros. Así sucede, por ejemplo, cuando la Administración ejerce la actividad de control preventivo de actividades privadas potencialmente perjudiciales para otros particulares (así, la protección administrativa frente a inmisiones, ruidos, actividades molestas, etc., o, más recientemente, la protección de datos). El segundo grupo es el de las **relaciones de concurrencia de atribución**, caracterizadas por el dato de que, en ellas, los distintos polos privados de la relación presentan intereses contrapuestos entre sí, pero homogéneos, pues compiten entre sí por la obtención de un recurso escaso cuya distribución corresponde a la Administración, de manera que el otorgamiento del recurso a uno de ellos excluye correlativamente el otorgamiento al resto de los competidores. Con carácter general, es precisamente la oferta o demanda administrativa de un determinado bien o recurso escaso la que da origen a la relación jurídica multipolar, que se traba entre ella y los distintos sujetos privados (hasta entonces normalmente desconectados entre sí) que compiten por la obtención de aquél. Como ejemplo puede pensarse en la actividad administrativa de adjudicación de contratos públicos, de subvenciones o de plazas de empleo público.

80. La **relevancia de la distinción** entre relaciones jurídico–administrativas bipolares y multipolares deriva de su aptitud para visibilizar y articular técnicamente las diferencias estructurales entre los distintos escenarios de contraposición de intereses sobre los que se proyectan las normas de Derecho administrativo. En particular, la distinción pone de manifiesto la superación del paradigma liberal clásico sobre el que se asienta la dogmática tradicional del Derecho administrativo, basado en la lógica de las relaciones bilaterales Estado–ciudadano y de la oposición entre interés público y privado. Este esquema, aunque mantiene su vigencia en determinados ámbitos, resulta insuficiente para captar en toda su dimensión el Derecho administrativo contemporáneo, caracterizado por la proliferación, en la parte especial, de regulaciones dirigidas a la configuración y resolución de conflictos de intereses entre sujetos privados, como consecuencia de la progresiva sustitución de la intervención directa del Estado en la vida social por mecanismos de regulación de la actividad privada.

81. Tradicionalmente, el fenómeno de la multipolaridad se abordó en el Derecho administrativo a través del artefacto teórico del llamado **«tercero»** que se introduce o añade, como un apéndice de importancia secundaria, a las relaciones jurídico–administrativas bipolares. La figura del tercero, tomada en préstamo de la dogmática civil, se utilizaba así para describir la posición de quien, sin ser destinatario de la actuación administrativa, resulta afectado por ella. Frente a esta construcción teórica, el concepto de relación jurídica multipolar pone de manifiesto que los conflictos entre sujetos privados constituyen no una anomalía, sino una de las dimensiones centrales del Derecho administrativo, y facilita la debida toma en consideración de todos los intereses en juego a la hora de regular los derechos y deberes de los participantes en la relación, diseñar y tramitar el procedimiento administrativo, y configurar el régimen de invalidez de las actuaciones administrativas.

5.3. Relaciones materiales y procedimentales

82. La distinción entre relaciones jurídico–administrativas materiales y procedimentales atiende al **soporte o forma de exteriorización** de la relación jurídica, y

conecta con la diferenciación –común a todas las ramas del ordenamiento jurídico– entre Derecho material y Derecho procesal.

83. La relación jurídico–administrativa **material** es una categoría más amplia, con la que se alude a todas aquellas interacciones entre situaciones subjetivas recíprocas reguladas por normas de Derecho administrativo, con independencia de los vehículos formales a través de los cuales dichas relaciones se desarrollan. Por su parte, la relación jurídico–administrativa **procedimental** es una categoría más estricta, que remite a las relaciones (materiales) que se desarrollan a través de los cauces formales del procedimiento administrativo (o del proceso contencioso–administrativo) que en cada caso diseñe la normativa aplicable. De lo dicho se desprende que existe una **prioridad lógica** de las relaciones materiales sobre las procedimentales: toda relación procedimental implica, como presupuesto necesario, la existencia de una relación material (pero no necesariamente a la inversa, pues pueden existir relaciones materiales sin plasmación procedimental).

84. Aunque el Derecho administrativo es una rama del ordenamiento fuertemente procedimentalizada y, por lo tanto, proliferan en él las relaciones jurídicas de carácter procedimental (*infra* § 15), no son pocos los supuestos de relaciones materiales total o parcialmente carentes de relación procedimental paralela (*infra* § 20). Este fenómeno puede deberse, en primer lugar, a que dicha relación procedimental no ha existido nunca, como sucede con las relaciones materiales que se desenvuelven en el marco de la llamada "actividad administrativa directa", como es la inspección administrativa de instalaciones privadas, la requisa de vehículos por los servicios de protección civil en situaciones de emergencia o la actividad sanitaria de los servicios de salud o asistencial (*infra* § 20.2). La ausencia de relación procedimental paralela puede tener su origen, en segundo lugar, en una decisión legislativa de eliminar el procedimiento o bien reducirlo a la mínima expresión en un ámbito determinado, como ha ocurrido con la sustitución de una importante cantidad de procedimientos autorizatorios previos por meras comunicaciones previas y declaraciones responsables (BAÑO, 2018). Y, en tercer lugar, es también posible que, aun existiendo relación procedimental paralela, ésta abarque solo una de las fases en que se descompone la relación jurídico–material de base, tal y como sucede con la relación expropiatoria, que carece de traslación procedimental en su fase final, esto es, la referida al control de la efectiva destinación del objeto expropiado a la *causa expropiandi* (UTRILLA, 2015: 197 ss.).

85. Las dimensiones material y procedimental de una misma relación jurídica se encuentran **estrechamente conectadas entre sí**. En la medida en que la relación material es el condicionante necesario de la relación procedimental, la regulación de la segunda ha de adecuarse a las exigencias sustantivas derivadas de la primera. La consecuencia que de ello deriva es que el régimen de las distintas clases de relaciones jurídico–administrativas de carácter material ofrece pautas orientadoras cruciales para la regulación y para la tramitación de diferentes tipos de procedimientos administrativos.

86. Ello puede ilustrarse de la mano de dos ejemplos. En primer lugar, el **derecho (material) a la no indefensión** frente a la potestad sancionadora de la Administración (art. 24.2 CE) requiere para su plena efectividad la articulación de un procedimiento sancionador con trámites de audiencia y de prueba. En segundo lugar, la legislación sobre función pública puede prever la selección basada en los **criterios de mérito y capacidad** (art. 55.1 de 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) pero la provisión de plazas realizada no será la óptima a menos que la selección de los aspirantes se produzca a través de un procedimiento en el que se propicie la participación de un amplio círculo de aspirantes mediante una convocatoria pública y se concedan plazos de solicitud adecuados.

5.4. Relaciones instantáneas y continuadas

87. El criterio de distinción entre las relaciones jurídico–administrativas instantáneas y las continuadas es el del lapso temporal durante el cual se produce la interacción intersubjetiva disciplinada por normas de Derecho administrativo. Lo verdaderamente relevante a estos efectos no es tanto la duración de la relación como la **vocación de permanencia y reiteración en el tiempo** de las interacciones recíprocas entre los sujetos que participan en ella.

88. Pese a lo aparentemente elemental de esta distinción, la misma se encuentra **carente de tratamiento teórico** en la ciencia del Derecho administrativo, que la da por supuesta al tratar determinados fenómenos típicos de la teoría de las formas en que se plasma la actividad administrativa, como la revocación de los actos, el rescate de las concesiones administrativas, o la modificación de los contratos públicos. Paradójicamente, el carácter continuado o duradero de parte de las relaciones jurídico–administrativas ha recibido atención teórica autónoma únicamente al hilo del tratamiento de las relaciones de sujeción especial, por constituir uno de los rasgos típicos de las relaciones que tradicionalmente se han entendido comprendidas en dicha categoría, pero sin que ello haya servido para decantar consecuencias dogmáticas específicas, como se indicará después.

89. En las **relaciones instantáneas**, esa interacción es de carácter puntual, agotándose en una sola ejecución. Por el contrario, las **relaciones continuadas** o duraderas se caracterizan por el despliegue de la interacción durante un periodo de tiempo prolongado durante el cual los participantes ostentan posiciones jurídico–subjetivas recíprocas que, normalmente, varían a medida que se desarrolla la relación.

90. Como ejemplo de relación instantánea puede aludirse a la prestación esporádica de un servicio público a un determinado ciudadano durante un breve lapso de tiempo, como la visita a un museo público o el uso del servicio de autobús urbano previa adquisición del correspondiente título de transporte público de viajeros. Por su parte, son ejemplos paradigmáticos de relaciones continuadas las que se desenvuelven en el marco de los contratos del sector público, en la prestación de ciertos servicios públicos a los que es consustancial la duración de la prestación (como la educación), y las que nacen en virtud de la actividad administrativa de control, especialmente la plasmada en el otorgamiento de títulos habilitantes para el ejercicio de una libertad o para el uso de un bien de dominio público (por ejemplo, una licencia municipal para la apertura de una sala de fiestas).

91. La distinción entre relaciones instantáneas y continuadas desempeña una **función relevante** porque permite resaltar el carácter temporalmente dinámico de ciertas relaciones jurídico–administrativas frente al carácter estático de otras. Con ello, hace visible la dimensión temporal de un gran número de las interacciones intersubjetivas disciplinadas por normas de Derecho administrativo. Las relaciones jurídicas instantáneas tienden a la estabilidad. En cambio, las relaciones continuadas, precisamente por su mayor extensión en el tiempo, requieren de continuas adaptaciones. Así, mientras que la relación jurídico–tributaria generada por la compra de un producto sujeto al IVA se consuma en minutos, la relación jurídica que crea una autorización de vertidos a un río es continuada, y por tanto sujeta a posibles modificaciones y adaptaciones (art. 100.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas).

92. A mayor duración de la relación jurídica, tendencialmente menor es la **capacidad ordenadora de las formas** en que se plasma la actuación administrativa (reglamento, acto, contrato, plan), que pasan en estos casos a desempeñar una función de **marco regulador** del modo en que habrá de desarrollarse la relación, dejándose amplios espacios a la configuración autónoma de las partes para adaptarse a los posibles cambios futuros de las circunstancias que hayan sido relevantes para el establecimiento de la relación. Como consecuencia de ello, las relaciones continuadas o duraderas suelen caracterizarse por la presencia reforzada de la actividad administrativa material o directa y por la atribución a la Administración de la capacidad para interpretar o incluso modificar unilateralmente su contenido en determinadas circunstancias.

93. Ha de tenerse en cuenta que la inmensa mayoría de las relaciones jurídico–administrativas presenta una **cierta duración en el tiempo**, aunque solo sea porque buena parte de ellas se articula a través del **cauce formal del procedimiento administrativo**. Sin embargo, en la medida en que el procedimiento es una estructura ordenadora que suele incorporar en su propio diseño el factor tiempo, carece de utilidad teórica incluir entre las relaciones continuadas a aquellas cuyo único y exclusivo factor de duración temporal deriva de su articulación a través del procedimiento administrativo. Piénsese, por ejemplo, en la imposición una sanción de multa a quien no se encontraba incurso en una relación previa con la Administración que impone la sanción (como sucede en caso de comisión de la mayoría de las infracciones previstas en el art. 36 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana). Otro tanto sucede con las relaciones que conducen a la fijación por parte de la Administración de una posición subjetiva llamada a desplegar efectos continuados en el tiempo, pero que no necesariamente presuponen ulteriores interacciones entre los sujetos que hasta entonces formaban parte de la relación (por ejemplo, la expedición del documento nacional de identidad).

5.5. Relaciones de sujeción general y de sujeción especial

94. Esta distinción tradicional, forjada en un contexto jurídico–político muy distinto al actual, se refiere a las relaciones Administración–ciudadano y se basa en el criterio de la **intensidad** del vínculo que los liga, que a su vez resulta en el reconocimiento a la autoridad administrativa de distintos grados de flexibilidad a la hora de imponer, por sí misma –esto es, no por imposición o habilitación legal específica–, limitaciones o restricciones sobre los sujetos privados que se relacionan con ella.

95. Según este criterio, las **relaciones de sujeción general** se definen como aquellas que entabla la Administración con cualquier ciudadano y que, por lo tanto, tienen como correlato un *status civitatis* común. Es sujeción general, por ejemplo, la relación de cualquier vecino con su ayuntamiento, que le abastece de agua a cambio de una tasa. Por el contrario, las **relaciones de sujeción especial** se definen como las propias de determinados sujetos que se encuentran vinculados a la Administración de manera especialmente intensa o estrecha, pues éstos se insertan de manera duradera en el funcionamiento cotidiano de la Administración. Sería una relación especial de sujeción, por ejemplo, la que liga a funcionario con la Administración de la que forma parte, o el estudiante que se integra en una universidad pública. Así, por oposición a lo que sucede con la relación de sujeción general, las de sujeción especial se refieren a supuestos de vínculos intensificados y continuados con la Administración, en cuyo seno se refuerza la supremacía de ésta sobre el sujeto privado con el que se relaciona,

que queda sometido a un régimen especialmente restrictivo de limitaciones singulares de sus posiciones jurídicas activas. Ello explica que históricamente se hayan utilizado como expresiones sinónimas de las que aquí se examinan las de «relación general de poder» y «relación especial de poder», respectivamente, así como que a ellas se haya asociado la distinción entre «administrado simple» y «administrado cualificado».

96. La **asimetría cualificada** entre Administración y ciudadano propia de las relaciones de sujeción especial, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de que la Administración pueda aumentar su operatividad en determinados sectores de la realidad caracterizados por la inmediación de los administrados (y que, por ello, es reconducible en parte a la potestad de autoorganización administrativa) se manifestaba, en la formulación original de la teoría, en la rebaja de las garantías jurídicas de los ciudadanos en tres planos: el del principio de **legalidad**, el de los **derechos fundamentales** de los ciudadanos, y el del **control judicial** de la actividad administrativa (LASAGABASTER, 1994: 137, 419).

97. La teoría de las relaciones de sujeción especial, impregnada de un inequívoco tinte autoritario, no puede comprenderse sin aludir a su preciso **origen histórico**. Consolidada en Alemania durante el siglo XIX y principios del XX, fue asumida en diferentes grados por la doctrina suiza, austriaca e italiana y tendría entrada en España de modo tardío, a partir de la década de 1960, a pesar de que su declive había comenzado en Europa tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Los tribunales españoles asimilaron con rapidez la teoría, probablemente por su adecuación a la concepción autoritaria del Estado de Derecho propia del régimen franquista, en el que, en el ámbito doméstico de la Administración, eran frecuentes las sanciones impuestas mediante reglamentos independientes, órdenes e instrucciones internas, e incluso las sanciones de plano, extendiéndose más tarde de forma desmesurada a otros grupos de sujetos, como los promotores de viviendas, los detectives privados o los miembros de colegios profesionales.

98. La distinción entre relaciones de sujeción general y especial presenta **serios inconvenientes**. Por una parte, adolece de una fuerte **ambigüedad**: la relación de sujeción general se acota de manera residual, por mera exclusión respecto de las relaciones de sujeción especial, mientras que éstas se identifican mediante la mera alusión fenomenológica a una serie de colectivos tradicionales (presos, militares, funcionarios, etc.). De otro lado, el concepto de relación de sujeción especial plantea graves **riesgos de abuso**, pues su razón de ser se encuentra en el intento de "justificar" en bloque la reducción de las garantías propias del Estado de Derecho en determinados ámbitos de actuación administrativa, liberando así al poder público de su deber de atender a (y, en su caso, justificar específicamente la restricción de) los derechos en juego en cada tipo de relación jurídico–administrativa. Por todo ello, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial ha de considerarse un **artificio teórico desfasado y peligroso** que ha de ser profundamente reconsiderado, cuando no definitivamente abandonado.

99. La entrada en vigor de la **Constitución de 1978** exigió acometer una **profunda reconsideración** de la teoría de las relaciones de sujeción especial. Los principios de Estado democrático (del que se sigue el valor reforzado de las leyes parlamentarias) y de Estado de Derecho (del que derivan el principio de legalidad y la protección de los derechos fundamentales) son por completo ajenos a la distinción entre relaciones de sujeción general y de sujeción especial. Con todo, y acaso por cierta inercia histórica, la doctrina del Tribunal Constitucional ha aceptado la existencia de relaciones de sujeción especial, reconociendo que en ellas "entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas", lo cual puede justificar tanto la imposición de restricciones al

ejercicio de los derechos como la relativización del principio de legalidad en materia sancionadora, si bien ello no supone una exclusión absoluta del principio de legalidad ni de la protección de los derechos fundamentales (por todas, STC 61/1990, FFJJ 6 y 8).

100. Esta doctrina constitucional se ha formulado en relación con distintos colectivos, entre ellos los funcionarios (STC 93/1984, FJ 3, y STC 6/2000, FJ 6), internos en centros penitenciarios (STC 74/1985, FJ 2, y STC 2/1987, FJ 2), militares (STC 114/1987, FJ 4), policías (STC 234/1991, FJ 2), detectives privados (STC 61/1990, FFJJ 6 y 8), o miembros de colegios oficiales (STC 219/1989, FFJJ 2, 3 y 5).

101. Aunque el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de algunas relaciones especiales de sujeción (donde algunos derechos fundamentales se encuentran limitados o modulados) desde la STC 132/2001 ha **restringido notablemente el alcance de esta categoría teórica**. Pues aunque el Tribunal no niega que en la realidad administrativa pueda haber relaciones jurídicas con una fuerte sujeción de los particulares, niega categóricamente que en estas relaciones pueda haber más limitaciones o modulaciones de los derechos fundamentales que las que expresamente permite la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional: "Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico–administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de "especial sujeción", "de poder especial", o simplemente "especiales". Lo importante ahora es afirmar que la categoría "relación especial de sujeción" no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos".

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

José María BAÑO LEÓN, "Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 47-64.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, pp. 427-448.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás–Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters / Civitas, 2015.

Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

Friedrich Karl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts, 2. Bd.*, Veit, Berlin, 1840.

José María RODRIGUEZ DE SANTIAGO, "Redimensionar las potestades administrativas. La hipertrofia de un concepto en el derecho administrativo español", en *Revista De Administración Pública*, núm. 226, 2025, pp. 93–120.

Santi ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico* [Trad. del original de 1947 de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redín], Comares, Granada, 2002.
Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ–BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado: una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektrechts, 1. Bd.*, 4ª ed., Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1875.

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

Hartmut BAUER, "¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico–administrativa actual", en *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993, pp. 133-162.
Jorge GARCÍA–ANDRADE GÓMEZ, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ–BERMEJO, "La relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo", en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, vol. 2, 2020, pp. 73-124.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 209-234
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L08
© Rafael Caballero Sánchez
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 8
TEORÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Rafael Caballero Sánchez
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y SUS DIMENSIONES: 1.1. La organización administrativa en el conjunto del Derecho administrativo y su relevancia; 1.2. La Constitución como punto de partida; 1.3. La potestad de autoorganización y la relación entre las tareas administrativas y los tipos de organización; 1.4. Las vertientes macro y micro del poder de autoorganización de las Administraciones públicas.—2. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA MACRO: LOS TIPOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES: 2.1. La tipología de Administraciones públicas; 2.2. El fenómeno de la creación de entidades instrumentales por las Administraciones públicas.—3. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA MICRO: LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: 3.1. El triple nivel organizativo de persona, órganos y unidades administrativas; 3.2. Los órganos administrativos y sus tipos: *3.2.1. Órganos de gobierno o de dirección política y órganos administrativos*; *3.2.2. Órganos centrales, periféricos y extraterritoriales o en el exterior*; *3.2.3. Órganos activos, consultivos y de control interno, y sus variedades*; *3.2.4. Órganos unipersonales y órganos colegiados*.—4. LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS Y SU RÉGIMEN DE EJERCICIO: 4.1 La atribución de competencias; 4.2. Las técnicas de alteración del ejercicio de competencias*: 4.2.1. Alteración de la titularidad: transferencia*; *4.2.2. Alteración del ejercicio: delegación y sustitución; 4.2.3. Alteración de elementos concretos del ejercicio competencial: en especial, la encomienda de gestión*.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL Y SUS DIMENSIONES

1. Las Administraciones públicas son el objeto central del Derecho administrativo (*supra* § 2.22), en cuanto que este es la parte del Derecho que se ocupa de la satisfacción de las necesidades e intereses generales de la sociedad y aquellas son organizaciones públicas creadas para alcanzar ese objetivo. Aunque las Administraciones no tienen el monopolio exclusivo de la satisfacción de esas necesidades e intereses generales, es innegable que atienden tareas de dimensión colectiva enormemente heterogéneas (atender a un enfermo en un hospital, negociar un convenio internacional, controlar una operación de blanqueo de dinero, expropiar una finca para construir una carretera, tramitar un pasaporte, etc.), en un contexto de intervención pública muy intensa en la vida ordinaria de las personas y de la sociedad. Esa misión es imposible de cumplir sin una **organización** potente y bien dimensionada de cada Administración. Este concepto abarca no solo el **diseño estructural** y la **distribución de funciones**, sino también la ordenación de la **burocracia** o conjunto de medios personales que encarnan la organización y el **régimen de funcionamiento interno y entre organizaciones**, que luego se proyectará en actuaciones externas propiamente dichas.

1.1. La organización administrativa en el conjunto del Derecho administrativo y su relevancia

2. A la hora de estudiar estos singulares sujetos que son las Administraciones públicas se puede adoptar una **perspectiva estática o *ad intra*** (qué y cómo son) o una **perspectiva dinámica o *ad extra*** (cómo actúan). La primera conduce a analizar la organización, el personal y el patrimonio de las Administraciones, mientras que la segunda lleva a examinar el régimen jurídico, tanto de su actuación formal (el procedimiento administrativo, los actos administrativos, los contratos públicos) como de su actuación material (ordenación y limitación de actividades privadas, fomento de actividades de interés general, y prestación de servicios públicos, fundamentalmente).

3. Con la presente lección se acomete el bloque de este manual dedicado a la vertiente estática de los distintos tipos de Administración pública (*infra* § 9 a 12), en su **dimensión organizativa interna** y con especial atención a las de carácter territorial. Como ya se ha apuntado, ese estudio comprende además el régimen fundamental del funcionamiento interno u orgánico de una Administración (*infra* § 14), así como algunos aspectos de sus relaciones con otros organismos públicos en cuanto al ejercicio de sus competencias, frecuentemente entrelazadas (*infra* § 13). En cambio, el régimen de los empleados públicos (*infra* § 31), y de los medios económicos y materiales disponibles constituye otro bloque específico del manual (*infra* § 28 a 31).

4. Aunque pueda parecer inicialmente una cuestión secundaria o interna, la **organización administrativa** resulta capital desde un punto de vista entitativo, jurídico y operativo.

4. ***bis*** Primero, porque las Administraciones públicas, más que tener una organización, ***son*** **en sí mismas organizaciones instrumentales** (*supra* § 1.1), y además de una gran envergadura, complejidad y variedad, que están sujetas o subordinadas a un órgano político que las dirige. De alguna forma, lo organizativo define su ser, que debe adaptarse a las heterogéneas y cambiantes funciones que desarrolla (*supra* § 1.10 y 11 e *infra* § 8.18-19).

4. ***ter*** Segundo, toda actuación administrativa está precondicionada por coordenadas de carácter organizativo, en virtud de las cuales se determina quién y cómo debe actuar. Tanto para asegurar la legalidad como el acierto de la actuación administrativa es imprescindible establecer las **reglas de organización y de procedimiento** que conduzcan a la adopción de las decisiones más adecuadas a los intereses generales a los que sirve la Administración. Es más, cabe defender que, si las reglas organizativas y procedimentales están adecuadamente diseñadas, las decisiones de la Administración formalmente correctas también lo serán materialmente, incluso en ámbitos de discrecionalidad. El ordenamiento jurídico-administrativo no puede prever todas las situaciones y circunstancias en las que se hace necesaria una intervención de una Administración ni el sentido en el que habrá de hacerlo, pero sí debe establecer el reparto de las competencias o funciones públicas entre estas organizaciones, la atribución interna de su ejercicio, las reglas para asegurar que se reúna y analice toda la información necesaria y que se tome la decisión final que corresponda. Curiosamente esta regulación del binomio organización-procedimiento se proyecta a su vez en el binomio normativo fundamental que conforman la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Regulación que tiene toda una dimensión previa (organizativa y habilitante de la actuación administrativa) y otra posterior (a efectos del control de la decisión tomada) para toda Administración pública. En definitiva, las reglas organizativas no son meras decisiones internas de cada Administración sino que inciden en la legalidad y acierto de las decisiones *ad extra* que la organización adopta.

4. ***quárter*** Finalmente, desde un punto de vista operativo, la **eficacia y eficiencia** de la Administración vienen en buena medida condicionadas por la racionalidad y atino en la organización de sus medios materiales, personales y económicos. Es tradicional achacar al aparato público deficiencias acendradas de lentitud, opacidad, rigidez, irresponsabilidad, malgasto, o arbitrariedad que no tendrían necesariamente que producirse con un diseño estructural y operativo adecuado. De estos aspectos se viene ocupando más bien la **ciencia de la Administración**, que analiza la organización y los procesos seguidos por estas entidades, la ordenación de la burocracia pública, y la formación e implementación de sus políticas (*supra* § 1.5). En esta línea, desde hace más de medio siglo se han tratado de aplicar sucesivamente técnicas gerenciales y de *management* empresarial (la llamada Nueva Gestión Pública,

de origen anglosajón, para introducir criterios de responsabilidad por la gestión, de planificación, de dirección por objetivos, y de evaluación de resultados, tan propios del sector privado), métodos de participación y de gobierno abierto (para ahondar en la legitimación democrática de las organizaciones públicas), y derechos de acceso a toda la información pública o en poder de las Administraciones, acompañados de obligaciones de publicidad activa (para promover la cultura de la transparencia y de rendición de cuentas de los entes públicos).

1.2. La Constitución como punto de partida

5. La propia Constitución, que es la norma fundante de nuestro sistema político y jurídico, es una disposición en buena parte **organizativa**, en la medida en que define la arquitectura del conjunto de los poderes del Estado y su distribución. Es más, en numerosas ocasiones el texto constitucional se prolonga mediante **reservas expresas** a desarrollos que se deben realizar mediante **leyes orgánicas**, que con frecuencia atienden a aspectos organizativos de composición y funciones de diversos órganos constitucionales (la organización militar, art. 8; el Defensor del Pueblo, art. 54; las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, art. 104; el Consejo de Estado, art. 107; el Consejo General del Poder Judicial, art. 122; el Tribunal de Cuentas, art. 136; o el Tribunal Constitucional, art. 165). Sin olvidar que los propios **estatutos de autonomía**, aprobados también por ley orgánica (arts. 81.1 y 147 CE), son normas institucionales organizativas de las entidades político-administrativas que son las comunidades autónomas. Por otro lado, en su parte dogmática la Constitución adopta decisiones fundamentales, como la proclamación de las cinco notas definidoras del Estado español como un **Estado de Derecho, democrático, social, descentralizado y abierto al exterior**, las cuales tienen una repercusión directa en el diseño y organización de los poderes públicos en general, y de la Administración pública en particular (*supra* § 4.8 y ss).

6. En relación con la organización del **poder ejecutivo**, la Constitución se centra en el **nivel estatal**, y prevé en su Título IV que sea ejercido por el Gobierno de la Nación, que, con una determinada composición (art. 98 CE) y un modo de conformarse (arts. 99 y 100 CE), encabeza y dirige a una Administración pública como estructura diferenciada y dependiente (art. 97 CE), que también comprende a la organización militar (art. 104 CE). Complementariamente, la Constitución prevé que el Gobierno cuente con un órgano especializado y solemne de consulta, que es el Consejo de Estado (art. 107 CE), y con un delegado para dirigir y coordinar a la Administración periférica del Estado en cada territorio autonómico (art. 154 CE). En principio, **Gobierno y Administración** son diferentes en el plano orgánico y en el funcional, si bien con ciertas superposiciones (*supra* § 1.25-27), que son más acusadas en el nivel local debido a su naturaleza de entes corporativos. En cuanto a la organización de la Administración del Estado, el texto constitucional establece en su artículo 103.1 CE cinco principios formalmente calificados como de actuación (**eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación**), pero

que fundamentalmente tienen una proyección organizativa. Se demuestra con ello que la organización administrativa predetermina la actividad externa de la Administración. La jurisprudencia constitucional aplica con naturalidad esos principios —en especial, el de eficacia en relación con el gasto público— a todas las Administraciones públicas.

7. La Constitución prevé también la existencia de otras Administraciones territoriales: la **Administración local** (estructurada en los niveles necesarios del municipio, la provincia y la isla: arts. 140 a 142 CE), que es calificada como tal en el rótulo del Capítulo II del Título VIII, y la **Administración de las comunidades autónomas** que se constituyan (incluyendo, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla: disposición transitoria 5.ª CE), aludida tímidamente en el artículo 153 c) CE a efectos de su control judicial. En la práctica, todo el territorio español ha accedido a este nivel de autonomía y las Administraciones autonómicas suman hoy muchos más recursos y efectivos (en definitiva, mucha más organización) que la estatal.

8. Atendiendo solo al dato cuantitativo del número de empleados públicos, la Administración estatal se encuentra hoy por detrás de las autonómicas y locales en su conjunto, lo cual da idea del alto nivel de descentralización de nuestro Estado. Según el Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas correspondiente a julio de 2024, las Administraciones públicas españolas cuentan con 3.043.024 empleados públicos, de los cuales solo 534.498 (el 17,57 por 100 del total) pertenecen a la Administración Pública Estatal (mas de la mitad de ellos son miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado). Por su parte, las Administraciones autonómicas suman 1.868.752 efectivos (41,41 por 100 del total), incluyendo a 185.825 empleados en Universidades públicas (6,11 por 100). El resto, 639.774 empleados; son de las entidades locales (21,02 por 100 del total).

9. Finalmente, la Constitución distribuye **el poder regulador sobre la organización administrativa**, más allá de sus prescripciones orgánicas directas y de sus remisiones a leyes orgánicas de dimensión organizativa. En concreto, la Constitución reserva al Estado el establecimiento de las **bases** del régimen jurídico de las Administraciones públicas, con la finalidad de garantizar a los ciudadanos un tratamiento común ante ellas (**art. 149.1.18 CE**). Ese régimen jurídico no se limita al procedimiento y los recursos administrativos, sino que abarca también cuestiones de organización y de competencia. De manera que este título competencial permite al Estado fijar principios y reglas básicas sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones (SSTC 32/1981, FJ 5; 227/1988, FJ 24; y 50/1999, FJ 3), dictar normas sobre la 'composición, estructura y competencias de los órganos de las administraciones públicas' (STC 143/2013, FJ 5), y también regular los principios que presiden las relaciones entre las Administraciones públicas (STC 76/1983, FJ 18). Pero a la vez se ha de conciliar con la **competencia autonómica** sobre la organización y estructura de sus instituciones de gobierno, que todas las comunidades autónomas han asumido a partir de lo previsto en el **artículo 148.1.1 CE** (cuyo alcance, según la STC 76/1983, FJ 38, son las instituciones previstas en el art. 152.1 CE —Asamblea legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente— y en los estatutos de autonomía), y sobre todo respecto a sus propias administraciones, asegurándoles una "amplia libertad de opción para configurar la organización administrativa de la Comunidad Autónoma" y la ordenación de su sector público (STC 236/2015, FJ 4)

(*infra* § 10.7, 21, 28 y 35). En cuanto a la **Administración local**, las bases estatales pueden establecer el marco definitorio de su autogobierno, y concretar su autonomía constitucionalmente garantizada, con posibilidad de evolucionar tanto hacia mínimos como hacia máximos, así como el marco de su régimen jurídico administrativo (STC 41/2016, FJ 3 a), con su correspondiente proyección organizativa. A partir de esas prescripciones básicas cabe el complemento normativo por parte de las comunidades autónomas (SSTC 32/1981, FJ 5; 214/1989, FFJJ 1 y 4; y 103/2013, FJ 4), conformándose así un **régimen bifronte de regulación** (*infra* § 11.12-15).

10. En la esfera local el **Tribunal Constitucional** ha entendido justificada en virtud del artículo 149.1.18 CE la **competencia estatal para múltiples medidas organizativas**: por ejemplo, la fijación de reglas de quórum y mayorías necesarias en los órganos colegiados superiores de las entidades locales (STC 33/1993, FJ 3); el diseño del modelo municipal común para todo el Estado, con sus elementos de territorio, población y organización, así como las previsiones organizativas específicas para los denominados municipios de gran población [STC 103/2013, FJ 5.e) a l)]; la regulación de especialidades para los organismos públicos locales que aseguren un tratamiento común de los ciudadanos (STC 103/2013, FJ 5.d); el establecimiento de un órgano especializado para conocer las reclamaciones frente a actos tributarios locales (STC 143/2013, FJ 12); el régimen de adopción de la modalidad organizativa municipal del concejo abierto (STC 210/2014, FJ 3); la regulación de un inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local, convirtiendo además el deber de inscripción en el mismo en una condición previa para la obtención de un número de identificación fiscal por parte de la entidad (STC 132/2018, FJ 9); o la atribución al pleno de las corporaciones locales de la capacidad de decidir la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración de las sociedades mercantiles municipales (STC 137/2018, FJ 3 b). En cambio, no sería básica la previsión de la creación por el pleno de la corporación local de órganos auxiliares como la Unidad de ordenación de Pagos o la Unidad Central de Tesorería, en cuanto se refiere a órganos prescindibles dentro de la organización administrativa (STC 233/1999, FJ 38).

11. Con carácter general la jurisprudencia constitucional ha venido insistiendo en dos direcciones a la hora de aplicar esta **competencia básica estatal** que analizamos. Por un lado, que está vinculada al objetivo de asegurar un **tratamiento común a los ciudadanos**, por lo que debe aplicarse con distinta intensidad según que el aspecto de la organización administrativa de que se trate tenga mayor o menor trascendencia en la actuación externa de la Administración (SSTC 50/1999, FJ 3; 91/2017, FJ 5; 68/2021, FJ 5). Por otro lado, que a través de esta competencia es posible introducir **criterios de eficacia** (art. 103.1 CE) así como de racionalidad económica en la asignación equitativa de recursos públicos y en la programación y ejecución del gasto público (art. 31.2 CE), que actúen como un común denominador normativo en el diseño de la organización y funcionamiento de las Administraciones (SSTC 130/2013, FJ 10 a; 41/2016, FJ 3 a; y 54/2017, FFJJ 4 b y 6). Orientación que ha sido reforzada con la asunción constitucional de objetivos estrictos de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE).

12. Por ejemplo, en cuanto a lo primero, la STC 251/2006, FJ 10, resolvió que la Comunidad de Madrid tenía la competencia para determinar la composición de un órgano administrativo, su **Jurado Territorial de Expropiación**, sin que se pudiera considerar básico el precepto estatal de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa, LEF (art. 32.1), que establece cómo se conforman los jurados. Sin perjuicio de la dificultad de reconocer carácter básico a la legislación preconstitucional, el Tribunal apreció que el tratamiento común de los sujetos expropiados vendría ya sustancialmente garantizado por la regulación estatal sobre el procedimiento expropiatorio y sobre la determinación

del justiprecio, por lo que la composición concreta del órgano colegiado para dirimir las discrepancias entre la Administración y el propietario resultaba secundario a esos efectos. Sin que de la regulación de la LEF se pudiera extraer la voluntad de asegurar *ex* artículo 149.1.18 CE la inclusión en el órgano colegiado de representantes de los intereses del sujeto expropiado (como ocurría con el sistema anterior a la LEF de 1954, organizado en torno a la designación de peritos de las partes), ya que todos sus componentes serían funcionarios públicos con conocimientos para aplicar criterios objetivos de valoración.

13. En ejercicio de su competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas el Estado ha dictado la **LRJSP**, en la que tienen carácter básico en materia organizativa los preceptos generales sobre principios, órganos, competencias y sus alteraciones, y funcionamiento de los órganos colegiados (1 a 18); sobre abstención y recusación (23 y 24, que bien pudieran estar incardinados en la LPAC); sobre organización electrónica del sector público (38 a 46); sobre principios e inventario de todas las entidades instrumentales públicas (81 a 83); sobre ciertas cuestiones concretas del régimen jurídico de algunas de estas entidades (consorcios: 118 a 127, salvo el 123.2; fundaciones: 129 y 134); y sobre las relaciones de colaboración y cooperación entre Administraciones, incluyendo sus aspectos electrónicos (140 a 158). Junto a ello, la ley contiene disposiciones organizativas específicas de aplicación directa solo para la Administración estatal: reglas complementarias sobre sus órganos colegiados (19 a 22), la estructura de la Administración General del Estado (54 a 80); y los tipos y organización de las entidades instrumentales estatales (84 a 117, 123.2, 128, 130 a 133, 135 a 139).

1.3. La potestad de autoorganización y la relación entre las tareas administrativas y los tipos de organización

14. Todo el Derecho de la organización administrativa se construye sobre el reconocimiento a cada Administración de un poder de diseño de su propia estructura y organización para el logro de los fines y el cumplimiento de las tareas que tiene asignadas (**potestad de autoorganización**) (*infra* § 14.23-27). Poder que es manifestación central del principio de autonomía (STC 251/2006, FJ 10), pero que está sujeto a **límites constitucionales, legales y económicos**. Primero, como hemos visto, los principios y reglas funcionales y competenciales de la Administración pública que recoge la Constitución orientan el modo en el que han de construirse estas organizaciones. Segundo, el legislador ordinario (al que remite el art. 103.2 CE), establece los parámetros básicos de diseño orgánico y operativo de estas organizaciones: las piezas con las que ha de construirse el mecano organizativo. Finalmente, el marco económico-presupuestario de cada Administración condiciona las posibilidades de creación de organismos instrumentales, así como la dotación positiva de los órganos administrativos y de sus plantillas de personal.

15. La potestad de autoorganización se ejerce en el plano interno mediante **disposiciones de naturaleza reglamentaria**: los decretos del presidente del Gobierno de la Nación y del Consejo de Ministros, del presidente y del Consejo de Gobierno de cada Comunidad Autónoma, y de los órganos de gobierno de cada corporación

local. Ellos definen la estructura orgánica básica de la Administración respectiva y son complementados luego con nuevos decretos colegiados de desarrollo organizativo sectorial.

16. El **valor normativo** de estas disposiciones fue tradicionalmente cuestionado en cuanto meros reglamentos "administrativos", o disposiciones *ad intra* sin efectos externos, a diferencia de los reglamentos "jurídicos" emanados de una Administración para desarrollar y hacer cumplir lo dispuesto en las leyes (*supra* § 6.24). Razón que llevó a considerarles reglamentos "independientes", emanados al margen de la ley (*infra* § 16.21), si bien hoy esa calificación choca con la reserva de ley que el art. 103.2 CE establece (*supra* § 6.28). En todo caso, su índole doméstica justifica que en el procedimiento de aprobación de estas disposiciones reglamentarias se eliminen trámites relevantes, como el dictamen del Consejo de Estado o la información pública (art. 133.4 LPAC).

17. Los decretos organizativos se completan con la aprobación de las **relaciones de puestos de trabajo** o plantillas que especifican las dotaciones personales de cada órgano administrativo con las características individuales de cada puesto, sus requisitos para ser ocupados y los complementos retributivos que les corresponde. Aunque pudiera entenderse que tienen carácter regulador del órgano administrativo, la jurisprudencia los cataloga como actos administrativos desde la STS de 5 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:902.

18. Lógicamente, todo el ejercicio del poder de autoorganización, aun actuado dentro de los límites y formas generales ya señalados, debe estar lógicamente orientado a la óptima consecución de sus variados objetivos por parte de cada Administración. De ahí que la doctrina alemana venga insistiendo en la vinculación que debe existir entre las **formas de organización y los tipos de tareas administrativas** que se desarrollan. Poco tiene que ver a efectos organizativos la actividad de prestación de servicios públicos asistenciales (la red de residencias públicas de una comunidad autónoma o los servicios sociales de un ayuntamiento), dominada por la actuación material de unos profesionales sanitarios en beneficio de los ciudadanos, con la inspección y sanción en la recaudación de impuestos (desarrollada por la Agencia Tributaria mediante potentes herramientas tecnológicas internas y personal técnico), que puede cristalizar en una actuación enormemente formalizada y coactiva (como un procedimiento de comprobación limitada, acompañado en su caso por un procedimiento sancionador).

19. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007: 91 y ss.) ha destacado las diferencias organizativas entre la clásica administración de policía comparada y la llamada administración prestadora, propia del Estado social, y de estas a su vez con la administración directiva (o planificadora). También cabría incluir otros modelos, como la más moderna administración reguladora (de servicios económicos de interés general). Atendiendo solo a la **Administración del Estado social** se advierte una clara distinción entre la administración ejecutiva o aseguradora de ingresos económicos a los ciudadanos y la administración conformadora o prestadora de servicios sociales y materiales. La primera provee prestaciones dinerarias (por ejemplo, una pensión de jubilación), a veces realizadas en masa, mediante un método estricto de subsunción acorde con la programación normativa aplicable, mientras que la segunda provee servicios individualizados o a la medida de cada persona (por ejemplo, una operación quirúrgica en el sistema nacional de salud), prestados en aplicación de un mero marco organizativo o procedimental, si bien con respeto a los derechos fundamentales de las personas y a unos principios o directrices de actuación. Esas funciones y el modo de operar tienen una clara proyección organizativa: para otorgar prestaciones económicas se necesita una organización administrativa jerarquizada y burocrática, de carácter vertical, con sometimiento riguroso al poder directivo del superior, y con estricta división del trabajo por tipos

de prestación; mientras que para proveer prestaciones materiales o de servicio lo apropiado es un sistema organizativo en red de centros prestacionales, con una estructura más horizontal y cercana al ciudadano, en la que además es posible integrar en ocasiones a la iniciativa privada.

1.4. Las vertientes macro y micro del poder de autoorganización de las Administraciones públicas

20. El marco constitucional, legal y presupuestario deja a las Administraciones públicas un **gran margen de configuración organizativa**, que debe ser concretado tanto a nivel *macro* como a nivel *micro*. Con el **nivel macro o externo** nos referimos a la configuración en sí de cada Administración pública dentro de la diversidad tipológica que ofrece nuestro sistema. El concepto de "Administración pública" no es más que una abstracción con la que en realidad se hace referencia a miles de organizaciones administrativas agrupables en categorías diversas. Además, cada Administración pública (especialmente las territoriales) tiene capacidad para diseñar y generar a su vez todo tipo de organizaciones complementarias para la atención descentralizada de sus heterogéneas funciones, determinando el régimen jurídico sustancial al que deben ajustarse esas estructuras autónomas en función de la forma elegida. En realidad, esas "filiales", aunque tengan reconocida personalidad jurídica propia, no dejarían de ser formas organizativas de la Administración matriz. Con el **nivel micro o interno** nos referimos a la estructuración hacia dentro de cada una de esas organizaciones, vertebradas normalmente por el principio jerárquico y estructuradas en subconjuntos que denominamos "órganos administrativos". A partir de esa configuración general y especial, es necesario abordar el régimen con el que se asignan las competencias entre y dentro de esas organizaciones, con todas sus posibilidades de ajuste o alteración en su ejercicio. El resto de esta lección viene a ofrecer un panorama de estos dos niveles organizativos, junto con el régimen de atribución y reajuste posterior de competencias administrativas a los mismos, sobre todo entre organizaciones.

2. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA MACRO: LOS TIPOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES

2.1. La tipología de Administraciones públicas

21. Ofrecer una tipología de las Administraciones públicas topa con el problema de definición de los límites de lo que denominamos Administración y de lo que entendemos por Derecho administrativo, que no son realidades coincidentes. Materia en la que es preciso arrancar, por un lado, de lo expuesto en la Lección 1, sobre la pluralidad de Administraciones públicas —territoriales o generales y funcionales o especiales (*supra* § 1.18 y 21)—, y sus tipos organizativos —con forma departamental y con forma de agencia (*supra* § 1.33-37)—, y, por otro, en la Lección 2, sobre la

expansión del Derecho administrativo y el carácter relativo de su correlación con la Administración pública (*supra* § 2.27).

22. De manera tradicional, el conjunto de las Administraciones públicas se clasifica en **territoriales y no territoriales**, según que el territorio sea o no elemento de definición de las mismas. Por supuesto, el ámbito territorial condiciona el alcance de las competencias de cualquier organización pública, pero los diversos niveles de gobierno político reconocidos en nuestra Constitución están vinculados entitativamente a un espacio geográfico que los identifica (Estado, comunidad autónoma, provincia, isla y municipio), con su población correspondiente, lo cual exige la dotación de una organización administrativa general que pueda gestionar en su conjunto los asuntos públicos de ese nivel territorial de gobierno (Administración General del Estado, Administración general de cada comunidad autónoma, diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, y ayuntamientos, respectivamente). A estos niveles territoriales se unen los casos singulares de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (*infra* § 11. 63) y de los territorios históricos vascos, con sus administraciones respectivas (*infra* § 10.11), así como de las comarcas, allá donde existen (Cataluña, Aragón y, puntualmente, la comarca de El Bierzo en Castilla y León; en Asturias son solo una división territorial [*infra* § 11. 64-70]). Todas ellas (salvo las comarcas, conforme al art. 3.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL) son Administraciones **territoriales o generales**, es decir, organizaciones connaturales a la correspondiente entidad política territorial fundamental, que están subordinadas a un órgano ejecutivo de gobierno, y se caracterizan por la generalidad de sus fines y funciones, si bien su nivel competencial y grado de autonomía es diferente.

23. Dentro de las Administraciones no territoriales o **especiales** se suele diferenciar entre **Administraciones institucionales** (instrumentales o funcionales) y **Administraciones corporativas**. Las primeras son entidades especializadas, creadas por y dependientes de una Administración territorial o general (nacen "de arriba abajo") si bien algunas gozan de una cierta independencia funcional. Las segundas son corporaciones de base asociativa y representativa que el poder público aprovecha para encomendarles algunas funciones públicas (nacen "de abajo arriba"). En ambos casos hace falta una ley reguladora de cada una de las categorías en sí (por ejemplo, organismos autónomos y colegios profesionales) y una ley de creación de cada entidad concreta (por ejemplo, la Escola Galega de Administración Pública y el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga). A las entidades instrumentales dedicaremos el siguiente epígrafe, sin perjuicio de su análisis posterior en cada nivel de Administración territorial, ofrecido en las lecciones siguientes (*infra* § 9.49-85; § 10.55-64 y § 11.82-89).

24. La **Administración corporativa** agrupa un heterogéneo conjunto de entidades caracterizadas, primero, por su base asociativa y representativa de sujetos privados, vinculados por algún interés económico o profesional colectivo, y, segundo, por el ejercicio de funciones públicas de atribución legal, compatibles con otras privadas de la misma organización (*infra* § 9.90-93 y § 10.63). Más que Administraciones públicas como tales, estas **corporaciones de derecho público** son manifestaciones

de autoadministración de intereses generales, a las que la legislación dota, junto a esas funciones, de una forma organizativa y de gobierno que aquí no cabe desarrollar. Es el caso de los **colegios profesionales** (Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, LCP), de las **comunidades de usuarios de aguas** (y de regantes) (arts. 81 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, TRLA), de las **cofradías de pescadores** (arts. 45 y ss. de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, LPME) y de las **cámaras oficiales de comercio, industria y navegación (**Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, LBCOCISN). También lo serían, en mi opinión, a pesar de su calificación formal como meras asociaciones privadas de configuración legal a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo (STC 67/1985, FJ 3, citada en otras posteriores), las federaciones deportivas (arts. 43 y ss. de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, LD), puesto que son únicas (por territorio y modalidad deportiva), de inscripción obligatoria para el deportista que quiera participar en competiciones oficiales, y ejercen evidentes funciones públicas delegadas, amén de su papel representativo del Estado, sobre todo a nivel internacional.

25. El panorama organizativo de las Administraciones públicas debe ser complementado con tres fenómenos organizativos complementarios que ofrece nuestro sistema jurídico. Por un lado, los **órganos constitucionales** y estatutarios no incardinados en el poder ejecutivo (el Senado, el Consejo General del Poder Judicial, el Valedor do Pobo gallego…) cuentan con una estructura o "administración pública" a su servicio. Son organizaciones específicas y vicarias, de "textura" administrativa, que se rigen sustancialmente por las normas de Derecho administrativo (*supra* § 2. 31). Por otro lado, existen diversos sujetos a quienes se atribuye el **ejercicio privado de funciones públicas**, que también requieren de cierta organización de apoyo —que será de carácter privado—, como es el caso de los notarios y registradores de la propiedad o del operador del sistema eléctrico (*supra* § 2. 33). Finalmente, está el ámbito de las **organizaciones internacionales** y, en especial, de la Unión Europea, que tienen una inequívoca dimensión administrativa, con sus reglas organizativas y de funcionamiento interno (*supra* § 2. 34).

2.2. El fenómeno de la creación de entidades instrumentales por las Administraciones públicas

26. Como se ha indicado, las Administraciones territoriales o necesarias pueden organizarse para atender sus tareas creando entidades dependientes y especializadas, a las que dotan de personalidad jurídica propia y de una mayor o menor autonomía operativa. Fenómeno cuyo análisis desglosamos en siete comentarios. **Primero**, se trata de una **técnica de descentralización funcional**, es decir, de opciones organizativas de cada Administración territorial para la gestión de sus competencias. **Segundo**, estas organizaciones instrumentales no solo se crean **en régimen de Derecho público**, como administraciones públicas especializadas (el Instituto de las Mujeres,

Enaire, o la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo), sino también **en régimen de Derecho privado** (fundamentalmente, sociedades mercantiles como INECO, y fundaciones como la FECYT), siendo necesario extender hacia ellas ciertos aspectos del régimen jurídico administrativo, sobre todo en la medida en que ejerzan funciones públicas (el caso de su régimen de contratación es paradigmático) (*supra* § 2.32). **Tercero**, como consecuencia de esa expansión, las leyes administrativas tienden a ampliar su ámbito subjetivo de aplicación para abarcar a todas esas entidades (Administraciones territoriales y sus entidades instrumentales públicas, e incluso privadas) mediante el uso de un concepto aglutinador de base económica: **el sector público** (*supra* § 1.15-17 e *infra* § 9.3).

27. Cabe poner el ejemplo de dos piezas fundamentales de la legislación administrativa como son la ley de régimen jurídico y la ley de contratos "del sector público". En el régimen de Franco, caracterizado como Estado centralista, se dictaron la Ley de régimen jurídico de la Administración "**del Estado**" (1957) y la Ley de contratos "**del Estado**" (1965). Luego, en el periodo constitucional, de signo descentralizador, pasaron a sustituirse por la Ley de régimen jurídico "**de las Administraciones públicas**" (1992) y por la Ley de contratos "**de las Administraciones públicas**" (1995). Finalmente, como consecuencia de la descentralización funcional y del vigoroso recurso a la creación de entidades instrumentales privadas, esa legislación se ha renovado como Ley de régimen jurídico "**del sector público**" (2015) y como Ley de contratos "**del sector público**" (2017).

28. Cuarto, dentro de las entidades instrumentales públicas hay un **abanico muy variado de moldes posibles** que, además, cada Administración territorial diseña para sí. Aunque en la práctica no son tan divergentes y, en general, se suele mirar hacia el modelo estatal, llama la atención que la competencia del artículo 149.1.18 CE no se haya utilizado para establecer referencias homogéneas. Lo cual no es de extrañar cuando la propia legislación estatal ha fracasado en sus intentos sucesivos de racionalización (Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [LOFAGE], Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, y LRSJP de 2015). Para empezar, todas estas reformas han sido incompletas, en el sentido de dejar al margen entidades apátridas, con un régimen singular o traje a medida (habilitado a través de las disposiciones adicionales de esas normas), como la Agencia tributaria o el Fondo de Garantía de Depósitos. Pero es que, además, luego la práctica no ha sido coherente con la aspiración de poner disciplina y reconducir las entidades existentes a los patrones generales. Como se explica en detalle más adelante (*infra* § 9.49 y ss.), hoy en la Administración General del Estado (art. 84 LRJSP) se identifican tres tipos de organismos públicos comunes (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales), pero acompañados de otras variadas figuras: dos tipos de organismos públicos "separados" (las autoridades administrativas independientes, y las universidades estatales), una fórmula de cooperación administrativa (los consorcios), dos formas organizativas importadas del derecho privado (sociedades mercantiles y fundaciones), y una figura heterogénea (los fondos sin personalidad jurídica o dotaciones presupuestarias que reciben esa configuración, que, si acaso, son una forma de organización o gestión del patrimonio financiero del Estado, pero no una entidad organizativa instrumental como tal). Todo ello sin perjuicio de posibles combinaciones organizativas al estilo de los conglomerados societarios privados

(por ejemplo, del organismo autónomo Consejo Superior de Deportes depende a su vez la agencia estatal antidopaje; de la entidad pública empresarial Enaire —Administración pública— depende la sociedad mercantil pública Aena SA; o de la empresa pública Tragsa —entidad de derecho privado en mano pública— depende a su vez la filial Tragsatec, también sociedad mercantil; además, ambas están integradas en un grupo perteneciente a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, que es una entidad pública empresarial).

29. Siendo quizá demasiado simplistas, se pueden utilizar tres rasgos para categorizar ese conjunto de figuras: la personificación pública o privada de la entidad; su régimen jurídico fundamental de actuación, también público o "privado", con matices; y su relación de dependencia o independencia con su Administración matriz. Así, una entidad instrumental de carácter público, que actúa en régimen de Derecho público y con dependencia funcional respecto a su matriz —aunque suene paradójico— es un **organismo autónomo** (o figuras equivalentes) (*infra* § 9.55-56). Si, con esas características, tiene un grado mayor de autonomía funcional (y, en consecuencia, de responsabilidad), nos encontramos ante una **agencia** (a la que se dota de un órgano colegiado presidencial para la rendición de cuentas) (*infra* § 9.57-58). Si la entidad instrumental es pública y tiene dependencia funcional respecto a su Administración, pero actúa en sus relaciones externas con sujeción a Derecho privado (con los matices que esta afirmación requiere), prestando servicios y obteniendo ingresos de mercado, es una **entidad pública empresarial** (o figuras equivalentes) (*infra* § 9.63-65). Si realiza estas últimas actividades, pero su forma de personificación es ya directamente privada, se tratará de una **empresa pública** (normalmente sociedad anónima) (*infra* § 9.67-73 y § 11.87-89). Si tiene forma de personificación privada, pero sus actividades son de interés general y sin ánimo de lucro, será una **fundación del sector público** (*infra* § 9.74-75). Si la entidad tiene carácter público y actúa en régimen de Derecho público, pero tiene independencia funcional asegurada respecto a la Administración de referencia y frente a los operadores económicos y sociales, será una Administración o **autoridad administrativa independiente** (*infra* § 9.78-82 y § 10.64). También pueden considerarse independientes, aunque con fines específicos y rasgos organizativos propios, la llamada Administración electoral (*infra* § 9.87-89) y las universidades públicas (*infra* § 9.85 y § 10.62) (si bien la STC 101/2003, FJ 5, destaca más bien la estructura y gobierno corporativos de estas últimas). Finalmente, a todas esas figuras básicas hay que sumar las que aparecen como asociaciones de las mismas, con distintas modalidades: **consorcios** (asociación de Administraciones públicas, entidades instrumentales e incluso sujetos privados); **mancomunidades** (asociación de municipios para la gestión común de determinados servicios, *infra* § 11.77-79); y **áreas metropolitanas** (asociación de municipios en torno a un macro núcleo de población, *infra* § 12.71-76).

30. Los **consorcios** (*infra* § 9.63-65) son un mecanismo frecuente de cooperación voluntaria interadministrativa para el desarrollo de actividades de interés común (tales como medidas de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos) caracterizado, primero, porque da lugar al nacimiento de una organización pública instrumental nueva y distinta de sus participantes, y segundo, porque permite la participación de Administraciones públicas de distinto nivel territorial, de sus organismos dependientes, e incluso de sujetos privados (siempre que el consorcio no tenga ánimo de lucro). En principio, las Administraciones participantes aportarán el personal funcionario o laboral necesario, sin perjuicio de la contratación excepcional de personal adicional. Los consorcios nacen mediante un convenio de colaboración y se rigen por sus estatutos propios. Su regulación básica se encuentra en la LRJSP (arts. 118 a 127) y en la LBRL (art. 57), que es el ámbito en el que surgieron y desde el que se han expandido. Un ejemplo es el Consorcio de Transportes de la Bahía de Cádiz, constituido para la creación y gestión de infraestructuras de transporte en ese espacio, y en el que participan siete municipios, la diputación provincial y la comunidad autónoma, con un reparto del 45, el 4 y el 51 por 100, respectivamente.

31. Dada su composición plural y para clarificar su régimen, nuestro ordenamiento exige desde 2013 que todo consorcio esté adscrito a una Administración pública específica. Lo cual comporta consecuencias relevantes de carácter jurídico (determina la regulación aplicable a los presupuestos, conta-

bilidad, control y personal del consorcio) y financiero (las finanzas del consorcio pasan a formar parte, aunque sea diferenciada, de los presupuestos de la Administración pública de adscripción y de su cuenta general). Dada su índole presupuestaria, esa **adscripción** se define al inicio de cada ejercicio, por lo que puede cambiar, y se rige por una serie cerrada y jerarquizada de criterios, que la STC 93/2017, FJ 7.d), ha sancionado como básicos. Se trata fundamentalmente de identificar la Administración dominante del consorcio en función de quién ejerza mayor control efectivo o aporte mayores fondos. En caso de participación igualitaria será la Administración de mayor tamaño en términos de población o de territorio. El resto del régimen de su organización y funcionamiento vendrá determinado por los estatutos consorciales. Las entidades consorciadas pueden ejercer su derecho de separación, y en caso de disolución del consorcio será necesario proceder a su liquidación y extinción, en un proceso que será liderado por la Administración de adscripción. Por último, cabe apuntar que la LCSP diferencia entre consorcios según que se financien o no mayoritariamente con ingresos de mercado. Y que existen consorcios aduaneros y sanitarios, que se rigen por sus disposiciones específicas.

32. Quinto, el derecho de la organización administrativa, pensado para las Administraciones territoriales e institucionales públicas, no se aplica como tal a las **entidades privadas en mano pública** (otra cosa es la extensión a las mismas de algunos aspectos y garantías propias del Derecho administrativo). Por tanto, su organización será la propia de esas entidades privadas (la de una sociedad anónima con su consejo de administración y su junta general, o la de una fundación, con su patronato y el protectorado al que rinde cuentas). Cuestión distinta es que la titularidad de estos entes instrumentales sea pública (cuando su accionariado o su patrimonio fundacional, inicial o actual, sean públicos en más del 50 por 100) y que, en consecuencia, sea una Administración pública formal la que ejerza el control de estas entidades y designe al menos a la mitad más uno de los miembros de sus órganos de gobierno (consejo de administración de la sociedad anónima o patronato de la fundación).

33. De todas formas, es cierto que la LRJSP incluye algunas prescripciones especiales sobre las **sociedades mercantiles** (arts. 103 a 108) y sobre las **fundaciones** (arts. 128 a 136) pertenecientes al sector público institucional del Estado, algunas de las cuales tienen implicaciones organizativas (*infra* § 9.66-75). A través de estos preceptos se definen estas figuras, se introducen requisitos para su creación (previos y adicionales a su constitución conforme al derecho privado) y se establecen las reglas de Derecho público que en todo caso les serán de aplicación (adicionales a la normativa jurídico-privada propia de cada figura). Se trata de reglas societarias o fundacionales especiales ("administrativas") que desplazan la aplicación de las normas generales del Derecho privado.

34. Sexto, no existe un criterio claro delimitador de **cuándo puede una Administración territorial dar a luz a una de estas entidades**, más allá de la necesidad de contar con los medios económicos, presupuestarios y de personal suficientes para que sea viable. Al menos, con motivo de la crisis financiera desatada en 2008 y de su continuación con la crisis del Covid y de los precios de la energía, las Administraciones se han visto compelidas a adelgazar algo su organización y su sector público dependiente para cumplir con las exigencias del nuevo dogma de la estabilidad presupuestaria pública (art. 135 CE y Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). Además, el legislador estatal ha intentado poner algo de disciplina en la creación y mantenimiento de entidades instrumentales, introduciendo previsiones sobre un control de eficacia y de necesidad de las mismas en la LRJSP, que no se aplican con todo su rigor.

35. El informe CORA de 2013, elaborado por la **Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas** pretendió ser una aportación relevante para la reorganización burocrática pública

al nivel macro del que estamos tratando. Finalizaba con una serie de propuestas concretas de reestructuración de entidades del sector público que en parte fueron llevadas a cabo, y algunos de sus criterios fueron plasmados en la LRJSP. Más bien se puede hablar de una buena oportunidad perdida para acometer, aprovechando el impulso de una aguda crisis financiera pública, un proceso de racionalización de la heterogénea constelación de las entidades satelitales públicas y de la propia Administración.

36. **Séptimo**, tampoco está claro cuándo estas entidades se deben crear en **régimen de Derecho público o de Derecho privado**, más allá de que el primero sea el apropiado para el ejercicio de funciones públicas, sobre todo cuando comporten uso de autoridad (como la aprobación de normas jurídicas o la persecución de infracciones), y el segundo sea el adecuado para la actuación en régimen de mercado, como un operador económico o social más. La capacidad de autoorganización de las Administraciones públicas permite muchas posibilidades que a veces no son fáciles de comprender cuando estas se visten para actuar con trajes propios del tráfico jurídico-privado.

37. Por ejemplo, resulta en principio sorprendente el alumbramiento de **fundaciones "privadas"** por parte de las Administraciones públicas. En el sentido de que aquellas se definen como organizaciones sin fin de lucro que tienen afectados de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Y es que una Administración pública tiene ya de por sí esas notas características y puede dar cumplimiento a esos objetivos de interés general sin temer a la caducidad de su vida biológica. La explicación puede estar, como señala GARCÍA-ANDRADE (2001: 113 y ss.), en la necesidad de dar un sentido material al derecho de fundación consagrado en el art. 34 CE, ligado a la actividad de beneficencia en general, y no meramente formal o civilista, pensando en esas específicas personas jurídicas, que en principio podrían tener también como fundador a un sujeto público. De manera que solo las entidades realmente benéficas o altruistas promovidas por particulares serían ejercicio del derecho fundamental de fundación en cuanto derecho de libertad para la consecución de fines de interés general, y quedarían amparadas por los arts. 22 y 34 CE. En cambio, las fundaciones dependientes de una Administración pública, a pesar de ser fundaciones en sentido civil, no tendrían esa cobertura, siendo personificaciones privadas meramente instrumentales con las que el sector público procura la consecución de los fines a los que sirve (2001: 142). Postura que fue después acogida por la jurisprudencia constitucional (STC 120/2011, FJ 5).

38. Ante la falta de criterios estrictos de delimitación, al menos es preciso defender que el ejercicio de funciones públicas propiamente dichas, con independencia de la forma jurídica del sujeto que actúe, debe comportar la "extensión" o "expansión" del **régimen y garantías propias del Derecho administrativo**. Ese es el sentido en el que hay que interpretar el inciso final del art. 2.2.b) LRJSP [coincidente además con el art. 2.2.b) LPAC], que alude al posible ejercicio excepcional de potestades administrativas por entidades de derecho privado en mano pública. Así, por ejemplo, las leyes administrativas se aplican a las posibles decisiones imperativas sobre el servicio de transporte urbano adoptadas por Metro de Madrid. S.A. (a pesar de ser formalmente una sociedad mercantil de la Comunidad de Madrid).

39. De todos modos, hay límites en la **correspondencia entre la forma jurídica y el régimen jurídico** de estas entidades instrumentales que no se pueden rebasar. Destaca en este sentido la STS de 14 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2812, que anula la imposición de una **sanción administrativa** por cuanto el procedimiento sancionador abierto por una Administración pública (la Confederación Hidrográfica del Guadiana) había sido "externalizado" y tramitado sustancialmente por una entidad de derecho privado (Tragsa SA) mediante una encomienda de gestión impropia (*infra* § 8.65). Todo ello a pesar de ser el capital de Tragsa íntegramente público y de contar con medios y competencia para realizar con rigor la tarea encomendada. Porque no basta con que la resolución final proviniese de

un organismo autónomo: todo el ejercicio de la potestad sancionadora debe corresponder a una Administración en sentido formal.

39 bis. Cabe cerrar este apartado con un apunte ilustrativo de la magnitud del fenómeno de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas. A través del INVENTE (Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local), previsto en el art. 82 LRJSP y que cabe consultar *online*, se puede comprobar que en 2025 en España hay censados casi 5.000 entes distintos (de los cuales 922 son organismos autónomos, 116 entidades públicas empresariales, 35 agencias, 9 autoridades administrativas independientes, 49 universidades públicas, 719 consorcios, 59 fondos sin personalidad jurídica, 861 fundaciones del sector público y 1886 sociedades mercantiles). Todo un panorama.

3. LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA MICRO: LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

40. La organización administrativa interna de cada Administración pública se construye mediante la combinación de piezas orgánicas (órganos y unidades administrativas, con sus dotaciones de medios y plantillas) y de funciones asignadas a esos elementos (competencias), que se armonizan gracias a una serie de principios y mecanismos de funcionamiento interno (*infra* § 14).

3.1. El triple nivel organizativo de persona, órganos y unidades administrativas

41. Con las limitaciones que tiene el recurso al antropomorfismo, resulta ilustrativo exponer que las Administraciones públicas son **personas jurídicas** (la atribución de personalidad jurídico-pública da unidad al complejo orgánico que constituyen), compuestas a su vez de muy diversos **órganos administrativos** que le dan vida (subconjuntos orgánicos con funciones específicas que ejercen en nombre de la Administración), en los que a su vez se integran y a los que sirven múltiples tejidos o **unidades administrativas** (cuadros en los que se integran los empleados de la Administración, que son esenciales, pero que carecen de autonomía y de visibilidad externa). Con todo, no siempre son conceptos bien delimitados.

42. Nuestro ordenamiento afirma hoy con claridad y contundencia que **cada una** de las Administraciones públicas tiene **personalidad jurídica única** para el cumplimiento de sus fines (art. 3.4 LRJSP). Sintéticamente, ha habido una evolución relevante en este recurso a la ficción jurídica que es la personalidad jurídica, construida en el Derecho privado para facilitar la cooperación de personas físicas y recursos en proyectos de carácter común que les trasciendan (*supra* § 1.14 y 19-20). En un primer estadio, la dogmática alemana del siglo XIX defendió la posibilidad de atribuir personalidad jurídica al Estado como conjunto o entidad política. A mediados del siglo pasado GARCÍA DE ENTERRÍA (1960) formuló su célebre teoría estatutaria del Derecho administrativo, según la cual la personalidad jurídica del Estado es en realidad encarnada, dentro de sus fronteras, por su Administración pública, a la que se dotaría de un régimen jurídico especial de actuación, plasmado

en derechos y deberes exorbitantes al Derecho común (los otros poderes del Estado representarían más bien al pueblo —las Cortes Generales— y al Derecho —el poder judicial—). Esa concepción predominó y tuvo plasmación en el Derecho positivo, pero su logro de unificación y clarificación de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración ha sido pronto difuminado por la eclosión de organismos públicos con personalidad jurídica propia, a causa de la descentralización política y del abuso en la generación de múltiples entidades instrumentales.

43. Los **órganos administrativos** son los elementos identificados y cualificados dentro de cada organización pública (por ejemplo, la Dirección General del Patrimonio del Estado es un órgano de la Administración General del Estado). Según el art. 5.1 LRJSP, son las unidades administrativas que tienen atribuidas funciones con efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo. Por tanto, los órganos administrativos son aquellas partes identificadas de la estructura administrativa con capacidad para expresar la voluntad de la persona o Administración en su conjunto y vincularla (emitiendo actos administrativos, celebrando contratos o convenios, dictando disposiciones de carácter general, etc.), o al menos con capacidad para intervenir en su formación de manera necesaria e identificada (un órgano consultivo o un órgano de selección). Los órganos no son piezas excluyentes, en el sentido de que en la línea jerárquica directa los superiores van envolviendo a los inferiores, como *matriuskas*, hasta que al final encontramos meras unidades que ya no constituyen órganos. Lo cual no quiere decir que se permitan duplicidades orgánicas (art. 5.4 LRJSP).

44. Por ejemplo, en la Administración de la Generalitat valenciana, persona jurídica, existe una *Consejería de Justicia y Administración Pública***, órgano administrativo**, de la que forma parte la *Secretaría autonómica de Administración Pública*, también **órgano administrativo**, de la que a su vez forma parte la *Dirección General de Función Pública*, también **órgano administrativo,** en el que a su vez se integra la *Subdirección General de Promoción Profesional*, también **órgano administrativo**, del que dependen varios Servicios. La subdirección general, la dirección general, la secretaría autonómica y la consejería son órganos de la Administración autonómica, pero en cada competencia el nivel de decisión y de intervención previa será diferente. El hecho de que el concepto de órgano se extienda hasta el ejercicio de funciones de intervención preceptiva en un procedimiento tiene un efecto muy expansivo. Así, en todo procedimiento sancionador debe existir un "órgano instructor", que normalmente es ejercido por un por un funcionario concreto, a veces con la asistencia de un secretario.

45. Finalmente, las **unidades administrativas** son el resto de elementos inferiores que componen la organización administrativa, sin llegar a estar individualizados con funciones específicas en las normas organizativas y procedimentales. *Áreas, Servicios, Secciones y Negociados* suelen ser las denominaciones de las estructuras o divisiones en que se articulan los órganos administrativos. Estas unidades se llegan a confundir ya con elementos personales de la organización, puesto que en sus últimos niveles pueden incluso estar encarnados por un único empleado público. A pesar de ello, debido al sentido jerárquico de la organización administrativa, en las plantillas orgánicas esos puestos serán designados como "jefatura" de negociado o "jefatura" de sección, aunque literalmente no haya nadie sobre quien ejercerlas.

3.2. Los órganos administrativos y sus tipos

46. Los órganos administrativos son los elementos centrales de la organización interna de las Administraciones (*supra* § 1.25-27), y son enormemente variados en su configuración y funciones. Se pueden clasificar con arreglo a diversos criterios o pares conceptuales, independientes y combinables, que ayudan a valorar esa heterogeneidad.

3.2.1. Órganos de gobierno o de dirección política y órganos administrativos

47. Es una clasificación que proviene de la distinción y simultánea integración entre Gobierno y Administración. Como sabemos, las Administraciones territoriales tienen como cabeza un **órgano político de dirección** (gobierno de la Nación, consejo de gobierno autonómico, junta de gobierno local o comisión de gobierno, así como sus comisiones delegadas, integradas de manera respectiva por ministros, consejeros o concejales, fundamentalmente). A través del mismo llega la legitimación democrática a la organización administrativa de la que es cabeza y se formulan las orientaciones programáticas para la gestión a realizar, aunque también puede ejercer puras funciones administrativas. Por su parte, la Administración estatal, autonómica o local respectiva se estructura en **órganos de naturaleza administrativa** para atender funciones con ese carácter. La distinción no es nítida, porque estos órganos administrativos tienen como titular a una autoridad de confianza política para asegurar la implementación de las orientaciones del gobierno respectivo. En concreto, los componentes del órgano de dirección política encabezan a título individual partes de esa Administración burocrática (ministerios, consejerías, concejalías), y designan a dirigentes de su confianza para hacerse cargo de parcelas inferiores de gestión sectorial, que serán nombrados formalmente por el órgano de gobierno (secretarios de Estado, viceconsejeros, subsecretarios, secretarios generales, directores generales o figuras semejantes). A todos ellos se les considera **altos cargos** a efectos de responsabilidad y de incompatibilidades (art. 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado). Más allá de estos niveles se encuentran los subdirectores generales o equivalentes, que también deben contar con la confianza de la autoridad directa de la que dependan, pero que encabezan órganos ya nítidamente administrativos o de gestión, y que no tienen la consideración de alto cargo.

48. Por ese motivo, se llega a considerar como integrantes del Gobierno de la Nación o de una comunidad autónoma a los altos cargos que son nombrados por esos órganos de dirección política para ocupar la jefatura de órganos que formalmente son administrativos. A este respecto, resulta de interés la **distinción entre el órgano** (la Dirección General) **y la autoridad titular** (el o la directora general). Por otro lado, en el ámbito de la Administración General del Estado se diferencia entre órganos administrativos superiores y directivos (art. 55 LRJSP), bajo cuya dependencia estarían "todos los demás órganos de la Administración" (aunque más bien habría que decir "unidades", que es realmente lo que queda) (*infra* § 924-33). En la AGE son órganos superiores los ministros y los secretarios de Estado, mientras

que órganos directivos son el resto de altos cargos, más los subdirectores generales. La ley solo indica que los primeros establecen los planes de actuación, y los segundos los desarrollan y ejecutan. En realidad, simplemente se reconoce un mayor peso político a los primeros que a los segundos, pero sin que la distinción entre órganos superiores y directivos tenga verdaderas consecuencias de régimen jurídico.

3.2.2. Órganos centrales, periféricos y extraterritoriales o en el exterior

49. Esta clasificación atiende al hecho de que la organización administrativa debe ramificarse no solo en sentido jerárquico, sino también territorial, para cumplir sus funciones en todo el ámbito geográfico sobre el que una Administración ejerce sus competencias. Así, junto a los órganos **centrales** que ejercen funciones sobre todo ese territorio (como la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural de la Junta de Andalucía), aparecen también los órganos **territoriales o periféricos** que actúan solo sobre un ámbito territorial parcial (por ejemplo, la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería). En la práctica, aunque nuestro modelo político está muy descentralizado, nuestras Administraciones públicas tienen el peso burocrático muy concentrado en sus órganos centrales. La organización periférica no solo es propia de las Administraciones territoriales: también hay Administraciones instrumentales que necesitan esa red de dependencias (como la Agencia Tributaria, que cuenta con delegaciones especiales territoriales, delegaciones, administraciones y administraciones de aduanas). Finalmente, una periferia especial es la **extraterritorial**, porque el ejercicio de competencias administrativas puede requerir la dotación de servicios exteriores al ámbito territorial de cada Administración. Sobre todo, la del Estado, debido a su competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales (apoyada en una red de embajadas, consulados y delegaciones permanentes), y algunos de sus organismos, debido al tipo de cometidos que realizan (como el ICEX o el Instituto Cervantes) (*infra* § 9. 40-42). Pero también algunas comunidades autónomas han abierto oficinas o delegaciones más allá de sus territorios respectivos e incluso en el extranjero, pues desarrollan cierta acción exterior (SSTC 165/1994; 31/2010, FJ 125; 46/2015, FJ 4; 228/2016, FJ 2; y 135/2020, FJ 4) (*infra* § 10. 47-49).

3.2.3. Órganos activos, consultivos y de control interno, y sus variedades

50. Más que un criterio de clasificación de los órganos en sí, se trata de identificar de manera aproximativa el tipo de tareas principales que desempeñan los mismos. Es tradicional distinguir entre **órganos activos** (el grueso de la Administración, dedicada a gestionar asuntos públicos y tomar decisiones: como el Servicio de licencias y disciplina urbanística del ayuntamiento de Badajoz), **consultivos** (órganos que asisten a los anteriores para asesorar técnica o jurídicamente en la toma de decisiones, situados al margen de la línea jerárquica —art. 7 LRJSP—: como la Asesoría jurídica de la Alcaldía de Badajoz) (*infra* § 14.49) **y de control interno** (del ejercicio de sus funciones por parte de los anteriores: la Intervención del ayuntamiento de Badajoz) (*infra* §§ 14.56 y 33). Sin que haya impedimento de partida para que los órganos

cumplan funciones mixtas, como la secretaría general técnica de un ministerio, salvo en casos que requieran de especial independencia operativa.

51. Como afirma SANCHEZ MORÓN (2024: 241-243) esta trilogía clásica de órganos, sustancialmente válida, debe ser enriquecida, si bien las categorías complementarias no están del todo asentadas y reconocidas. En mi opinión, más bien se trataría de identificar algunas especies dentro de esos tres grandes conjuntos. Así, las funciones "activas" son enormemente variadas, pudiéndose al menos especificar por sus singularidades el cometido de los **órganos arbitrales y de resolución de conflictos** (su misión activa consiste en dirimir conflictos entre particulares, asumiendo para ello la Administración una posición neutral: como la Junta Arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana: *infra* § 33.92); de los **órganos funcionalmente independientes de resolución de recursos** (su misión activa está en decidir sobre impugnaciones dentro de una Administración, pero al margen de la línea jerárquica de mando: como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del Ministerio de Hacienda) (*infra* § 33. 81); y de los **órganos de coordinación, colaboración y cooperación administrativa** (cuya misión es concertar y armonizar el ejercicio de competencias dentro de o entre Administraciones públicas: como la Comisión Interconsejerías castellano-leonesa de Apoyo a la Familia o la Conferencia Sectorial de Agricultura y Desarrollo Rural) (*infra* § 13.54-63 y 14.33). Por su parte, dentro de los órganos consultivos se deberían especificar los **órganos consultivos solemnes** (como el Consejo de Estado), los **órganos técnico-jurídicos** (como la Dirección General de Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Cantabria), los **órganos de apoyo interno** (cuya misión no es en sentido estricto de asesoramiento, como las gerencias informáticas o de equipamientos e infraestructuras, o va más allá del mismo, como los gabinetes) y los **órganos representativos o de participación** (en cuyas tareas prevalece la función de dar voz a la sociedad y al sector privado a través de organizaciones representativas y/o especializadas: es el caso del Consejo de la Ciudad de Zaragoza). Finalmente, en materia de control interno cabe diferenciar entre órganos de **control económico-financiero** (la Intervención General de la Seguridad Social) y **órganos de control de personal** (como la Inspección de Servicios de un Ministerio).

3.2.4. Órganos unipersonales y órganos colegiados

52. Todo órgano administrativo tiene un **sujeto titular oficialmente nombrado**, que puede ser **individual** (un alto cargo o autoridad administrativa concreta) **o colegiado** (un grupo de personas, ya sean autoridades, empleados públicos —de la misma o de distinta Administración—, o incluso particulares con alguna cualidad técnica o representativa), en cuyo caso uno de sus miembros asumirá la presidencia. La titularidad conlleva la capacidad de toma de decisiones y la responsabilidad por su ejercicio o por la falta de él. Otra cosa es la **dotación personal o plantilla** del órgano. Así, el Ministerio de Defensa tiene miles y miles de empleados que prestan servicio, pero un único titular o cargo que dirige el conjunto del ministerio, que es el ministro o ministra que ocupa esa cartera. En cambio, es frecuente que haya órganos colegiados cuyo elemento personal se limita a sus miembros componentes o titulares, careciendo de plantilla de apoyo propia, aunque reciban cierta asistencia administrativa de la organización a la que pertenezcan. Los órganos unipersonales son típicos de estructuras verticales y jerárquicas de mando, mientras que los colegiados son más apropiados para funciones consultivas y de participación (el Consejo Español de Turismo —CONESTUR—). Pero también hay órganos colegiados de gobierno de máximo nivel, que suelen tener carácter presidencialista (el Consejo de Gobierno de La Rioja). Con cierta frecuencia los órganos colegiados están compuestos por

autoridades que son a su vez titulares de órganos unipersonales (como la Comisión Interministerial de Precios de Medicamentos y Productos Sanitarios). En todo caso, el funcionamiento de los órganos colegiados está mucho más formalizado y se sujeta a reglas que condicionan la formación de la voluntad en los mismos. Las pautas fundamentales vienen expuestas en una Lección posterior (*infra* § 14.74 y 75).

4. LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS Y SU RÉGIMEN DE EJERCICIO

4.1. La atribución de competencias

53. Las competencias administrativas son una cuestión nuclear del Derecho administrativo en general y de la organización de las Administraciones públicas en particular. Se trata de las **concretas habilitaciones funcionales y materiales de atribuciones** (poderes-deberes en realidad, ya que son irrenunciables: art. 8.1 LRJSP) que se encomiendan a cada uno de estos sujetos públicos y que, al igual que el conjunto de la organización administrativa, tienen una doble dimensión de reparto o asignación: la general, **intersubjetiva o *ad extra*** (a qué organización corresponde ejercer cada tarea pública), y la particular, **intraorgánica o *ad intra*** (qué órgano dentro de esa organización actúa esas atribuciones).

54. Las Administraciones públicas —desde la europea a la local— son poderes constituidos al servicio de los intereses generales, y solo pueden ejercer aquellas facultades que expresamente se les atribuyan, y en la materia, en el modo y con el fin con los que esté previsto utilizarlas. Las competencias administrativas han de ser primero distribuidas entre Administraciones, debiéndose desconfiar o no tomar en sentido literal las cláusulas generales de apoderamiento como verdaderas atribuciones competenciales, así como descartar poderes implícitos (SANTAMARÍA, 1988: 883-884). La distribución se hace **normativamente** (en disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias) y utiliza para su concreción coordenadas de carácter material, funcional y territorial. Desde el **punto de vista material** nos referimos a los sectores y subsectores de actividad económica y social susceptibles de intervención administrativa (pesca marítima, propiedad intelectual, o convocatoria de referéndums, por ejemplo), que a veces son de difícil deslinde entre sí, ya que la realidad no está parcelada en compartimentos estancos y admite niveles diferentes de identificación. Desde el **punto de vista funcional** las competencias pueden ser de regulación o de ejecución. Además, dentro de las primeras es frecuente diferenciar a su vez entre regulación básica y de desarrollo, mientras que dentro de las segundas caben distintas especificaciones materiales (autorización, inspección, sanción, etc.). Desde el **punto de vista territorial** el ejercicio de competencias se puede asignar por referencia a las distintas circunscripciones administrativas reconocidas en nuestro sistema (municipio, isla, comarca, provincia, comunidad autónoma y territorio nacional) y, cuando no es posible, se apela a otros criterios más abiertos de funcionalidad operativa para su atribución (como ocurre con la calificación de ciertas infraestructuras —obras, puertos

o aeropuertos— como de "interés general" para reservarlos al Estado). El resultado del reparto puede dar lugar a **competencias exclusivas, compartidas o incluso concurrentes**, con sus problemas respectivos, que no es posible describir aquí. En el caso de las entidades locales, por su peculiar idiosincrasia, sus competencias se califican de propias, delegadas e impropias (art. 8 LBRL) (*infra* § 11.30-33 y 52-56). Una vez asignadas, las competencias pueden ser alteradas por distintos mecanismos, como se verá a continuación, y son ejercidas a través de medidas normativas y administrativas y de actuaciones materiales, pudiendo surgir conflictos por exceso o incluso por defecto con otras organizaciones, para cuya resolución existen varios cauces, en función de a quiénes afecta y del instrumento jurídico utilizado (*infra* § 13.85-92).

55. Resulta llamativa, en un Estado renovado y descentralizado como el nuestro, la cantidad de energía invertida en el diseño del reparto de competencias entre Administraciones y, posteriormente, en la resolución de conflictos derivados del reclamo de su titularidad y ejercicio, muchas veces con un relevante trasfondo político. Después de más de cuarenta años de jurisprudencia constitucional, el máximo intérprete de la Constitución sigue dedicando gran parte de sus pronunciamientos a abordar problemas competenciales y a atajar excesos de unos y otros, demostrando que el modelo no está del todo bien diseñado, que resulta artificioso, y que la voracidad competencial de las instancias políticas no respeta las reglas elementales de lealtad y cooperación institucionales.

56. En un segundo nivel esas competencias de titularidad de cada Administración han de ser adjudicadas internamente para su legítimo ejercicio. De hecho, la atribución de competencias es lo que realmente convierte a una unidad administrativa en órgano, porque le da capacidad de actuar, decidir o intervenir en una actuación administrativa. Y la competencia, junto con el procedimiento, son los dos condicionantes formales previos que enmarcan cualquier acción administrativa, la cual puede quedar viciada en su validez cuando no se ajustan a esas dos coordenadas (*infra* § 17.26 y 66.76). Así, los **defectos competenciales** pueden ser causa de **nulidad de pleno Derecho** de un acto administrativo [cuando son dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio: art. 47.1.b) LPAC], pero también de **anulabilidad** (cuando el defecto de competencia es meramente jerárquico, en cuyo caso cabe la convalidación: art. 52.3 LPAC), o simplemente constituir **irregularidades no invalidantes** (por ejemplo, cuando no se indica expresamente en una resolución que se ha adoptado por delegación, delegación de firma o suplencia: STS de 13 de abril de 2012, ECLI:ES:TS:2012:2616). Lo mismo puede ocurrir, con sus matices, con otros productos de la acción administrativas (contratos, reglamentos, actuaciones materiales…). En este ámbito interno también pueden surgir conflictos competenciales entre órganos que se califican "de atribuciones", y que normalmente corresponde resolver al superior jerárquico común.

4.2. Las técnicas de alteración del ejercicio de competencias

57. La práctica administrativa y el legislador (en especial a través de los arts. 8 a 14 de la LRJSP, de carácter básico) han ido decantando una serie de instrumentos que permiten reasignar la atribución o el ejercicio total o parcial de las competencias administrativas, por razones de conveniencia o para superar distintas situaciones que pueden

presentarse. Por razones de espacio nos limitamos a esbozar su concepto y clasificación. Las opciones disponibles pueden clasificarse con arreglo a tres criterios. El primero y más importante está en función del **objeto de la alteración competencial**: puede trasplantarse la competencia desde su raíz (**transferencia de competencias**); puede trasladarse el ejercicio de la competencia, pero conservando la titularidad (dando lugar a la **delegación de competencias**, cuando es una operación voluntaria, a la **sustitución** forzosa, que tiene su origen en incumplimientos graves, y a la **avocación**, cuando haya un órgano jerárquico superior que recabe para sí el ejercicio de una competencia); o puede alterarse solo alguno de los elementos del ejercicio de una competencia (introduciendo una colaboración material o técnica en el ejercicio de la competencia, denominada **encomienda de gestión**; auxiliando en la tarea de firmar las resoluciones administrativas resultantes, llamada **delegación de firma**; o asumiéndose el ejercicio temporal y provisional de una competencia, figura conocida como **suplencia**). Dentro de ese instrumental, hay una especial continuidad gradual o escalonada, que va de mayor a menor, entre las transferencias, las delegaciones y las encomiendas de gestión. Lógicamente esas operaciones pueden comportar el trasvase de medios materiales o personales, así como compensaciones económicas por el apoyo prestado. También se pueden clasificar estas técnicas según que el **sujeto destinatario** de la alteración sea un órgano de la misma o de distinta Administración, de manera que hay alteraciones internas, producidas dentro de una organización (**interorgánicas**), que según la LRJSP incluyen las que se producen entre una Administración y sus entes instrumentales dependientes (aunque en puridad serían intersubjetivas), y alteraciones externas, o efectuadas entre Administraciones diferentes (**interadministrativas**). Pondremos el énfasis, aunque sucintamente, en estas últimas, por tener un carácter más institucional, dejando las técnicas interorgánicas para la lección sobre el funcionamiento interno de la Administración (*infra* § 14.41 a 48). Finalmente, estos mecanismos se pueden clasificar según el **sentido jerárquico** de la alteración (que puede ser descendente, como normalmente pasa con la transferencia o la delegación de competencias, o ascendente, como ocurre con la avocación y con la revocación de competencias delegadas).

4.2.1. Alteración de la titularidad: transferencia

58. El traslado íntegro de una competencia (titularidad y, por tanto, su ejercicio) con todas sus consecuencias se denomina **transferencia de competencias**. Suele tener sentido intersubjetivo (entre Administraciones) y descentralizador, se realiza por ley orgánica o ley ordinaria, y puede tener por objeto competencias de regulación o de ejecución, en cuyo caso se debe acompañar de los medios personales y materiales necesarios. El Estado puede transferir competencias a las comunidades autónomas (art. 150.2 CE), con el techo marcado por el art. 149.1 CE, pero dado que los estatutos de autonomía han tendido a asumir el máximo de competencias apenas queda en la actualidad margen de crecimiento. Y ambos pueden transferir competencias a las entidades locales, también modificando su legislación local. Cuando estas operaciones de reasignación se producen dentro de una misma organización hablamos de **desconcentración** (art. 8.2 LRJSP).

4.2.2. Alteración del ejercicio: delegación y sustitución

59. El traslado voluntario, pero solo de las facultades de ejercicio, conservándose la titularidad de origen (con sus consecuencias a efectos de impugnación y de legislación aplicable), se denomina **delegación de competencias** y obedece a razones de eficacia. Pueden ser intersubjetivas (plasmadas en leyes o en convenios interadministrativos) o interorgánicas (por resolución administrativa, que puede requerir aprobación de un órgano superior, como ocurre en la AGE, y será publicada en boletín oficial). Estas últimas son muy frecuentes y necesarias, porque la asignación de competencias suele sobrecargar inicialmente a los órganos superiores de cada Administración, que no pueden en la práctica ejercerlas. Pese a que en ambos casos se habla de delegaciones, en realidad su régimen jurídico es muy diferente, y aquí solo nos referiremos a las primeras, al abordarse las delegaciones interorgánicas en *infra* § 14.42.

60. Las **delegaciones interadministrativas** no cuentan con una regulación general y homogénea. En primer lugar, están las delegaciones del Estado **a las comunidades autónomas**, que el artículo 150.2 CE prevé que se aprueben por ley orgánica. Hasta ahora, su utilización ha sido muy residual (como excepción está la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable). Los controles estatales sobre el ejercicio de la competencia delegada son moderados, no quedando la Administración autonómica delegada en una posición de sometimiento jerárquico respecto de la Administración estatal. Por otro lado, diversas leyes regulan las delegaciones estatales o autonómicas **a las entidades locales**. En la actualidad, el art. 27 LBRL regula específicamente las delegaciones a los municipios —igual que el art. 37 lo hace para las diputaciones provinciales—, que permiten acercar la acción administrativa al ciudadano, evitar algunas duplicidades innecesarias en la gestión pública, y producir un ahorro de recursos. De hecho, no pueden comportar aumento del conjunto de gasto ni comprometer la estabilidad presupuestaria de las partes implicadas. Estas delegaciones requieren aceptación de los municipios destinatarios, deben concretar su contenido, su financiación, su régimen de control —que puede ser intenso—, sus causas de revocación y renuncia, y su duración —no inferior a cinco años—, siguiendo para ello criterios homogéneos. Esta regulación encuentra a su vez desarrollo legislativo en algunas comunidades autónomas (como en el art. 19 de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local). Aparte de estas delegaciones, todas ellas **descendentes**, en la práctica también existen algunas **ascendentes**, cuando una entidad local con menor capacidad de gestión delega el ejercicio de una competencia propia en una entidad superior. Por ejemplo, algunos ayuntamientos vascos han delegado el ejercicio de algunas de sus competencias en servicios sociales a las correspondientes diputaciones forales.

61. Junto a la delegación "voluntaria" existe otra opción de alteración forzosa del ejercicio de competencias, que es la **sustitución** o reemplazo de una Administración por otra en caso no ya de conflicto, sino de incumplimiento grave de obliga-

ciones constitucionales o legales. Es un remedio excepcional, que requiere previsión normativa expresa (art. 155 CE, para comunidades autónomas, y art. 60 LBRL, para entidades locales), previa constatación de inactividad o incumplimiento, y requerimiento previo de reacción, y que se traduce en la intervención temporal de la Administración correspondiente.

4.2.3. Alteración de elementos concretos del ejercicio competencial: en especial, la encomienda de gestión

62. Finalmente, existen mecanismos para alterar entre órganos y, en algún caso, entre Administraciones públicas, solo **algún aspecto concreto del ejercicio de una competencia**, como los elementos materiales o técnicos de la misma, el estampado de la firma en las resoluciones definitivas resultantes, o el ejercicio temporal de la competencia. Son modificaciones que no alcanzan a la titularidad ni al ejercicio formal de la competencia, que siguen siendo de su titular. Solo se abordan aquí las encomiendas de gestión, ya que la **delegación de firma** y la **suplencia** se tratan en *infra* § 14.45 y 46 por tener siempre carácter interno dentro de cada organización.

63. Mediante la **encomienda de gestión** una Administración o entidad pública puede ejercer sus competencias apoyándose en los medios materiales y personales de otra, por razones de eficacia o de insuficiencia de medios propios (art. 11 LRJSP y arts. 8 y 37.1 LBRL). Son habituales en la práctica y pueden ser interorgánicas (mediante acuerdo expreso, cuando se produce entre órganos o entidades instrumentales de la misma Administración: *infra* § 14.47) o intersubjetivas (mediante convenio de colaboración entre Administraciones diferentes, que son las que aquí interesan), y se publican en diario oficial. Esta técnica permite la colaboración administrativa para la realización de actuaciones instrumentales de tipo prestacional (tareas materiales, técnicas o de servicios) o de gestión burocrática de competencias propias, cuyo ejercicio sustantivo se retiene por la organización encomendante. Su contenido puede ser muy heterogéneo, por lo que la figura plantea problemas de delimitación respecto a la delegación de competencias, con la que tiene clara contigüidad, y respecto a los contratos del sector público, que tienen un régimen de preparación y adjudicación mucho más exigente.

63 *bis*. A diferencia de la **delegación de competencias**, la encomienda no podrá llegar a consistir en la aprobación de actos jurídicos sustantivos o resoluciones finales (como una autorización o una sanción). La duda está en qué tipo de trámites previos o intermedios (en principio caben inspecciones técnicas, informes, encuestas y, en general, actos de auxilio o asistencia, aunque a veces se incluye incluso la elaboración de propuestas de resolución o de respuesta a recursos e impugnaciones) pueden llegar a encargarse sin alcanzar el nivel de una delegación formal, que sí alteraría el ejercicio mismo de una competencia. En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES (2024: 273) ha criticado que se utilice esta vía para ampliar competencias ejecutivas de las comunidades autónomas, incluso con traspaso de medios materiales y personales.

63 *ter*. Cuando las encomiendas de gestión tengan un **objeto material semejante al de los contratos públicos** (prestaciones de tipo obras, servicios o suministros) quedan excluidas de la LRJSP, como señala su artículo 11.1, párrafo segundo, que se remite a la legislación de contratos (en sentido recíproco, lo mismo dispone el art. 6.3 LCSP). En esos casos deberá valorarse, sobre todo cuando se contemplen compensaciones económicas, si la encomienda camufla la adjudicación directa de un encargo contractual que debiera salir a concurso público según los parámetros del artículo 6 LCSP (*infra* § 19.66), o si se trata de una fórmula organizativa de cooperación o de encargo de una prestación a un medio propio personificado (arts. 31 y 32 LCSP), que no hay problema en encomendar directamente.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 7ª edición, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2024.

Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, núm.155 (2001), pp. 107-145.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Verso un concetto di Diritto amministrativo como diritto statutario", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 10 (1960), pp. 317 y ss.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Teoría general de la organización administrativa", en *Derecho administrativo. Parte general*, 20ª edición, Tecnos, Madrid, 2024, pp. 225-270.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Las estructuras subjetivas", en *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1988, pp. 821-957.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, "La extensión del Derecho administrativo y su proyección contenciosa", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Vol. 4 (2021), pp. 7-65.

Germán FERNÁNDEZ FARRERES, "La delegación de competencias y la encomienda de gestión", en *Anuario del Gobierno Local 1997*, Marcial Pons, 1997, pp. 119 y ss.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE y otros, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Andrés MOREY JUAN, *Juridicidad y organización en la Administración española*, INAP, Madrid, 2023.

Teresa M. NAVARRO CABALLERO, "La encomienda de gestión como técnica de colaboración administrativa en pos de la eficacia en la gestión pública", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191 (2018), pp. 273 y ss.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41 (1984), pp. 43-86.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Teoría general de la organización administrativa", en *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 5ª edición, 2018, pp. 311-361.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 235-257
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L09
© Francisco B. López–Jurado
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 9
ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO ESTATAL

Francisco B. López–Jurado
Universidad de Navarra

SUMARIO: 1. EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.—2. LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.—3. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: 3.1 El prototipo de Administración pública general; 3.2 La dirección gubernamental.—4. LA ORGANIZACIÓN CENTRAL: 4.1 La estructura orgánica; 4.2. Los titulares de órganos directivos; 4.3 Las responsabilidades de los órganos superiores y directivos.—5. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL.—6. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL EXTERIOR.—7. LA ORGANIZACIONES ESTATALES ESPECIALIZADAS.—8. LAS ORGANIZACIONES ESTATALES ESPECIALIZADAS DEPENDIENTES: 8.1. Los caracteres generales; 8.2. Los organismos públicos comunes: *8.2.1. Los organismos autónomos; 8.2.2. Las entidades públicas empresariales; 8.2.3. Las agencias estatales*: 8.3. Los organismos públicos sectoriales; 8.4. Los organismos públicos de cooperación: los consorcios; 8.5. Las entidades públicas de Derecho privado: *8.5.1. Las sociedades mercantiles estatales; 8.5.2. Las fundaciones del sector público estatal;* 8.6. Los fondos sin personalidad jurídica.—9. LAS ENTIDADES ESTATALES ESPECIALIZADAS SEPARADAS: 9.1. Las autoridades administrativas independientes de regulación o supervisión; 9.2. Las entidades de participación o prestación dotadas de autonomía*;* 9.3. Las universidades públicas no transferidas; 9.4. Las entidades de soporte de funciones constitucionales; 9.5. Las corporaciones sectoriales de base privada.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

1. La lección "Administración y sector público estatal" requiere tratar de la **Administración General del Estado** (AGE en adelante) y de una variedad de tipos de entidades administrativas estatales. La AGE se configura como una Administración pública **general,** entre otras características (*infra* § 9.10), por tener asignada una generalidad de funciones de muy diverso tipo. En este sentido, la AGE no es sólo territorial (pues actúa tanto en España como fuera de España) sino que además es general (ejerce múltiples competencias y funciones). Esa generalidad de funciones distingue a la AGE de las otras entidades administrativas estatales de ella dependientes o a ella vinculadas.

2. La AGE forma parte del sector público conforme al artículo 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y es, evidentemente, estatal. Dentro del sector público estatal su posición es nuclear del mismo modo que, en términos de la física, lo es el núcleo del átomo. A su alrededor se encuentra **el resto del sector público estatal** constituido por entidades especializadas. A ese resto se refiere la LRJSP con la denominación **sector público institucional estatal** (art. 2.2 en relación con el art. 84 y el Título II de la LRJSP). Dentro de ese resto de sector público estatal deben, también, incluirse otras entidades dependientes o meramente vinculadas a la AGE no incluidas por la LRJSP entre las integrantes del sector público institucional estatal. Al conjunto formado por el sector público institucional estatal de la LRJSP y las demás entidades dependientes o vinculadas a la AGE lo denominamos **organizaciones estatales especializadas** (*infra* § 9.43). Dentro de ese amplio conjunto de tipos de entidades especializadas se distinguen, a su vez, dos grandes categorías: la de organizaciones **dependientes** de la AGE y la de entidades **separadas** de la AGE; estas últimas meramente vinculadas a la AGE.

3. La expresión **"sector público"** ha hecho fortuna para designar la nueva realidad de la organización administrativa (GARCÍA–ANDRADE, 2019: 180) como atestigua la denominación de importantes leyes que regulan la parte general del Derecho administrativo. El Derecho administrativo se aplica a los distintos tipos de organizaciones del sector público con una "pluralidad de intensidades" (GARCÍA–ANDRADE, 2019: 183). Sobre la expresión y su alcance véase *supra* § 1.15-17 y § 8.26.

2. LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

4. La **Constitución de 1978** contiene algunas indicaciones relevantes sobre la regulación del sector público estatal que ya han sido tratadas en otras lecciones (*supra* § 4.1-3 y § 8.5-13). Cabe aquí destacar algunas de esas previsiones y su alcance. El artículo 103. 1 CE dispone que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales de acuerdo con una serie de principios, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Esta norma tiene como destinatarios a todos los sectores públicos, esto es, estatal, autonómico y local, en toda la extensión de dichos sectores públicos.

5. La atribución de competencias exclusivas al Estado que realiza el artículo 149.1 CE se refiere tanto a competencias legislativas, normalmente ejercidas por las Cortes Generales, como ejecutivas que corresponden al Gobierno y a la Administración entendida como sector público estatal en su conjunto. Al disponer el art. 97 CE que el Gobierno dirige la Administración civil y militar se refiere directamente a la AGE y a las entidades estatales especializadas dependientes de la AGE; y de modo mucho más matizado a las entidades estatales separadas meramente vinculadas a la AGE (*infra* § 9.78).

6. El **Derecho de la Unión Europea** incide significativamente en los sectores públicos de los Estados miembros, también en España y, lógicamente, en el sector público estatal (*infra* § 12.52-60). Esa incidencia se concreta, en lo que ahora interesa, al menos: a) en la configuración de entidades estatales especializadas, b) en la creación de órganos administrativos específicos y c) en el establecimiento de requisitos organizativos para la aplicación disposiciones contenidas en la normativa europea.

7. El Banco de España es ejemplo de la configuración por el Derecho de la Unión Europea de entidades estatales especializadas (a). El Banco de España se integra en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) en virtud del artículo 282 y ss. TFUE; el Protocolo n. 4 Anejo a este Tratado aprueba sus Estatutos. Eso hace que su posición cambie sustancialmente respecto de la que ocupaba antes de que, con Unión Monetaria, se adoptara el euro como moneda única y hace a esa institución imposible de acoplar plenamente a alguna de las categorías que se expondrán más adelante. El Servicio ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias ejemplifica la creación de órganos administrativos por efecto de la normativa de la Unión Europea (b). Regulado por los artículos 44 y ss. de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo, dicho Servicio (SEPBLAC) es la unidad de inteligencia financiera (UIF) prevista actualmente por el artículo 32 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo. Ejemplo de lo tercero (c) sería la regulación de los requisitos que deben reunir entidades administrativas dependientes para ser consideradas medios propios personificados (M.P.). Esta consecuencia de la incidencia del Derecho de la Unión Europea se plasma en la normativa de contratación del sector público y en el artículo 86 LRJSP.

8. La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (**LG**) regula importantes cauces para la dirección del sector público estatal por el Gobierno. Es, sin embargo, la **LRJSP** donde se contiene la regulación organizativa de la AGE y de la mayor parte de entidades estatales especializadas. Junto a las normas de la Unión Europea y a las estatales generales sobre organización, se sitúan las **leyes sectoriales** que contienen disposiciones específicas para algunas entidades estatales especializadas, tanto dependientes como separadas. Lejos de lo que pueda parecer, esas normas son un buen número y afectan a sectores muy importantes de la acción del Estado.

9. Un ejemplo es el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, por el que se crea la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Esta agencia tiene encomendada la aplicación efectiva del sistema tributario estatal y aduanero. Otro ejemplo es el Centro Nacional de Inteligencia regulado por la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

3. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

3.1. El prototipo de Administración pública general

10. La regulación organizativa principal de la AGE se contiene en el Título Primero de la LRJSP (arts. 54 a 80) dedicado a la "Administración General del Estado". Dicha norma dispone que la AGE se integra en el sector público con la condición de Administración pública por previsión expresa del artículo 2.1 y 2.3 LRJSP. La noción de Administración pública ha sido tratada extensamente en las lecciones anteriores (*supra* § 1.1-12 y § 3.37-39). Cabe aquí añadir que la AGE constituye el prototipo de **Administración** pública general, por cumplir cinco características: a) gozar de reconocimiento constitucional o estatutario, b) ser inherente a una entidad política dotada de legitimidad democrática propia, c) cumplir funciones generales, no limitadas a un ámbito específico, d) tener asignadas las potestades administrativas más intensas: reglamentaria, sancionadora, expropiatoria, de inspección, planificación, etc. y, e) extender su actuación, conforme a las competencias que ostentan, a todas las personas que se encuentren en su territorio.

3.2. La dirección gubernamental

11. Como las demás Administraciones generales, la AGE es inherente a una entidad política que la dirige a través de su Gobierno. Lo expresa con claridad el artículo 97 CE al disponer que el Gobierno dirige la Administración. La **distinción entre Gobierno y Administración** no resulta nítida, como ya se expuso en su momento (*supra* § 1.25-27). El Gobierno desempeña funciones políticas constitucional y legalmente determinadas. Una de esas funciones consiste en actuar como cabeza y dirección de la AGE. A eso se añade que los miembros del Gobierno, por serlo, son también miembros de la AGE; se trata de instancias políticas y, al mismo tiempo, órganos superiores de la AGE.

12. El Presidente del Gobierno está facultado para plantear una cuestión de confianza ante el Congreso de los Diputados (art. 112 CE) o disolver las Cortes Generales (art. 115 CE). Esas actuaciones no suponen **dirección de la AGE**. En cambio, los acuerdos del consejo de ministros necesarios para el reconocimiento oficial de títulos universitarios de grado, máster y doctorado, conforme a lo que prevé el art. 27.1 del Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y el procedimiento de aseguramiento de su calidad, son **actuación "administrativa" o de "ejecución de leyes"** del Gobierno. La distinción entre funciones "políticas" y las de "ejecución de leyes" es necesariamente imperfecta como se expuso (*supra* §1.27).

13. La expresión del artículo 3.3 LRJSP capta para las Administraciones públicas generales esa misma idea al disponer que la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla (…) "bajo **la dirección del Gobierno** de la Nación, de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y de los correspondientes de las Entidades Locales". Los gobiernos dirigen la Administración pública a la vez que realizan otras tareas políticas.

14. La regulación legal de la organización estatal prevé un amplio poder de autoorganización en manos del Gobierno (*supra* § 8.14 e *infra* § 14.23-27). Así, corresponde a quien ostente la Presidencia del Gobierno la **creación, modificación y supresión de departamentos** ministeriales y secretarías de Estado, al igual que nombrar o separar quienes estén a su frente (arts. 2.2. j) y k) LG y 57.3 LRJSP).

15. En 2024, esa planta ministerial figura en el Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, de Presidencia del Gobierno, por el que se restructuran los departamentos ministeriales. Ahí aparecen 22 ministerios y sus secretarías de Estado junto a una somera descripción del ámbito de actuación correspondiente.

16. Es el consejo de ministros quien decide la creación, modificación y supresión de órganos directivos dentro de cada departamento, hasta el nivel de subdirección general. Lo hace mediante real decreto, a iniciativa del titular del ministerio afectado y a propuesta del de Hacienda, conforme al artículo 59.1 LRJSP. El Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, aprobó la **estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales**, en la que constan los órganos superiores (ya determinados en el Real Decreto 829/2023) y los órganos directivos de cada ministerio.

17. En el siguiente escalón, al consejo de ministros corresponde el **desarrollo** la estructura orgánica básica de cada ministerio mediante un real decreto específico en el que se detallan las funciones, atribuciones y competencias de cada órgano superior y directivo.

18. Ejemplos son: El Real Decreto 205/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa; el Real Decreto 207/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior; o el Real Decreto 273/2024, de 19 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática.

19. El artículo 59.2 LRJSP atribuye a quienes son titulares de departamentos ministeriales (los ministros), mediante orden ministerial, la creación, modificación o supresión de órganos inferiores al de subdirección general.

20. Por ejemplo, la Orden INT/859/2023, de 21 de julio, desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y territoriales de la Dirección General de la Policía; o la Orden ETD/1670/2020, de 8 de julio, por la que se crea el Consejo Asesor de Inteligencia Artificial dependiente del Ministerio de Transición Digital.

21. Así configurada, la planta de la Administración General del Estado comprende conforme al artículo 55.2 LRJSP: la organización central que integran los ministerios y los servicios comunes, la organización territorial y la Administración General del Estado en el exterior.

4. LA ORGANIZACIÓN CENTRAL

4.1. La estructura orgánica

22. La organización central se estructura fundamentalmente en Presidencia del Gobierno y en **ministerios** a los que corresponde uno o varios sectores funcional-

mente homogéneos de actividad administrativa (art. 57.1 LRJSP). Sus titulares (los ministros) forman parte del Gobierno (art. 98.1 CE, art. 1.2 LG), ostentan importantes competencias y funciones (hasta 21, conforme al art. 61 LRJSP) para el desarrollo de la acción del Gobierno en su ámbito específico de actuación como: ejercer la potestad reglamentaria, fijar los objetivos del ministerio, determinar o proponer su estructura interna, mantener relaciones con las comunidades autónomas y convocar las conferencias sectoriales en los ámbitos propios del ministerio; así como cuantas competencias les atribuyan las leyes y las normas de organización y funcionamiento del Gobierno (arts. 4 LG y 61 LRJSP).

23. Los ministerios constituyen órganos administrativos unipersonales en el sentido ya visto (*supra* § 8.52). Son órganos administrativos **complejos** por estar integrados por una pluralidad de otros órganos y unidades administrativas. Lógicamente, la complejidad depende del sector de actividad que le corresponda: es mucho más complejo el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa que el Ministerio de Juventud e Infancia.

24. La LRJSP establece una clasificación de órganos centrales integrados en los ministerios. Así distingue entre órganos superiores: ministro y secretarios de Estado; y órganos directivos: subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos, directores y subdirectores generales (art. 55. 3 LRJSP). En esta enumeración, la LRJSP nombra al órgano (que es un conjunto de medios y funciones, conforme art. 5.3 LRJSP) por su máximo cargo o titular, aunque es evidente que el órgano (ministerio, secretaría de Estado, etc.) es más que el cargo que lo dirige. Es importante resaltar que los ministerios están **ordenados jerárquicamente**. Quienes ocupan las secretarías de Estado dependen de la persona titular del ministerio. Los órganos directivos dependen de alguno de los órganos superiores del ministerio (arts. 7.2 LG y 60 LRJSP).

25. Junto a los ministerios y sus titulares, el otro tipo de órgano administrativo superior en la AGE son las **secretarías de Estado** cuyo titular se nombra y se separa por real decreto del consejo de ministros aprobado a propuesta del Presidente del Gobierno o del miembro del Gobierno a cuyo ministerio pertenezca la secretaría de Estado (art. 15.1 LG). Su responsabilidad se extiende a la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de la actividad específica de un ministerio (art. 7 LG y art. 62.1 LRJSP). Responden ante quien sea titular del ministerio en que se integran, y dirigen a los órganos directivos bajo su dependencia (art. 62.2 LRJSP).

26. Los **órganos directivos** de los ministerios comprenden las subsecretarías, las secretarías generales, las secretarías generales técnicas, las direcciones generales y subdirecciones generales. Las **subsecretarías** dirigen los servicios comunes del ministerio, mediante la realización de tareas como: apoyar a los órganos superiores en la planificación de la actividad del ministerio, en el control de su eficacia y de la eficacia de sus organismos públicos; entre otras señaladas en el artículo 63 LRJSP. De las subsecretarías dependen las **secretarías generales técnicas**, con competencias sobre los servicios comunes del ministerio relativas la producción normativa, la asistencia jurídica y las publicaciones (art. 65 LRJSP). Las **secretarías generales** pueden o no

existir según las normas que regulan la estructura del ministerio; estas le asignarán funciones sobre un sector de actividad administrativa determinado, conforme al artículo 64 LRJSP. Las **direcciones generales** gestionan una o varias áreas funcionalmente homogéneas del ministerio con las funciones detalladas en el artículo 66.1 LRJSP. Las **subdirecciones generales**, son los órganos responsables inmediatos, bajo la supervisión de una dirección general u otro órgano directivo del ministerio, de los proyectos, objetivos y actividades que tengan asignados y de la gestión ordinaria de asuntos de su competencia.

4.2. Los titulares de órganos directivos

27. El **nombramiento y separación** de quienes sean titulares de las subsecretarías, secretarías generales, secretarías generales técnicas y direcciones generales corresponde hacerlo al consejo de ministros a propuesta de la persona titular del ministerio correspondiente (arts. 63.3, 64.3, 65.3 y 66.2 LRJSP). El nombramiento de quienes ocupen las subdirecciones generales, en cambio, corresponde hacerlo al titular del ministerio, secretaría de Estado o subsecretaría de la que dependan (art. 67.2 LRJSP). Pueden designarse para ocupar los órganos directivos mencionados quienes sean funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales pertenecientes a cuerpos o escalas del subgrupo A1 del artículo 76 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), es decir, los cuerpos que exigen el título de grado y cuyas pruebas de acceso tienen mayor dificultad en atención a las responsabilidades que sus miembros están llamados a desempeñar. La anterior regla admite una excepción en el caso de que el real decreto que establece la estructura orgánica de los ministerios permita, en atención a características específicas de las funciones de una dirección general, que se designe como su titular a quien no forma parte de esos cuerpos de funcionarios. Esa excepción, prevista en el artículo 66.2 LRJSP, requiere motivar mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que la justifican.

28. La STS de 14 de diciembre de 2021 ECLI:ES:TS:2021:4672, resuelve un recurso planteado contra varias excepciones a lo previsto en el art. 66.2 LRJSP contenidas en la disposición adicional 7.ª del RD 139/2020, de 28 de enero. En su FD 8.º considera dicha excepción como discrecional por formar parte de la potestad de autoorganización, a la vez que se requiere justificación suficiente por expresa previsión legal. En el caso de autos, el FD 12.º considera que la justificación aportada para hacer esa excepción no es suficiente, por genérica e inconcreta, respecto de dos de las direcciones generales: la del Instituto de la Juventud y la de Políticas Palanca para el Cumplimiento de la Agenda 2030.

29. El **nombramiento** de los titulares de esos órganos superiores y directivos debe respetar, en cualquier caso, los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado. Su artículo 2 establece en qué consiste la idoneidad para dichos cargos, (apartado 1): "…Son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempe-

ñar…". El apartado 2 señala las condenas, inhabilitaciones, suspensiones y sanciones que excluyen la honorabilidad necesaria para ocupar altos cargos.

4.3. Las responsabilidades de los órganos superiores y directivos

30. Al referirse a los titulares de los ministerios el artículo 61 LRJSP afirma que "como titulares del Departamento sobre el que ejercen sus competencias, dirigen los sectores de actividad administrativa integrados en su ministerio, y asumen la responsabilidad inherente a dicha dirección. A tal fin, les corresponden las siguientes funciones: …". Como en otros preceptos de la LRJSP, los términos competencias, responsabilidades y funciones se emplean con escasa precisión, casi como sinónimos. Por ejemplo, si el artículo 61 LRJSP determina las **funciones** de los ministerios, el artículo 63.1 LRJSP establece las **competencias** de los subsecretarios.

31. La competencia se entiende como la medida de poder público que corresponde a una Administración pública o, dentro de esta, a un órgano administrativo (*supra* § 8.53). El término función, es más amplio que el de competencia en el sentido de que refiere también el conjunto de cometidos, atribuciones, responsabilidades, tareas que corresponden a una Administración pública o dentro de esta a un órgano o unidad administrativa. En ese sentido, la función evoca la realidad constitucional de entidades administrativas serviciales de los intereses generales. La idea de función destaca que, junto al poder, las Administraciones y sus órganos pasan a ser **responsables**, en una esfera de actuación, de la satisfacción de unos fines de interés general. La idea de función recalca el **carácter instrumental** de las Administraciones públicas, de las entidades especializadas y de los órganos administrativos.

32. Interesa destacar, en cualquier caso y pese a la imprecisión terminológica, que los artículos. 61 a 68 LRJSP establecen las responsabilidades abstractas (sin referencia a un ámbito material específico) que corresponden a cada uno de los tipos de órganos superiores y directivos de la AGE. Los reales decretos aprobados por el presidente del Gobierno y por el consejo de ministros en los que se determinan los ministerios, su estructura organizativa básica y en la que se desarrolla esa estructura son los que detallan **los concretos ámbitos materiales de despliegue de las funciones** o atribuciones que corresponden a cada uno de esos órganos.

33. Los reales decretos que desarrollan la estructura organizativa de departamentos ministeriales refieren las funciones de los distintos órganos. Así, por ejemplo, el citado RD 207/2024, de 27 de febrero, que desarrolla la estructura organizativa del Ministerio del Interior, o el RD 204/2024, de 27 de febrero, que recoge la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.

5. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

34. La organización territorial de la AGE descansa sobre una serie de órganos unipersonales jerárquicamente estructurados. En cada comunidad autónoma existe

una **delegación del Gobierno**. En cada provincia de las comunidades autónomas, incluso en algunas comunidades autónomas uniprovinciales, existe una **subdelegación del Gobierno** bajo la inmediata dependencia de la delegación del Gobierno (art. 69 LRJSP). Dichos órganos se consideran directivos con rango de subsecretaría —la delegación del Gobierno- y de subdirección general -la subdelegación del Gobierno— (art. 55.4 LRJSP). Completan la organización territorial de la Administración General del Estado la figura de los **directores insulares de la Administración General del Estado**, de posible creación en islas, con funciones equivalentes, para la isla, a las de los subdelegados del Gobierno (art. 70 LRJSP).

35. El Real Decreto 617/1997, de 25 de abril, de subdelegados del Gobierno y directores insulares de la Administración General del Estado, establece en su artículo 6 la existencia de **directores insulares** en las islas de Menorca, Ibiza–Formentera, Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, El Hierro y La Gomera.

36. La LRJSP regula con gran pormenor las **delegaciones del Gobierno** en las comunidades autónomas: sus funciones, el nombramiento y separación de sus titulares, el detalle de sus competencias (arts. 72 y 73 LRJSP), su estructura interna (art. 76 LRJSP) y los órganos colegiados de asistencia (art. 79 LRJSP). Cabe destacar que las personas titulares de las delegaciones del Gobierno representan al Gobierno de la Nación en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, dirigen y supervisan la actividad de la AGE y la coordinan con la Administración de la comunidad y con las entidades locales allí radicadas (art. 72 LRJSP). Las **competencias** de las delegaciones del Gobierno se estructuran en torno a cinco ejes (art. 73.1 LRJSP): a) la dirección y coordinación de la AGE y de los organismos públicos, b) la información de la acción del Gobierno e información a los ciudadanos, c) la coordinación y colaboración con otras Administraciones públicas, d) el control de legalidad y, e) proponer e informar a los ministerios competentes sobre las medidas y optimización de las políticas públicas con impacto en el territorio de la comunidad autónoma en que desempeña sus funciones. A esas competencias se suman el ejercicio de potestades sancionadoras, expropiatorias que le sean asignadas o delegadas, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, así como la garantía de la seguridad ciudadana a través de las subdelegaciones del Gobierno y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (art. 73. 2 y 3 LRJSP).

37. Si el **nombramiento** de los delegados del Gobierno se hace por real decreto del consejo de ministros a propuesta del presidente del Gobierno (art. 72.4 LRJSP), el nombramiento de subdelegados del Gobierno en cada provincia y el de directores insulares corresponde a los delegados del Gobierno (arts. 75 y 70 LRJSP), lógicamente en los casos de comunidades autónomas pluriprovinciales o uniprovinciales donde se hayan creado subdelegaciones del Gobierno (art. 69.4 LRJSP) y en las islas para las que se hayan creado direcciones insulares, conforme a lo ya expuesto.

38. En especial, a la **subdelegación del Gobierno** corresponde entre otras (art. 75 LRJSP) la dirección y coordinación de la protección civil en el ámbito de la provincia, además de la ya mencionada de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana.

39. Orgánicamente, toda la Administración territorial del Estado se inserta, conforme al art. 69.3 LRJSP, en el ministerio responsable de la política territorial en el que se integran las delegaciones del Gobierno, actualmente el Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática. A partir de ahí, los servicios territoriales se organizan para el mejor cumplimiento de sus fines en servicios integrados y no integrados en las delegaciones del Gobierno (art. 71.1 LRJSP). Los no integrados dependerán del órgano central competente sobre el sector de actividad en el que operen, al cual corresponde fijar los objetivos de actuación, así como controlar la ejecución de esos objetivos y el funcionamiento de dichos órganos (71.3 LRJSP). Los servicios territoriales integrados dependen de la delegación del Gobierno, o en su caso, de la subdelegación y actúan de acuerdo con las instrucciones técnicas y criterios operativos establecidos por el ministerio competente por razón de la materia (art. 71.4 LRJSP). En las delegaciones del Gobierno existen áreas funcionales para la gestión de los servicios integrados que dependen funcionalmente de los ministerios respectivos. Las competencias de los delegados y subdelegados del Gobierno respecto de los servicios integrados y las que corresponden a los ministerios de los que dependen funcionalmente se establecen por real decreto. Así, por ejemplo, las competencias de cada subdelegación sobre permisos de trabajo de extranjeros se ejercen bajo las instrucciones del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Y las competencias sobre reconocimientos de títulos académicos, bajo la dirección del Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes.

6. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL EXTERIOR

40. La Administración general del Estado en el exterior se constituye por **embajadas y representaciones permanentes** ante organizaciones internacionales a cuyo frente se encuentran los embajadores o representantes permanentes con la condición de órganos directivos de la AGE (art. 55.5 LRJSP). Su regulación es la prevista en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASE) a la que remite el artículo 80 LRJSP.

41. En las embajadas y representaciones permanentes se integran los órganos, unidades administrativas, instituciones y medios humanos y materiales de la AGE que integran el Servicio Exterior del Estado. La **embajada o representación permanente** se estructura en jefatura, cancillería y una pluralidad de órganos técnicos especializados, entre los que pueden contarse: consejerías, agregadurías, oficinas económicas y comerciales, oficinas técnicas de cooperación, oficinas sectoriales, centros culturales y centros de formación de la Cooperación Española, e Instituto Cervantes. La clave de esa articulación reside, como se deduce de los artículos 41.1 y 45 LASE, en la **dependencia jerárquica** de los órganos técnicos especializados de la jefatura de embajada o representación permanente, y la **dependencia orgánica y funcional** de los respectivos Departamentos ministeriales concernidos por razón del sector de acción exterior en que desarrollan su actividad. Los artículos 42.5 y 44.6 la LASE

establecen que es el consejo de ministros quien acuerda la creación o supresión de misiones diplomáticas permanentes; nombra y cesa a la persona que ejerce su jefatura.

42. La representación diplomática, aunque integrada en la AGE bajo dirección del Gobierno, afecta al Estado en su conjunto (BAENA DEL ALCÁZAR, 1992: 174). Como se puso de relieve hace muchos años, al Estado están sometidos quienes forman parte de él, independientemente de que residan en el territorio nacional o en el extranjero (NIETO, 1971: 41). La realidad de la acción exterior y la existencia del Servicio Exterior del Estado hacen preferible, junto a otros motivos, el empleo del calificativo "general" al de "territorial" para nombrar a las Administraciones públicas que ejercen una multiplicidad de funciones en distintos ámbitos (*supra* § 9.10).

7. LAS ENTIDADES ESTATALES ESPECIALIZADAS

43. Las entidades estatales especializadas integran, junto a la AGE, el sector público estatal (*supra* § 9.1-2). Esas entidades incluyen las que integran el **sector público institucional estatal** (art. 2.2 en relación con el art. 84 LRJSP) así como otras entidades en las que concurren conjuntamente **tres características fundamentales**: a) la especialización, b) la estatalidad, y c) el hecho de contar con sustantividad propia por ser organizaciones, entidades, sujetos; distintos de los órganos administrativos.

44. a) Se entiende que son entidades especializadas las que tienen asignadas, por previsión normativa, **funciones específicas**. La especialidad puede establecerse directamente en precepto normativo referido a una concreta entidad o en la decisión de creación de la entidad especializada tomada por la AGE. La especialidad de funciones distingue con claridad a las entidades estatales especializadas respecto de AGE.

45. b) Son estatales las entidades **dependientes o vinculadas a la AGE**. Esa posición se determina por **previsión normativa**, constitucional o legal, de vinculación al Estado. Otro factor que determina la existencia estatalidad es la dependencia efectiva a la AGE plasmada en que esta dispone de un **control efectivo**, directo o indirecto, sobre dicha entidad.

46. c) La **personalidad jurídica** propia y diferenciada resulta un elemento determinante de la existencia de una entidad administrativa con subjetividad propia. Ese es el supuesto más habitual. Cabe, sin embargo, pensar en entidades como la Administración electoral que, sin contar con personalidad jurídica propia, goza de la **subjetividad necesaria** para ser considerada un sujeto y no un mero órgano administrativo.

47. En otro lugar se han identificado otros factores distintos de la personalidad jurídica que determinan la existencia de una **subjetividad externa** propia efectiva en el mundo del Derecho: a) gozar de reconocimiento normativo explícito por norma constitucional, estatutaria o con rango de ley, que les asigna funciones especializadas y un ámbito propio de decisión, b) inexistencia de mecanismos de control de las decisiones propias por otras entidades administrativas; y c) contar con una estructura administrativa propia, aunque sea mínima (LÓPEZ–JURADO, 2020: 132-136).

48. Dentro de los tipos de entidades estatales especializadas se distinguen, a su vez, como ya se anticipó (*supra* § 9.2), dos grandes categorías: la de organizaciones dependientes de la AGE y la de organizaciones separadas de la AGE; estas últimas vinculadas, pero no dependientes de la AGE.

8. LAS ENTIDADES ESTATALES ESPECIALIZADAS DEPENDIENTES

8.1. Los caracteres generales

49. Las entidades estatales especializadas dependientes son aquellas sobre las que el Gobierno que dirige la AGE está en condiciones de desplegar una dirección efectiva ya sea directa o indirecta. Conforme a lo ya explicado para todas las Administraciones públicas (*supra* § 8.26), estas entidades se integran en una de dos categorías: **organismos públicos** u **entidades de Derecho privado**. Los primeros integran otras subcategorías: los **organismos públicos comunes**, los organismos públicos sectoriales y los organismos públicos de cooperación. Los organismos públicos comunes, a su vez, engloban como subtipos a los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y a las agencias estatales. Los **organismos públicos sectoriales** acogen una pluralidad de organismos públicos estatales no regulados directamente por la LRJSP. Los **organismos públicos de cooperación**, en el nivel estatal, se concretan en los consorcios. Las entidades de Derecho privado se integran a su vez por **sociedades mercantiles estatales** y **fundaciones del sector público**. A esas categorías hay que añadir la atípica de los fondos estatales sin personalidad jurídica (8.6). Las universidades públicas no transferidas se tratan dentro de las entidades separadas (9.3).

8.2. Los organismos públicos comunes

50. La **distinción** de los organismos públicos comunes respecto de los sectoriales descansa en el sometimiento de unos y otros a la normativa general sobre organización, plasmada, fundamentalmente, en la LRJSP. A los organismos públicos **comunes** se aplica el grueso de la regulación contenida en las normas generales por las que se regula la organización del sector público estatal, la LRJSP. Esta opera como un gran archivo de regulación aplicable a una multitud de entidades agrupadas en torno a los tres tipos básicos de organismos públicos comunes de los que se trata a continuación (*infra* § 9.55-59). En los organismos públicos **sectoriales**, en cambio, la regulación sectorial específica resulta prevalente sobre la general que es de aplicación meramente supletoria. Los organismos públicos comunes se diferencian de los organismos públicos de cooperación en que la creación de estos últimos requiere el acuerdo de dos o más Administraciones públicas generales.

51. Todos los tipos de **organismos públicos comunes** tienen la consideración de Administraciones públicas por disposición del artículo 2.3 LRJSP. A los estatales se les aplican unas mismas reglas contenidas en los artículos 88 a 97 LRJSP relativas a actividades propias, personalidad jurídica, estructura organizativa, creación, plan de actuación, estatutos, fusión de organismos públicos, gestión compartida de servicios comunes y disolución.

52. La **creación** de organismos públicos al servicio de la Administración General del Estado se efectúa por norma con **rango de ley** a cuyo anteproyecto debe acompañar una propuesta de estatutos y de plan inicial de actuación (art. 91 LRJSP); su **disolución** requiere acuerdo del consejo de ministros (art. 96 LRJSP). El consejo de ministros aprueba los estatutos de los organismos públicos (art. 93.2 LRJSP). La aprobación de los planes anuales de actuación corresponde al ministerio al que esté vinculado el organismo concreto (art. 92.2 LRJSP).

53. La ley por la que se prevé la creación de un organismo público determinado puede establecer exenciones para ese organismo respeto de las reglas de la LRJSP. Los mismos requisitos que debe reunir el anteproyecto de ley (propuesta de estatutos, plan inicial de actuación, conforme al artículo 91.3 LRJSP para los organismos creados por el Estado) no son vinculantes para normas posteriores con rango de ley. Como se ha dicho (MONTORO, 2017: 33): "la fuerza material de la Ley suple toda torpeza preparatoria". Si se tiene en cuenta que la fusión de organismos públicos puede hacerse por norma reglamentaria "aunque suponga modificación de la ley de creación" (art. 94.2 LRJSP) y su **transformación se realiza mediante acuerdo del consejo de ministros** "aunque suponga modificación de la ley de creación" (art. 87.3 LRJSP), hemos de concluir que la exigencia de ley para la creación de organismos públicos constituye un sinsentido dentro de la lógica de la propia ley que solo se puede entender como una suerte "autolimitación del legislador" (BOTO, 2016: 221); poco efectiva, se podría añadir, respecto de legislaciones futuras que quieran hacer excepción de esos preceptos.

54. La **exigencia de ley** de creación aumenta el riesgo de multiplicar las especialidades de regulación y los regímenes singulares desfigurando los caracteres fijados en las normas generales de régimen jurídico del sector público. Ese riesgo parece favorecido por la literalidad del artículo 91.2.b) LRJSP cuando prevé que la ley de creación establecerá, "en su caso": los recursos económicos, las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley. Resulta una paradoja que una misma ley regule esas cuestiones para cada tipo organizativo y disponga que la ley de creación, "en su caso", debe hacer lo propio con esas mismas cuestiones; algunas de las cuales desbordan el alcance de la legislación estatal, por venir fijadas en la normativa de la Unión Europea.

8.2.1. Los organismos autónomos

55. Los **organismos autónomos** estatales regulados en los artículos 98 a 102 LRJSP (*supra* § 8.29) añaden a los rasgos comunes a todos los organismos públicos el que: a) desempeñan funciones típicamente administrativas y b) su actuación se rige por el Derecho administrativo como general y común de estos organismos. Los organismos autónomos son creados para el desempeño de actividades propias de la AGE, tanto de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos, como de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, en la dicción del artículo 98.1 LRJSP.

56. Ejemplos son: la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, la Biblioteca Nacional de España O.A., el Centro de Investigaciones Sociológicas O.A. (CIS), el Organismo Autónomo Instituto de la Juventud, el Organismo Autónomo Parques Nacionales.

8.2.2. Las entidades públicas empresariales

57. Las **entidades públicas empresariales** reguladas en los artículos 103 a 108 LRJSP son organismos públicos comunes (*supra* § 8.29). Dependientes de una Administración pública general, dotadas de personalidad jurídico–pública propia y gozan de autonomía de gestión. A esos rasgos se añaden: a) su actuación está sometida a Derecho privado salvo en aquellos casos excepcionales en que ejerciten potestades administrativas por previsión legal expresa, b) su organización, régimen de personal, económico–financiero, presupuestario, de contabilidad y patrimonial se rige por el Derecho administrativo, c) junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación y, d) se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, a excepción de aquellas entidades que tengan la condición o reúnan los requisitos para ser declaradas medio propio personificado (M.P.) de conformidad con los artículos 86 y 103 LRJSP. Formalmente son Administraciones públicas (art. 2.3 LRJSP) aunque el Derecho administrativo no es de aplicación, con carácter general, a su actuación, como se acaba de exponer.

58. Ejemplos de entidades públicas empresariales estatales son: el Instituto de Crédito Oficial (ICO), ADIF–Alta Velocidad, SEPES Entidad Pública Empresarial de Suelo, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) o la popular EPE Renfe Operadora.

8.2.3. Las agencias estatales

59. Las **agencias estatales** son organismos públicos comunes con todos los rasgos de esa categoría: están dotadas de personalidad jurídica pública, gozan de patrimonio propio y autonomía en su gestión; están facultadas para ejercer potestades administrativas (*supra* § 8.29). Su regulación se encuentra en los artículos 108 *bis* a *sexies* LRJSP, procedentes de la disposición final 34 núms. 8 a 13 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021. Frente a otros tipos de organismos públicos comunes, las agencias estatales pueden gozar de una **mayor autonomía** de gestión, de mayor flexibilidad en la formulación y cumplimiento de sus objetivos, de mecanismos específicos de exigencia de responsabilidades conforme al respectivo contrato plurianual de gestión (art. 108 *ter* 2 y 3 LRJSP), así como de una mayor flexibilidad en cuanto al reclutamiento de personal (art. 108 *quáter* LRJSP).

60. Ejemplos son: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, Agencia Española de Seguridad Aérea, Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y la popular Agencia Estatal de Meteorología.

8.3. Los organismos públicos sectoriales

61. Los organismos públicos sectoriales se caracterizan frente a los comunes por la prioridad de su **regulación sectorial** sobre la general reguladora de la orga-

nización administrativa en el Estado, en definitiva, la LRJSP. Constituyen ejemplos organismos públicos sectoriales las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Centro Nacional de Inteligencia, las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado. Todos esos tipos y entidades cuentan con legislación sectorial específica. La LRJSP prevé mediante disposiciones adicionales específicas (12.ª, 17.ª, 18.ª) su aplicación supletoria. En el caso de las entidades integrantes de la Administración de la Seguridad Social, la disposición adicional 13.ª LRJSP prevé la supletoriedad específica de los preceptos de la LRJSP aplicables a los organismos autónomos.

62. Además de los ejemplos citados, se ajustan a esta categoría, algunos museos objeto de ley específica como la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado, cuyo estatuto se aprobó por Real Decreto 433/2004, de 12 de marzo. El régimen jurídico detallado es el establecido en la Ley de creación y en el estatuto, donde se detallan cuestiones sobre su personal, sus bienes, recursos económicos, acceso a espacios, cesión de colecciones, participación en sociedades o fundaciones. La Ley 34/2011, de 4 de octubre, reguladora del Museo Centro de Arte Reina Sofía, sigue casi a la letra la regulación de la Ley 46/2003 para el Museo Nacional del Prado.

8.4. Los organismos públicos de cooperación: los consorcios

63. Los organismos públicos de cooperación entre Administraciones públicas generales son entidades administrativas especializadas dependientes que desempeñan funciones de fomento, prestación o gestión común de servicios públicos. Estas entidades se caracterizan por manifestar con la creación de una persona jurídica pública la **cooperación voluntaria** de Administraciones públicas generales conscientes de que esa fórmula puede suponer una más eficaz realización de una actividad o prestación de un servicio. Otros rasgos que caracterizan a los organismos públicos de cooperación son: a) su actuación está sometida a Derecho administrativo y, excepcionalmente, al Derecho privado en función de lo previsto en la normativa o en los propios estatutos, b) su consideración como Administraciones públicas creadas mediante convenio de las Administraciones públicas generales intervinientes, c) su organización, régimen de personal, económico–financiero, presupuestario, de contabilidad y patrimonial se rige por el Derecho administrativo. En esta categoría, dentro del sector público estatal, se incluyen los consorcios.

64. Los **consorcios** estatales regulados en los artículos 118 a 127 LRJSP se crean por la AGE y otras Administraciones de distinto nivel. Se persigue el desarrollo de actividades de interés común en el ámbito de sus respectivas competencias (*supra* § 8.30) y es posible que participen en el consorcio entidades privadas (art. 118.1 LRJSP).

65. Ejemplos de consorcios son: la Casa de América, creada por convenio de la AGE a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Madrid; el Instituto de Astrofísica de Canarias, el Consorcio Centro de Investigación Biomédica en Red (CIBER); el Consorcio de la Ciudad de Cuenca. Es notorio, sin embargo, la utilización mucho más intensiva de esta figura en el nivel local (CASTILLO, 2017: 1963, 1988).

8.5. Las entidades públicas de Derecho privado

66. Las entidades de Derecho privado bajo control directo o indirecto de la AGE son entidades estatales especializadas dependientes (*supra* § 8.32). Frente a los organismos públicos se caracterizan por: a) contar con personalidad jurídico–privada y b) la aplicación de normas de Derecho privado a su organización y actuación. A esas normas de Derecho privado propias de la constitución y actuación de esas entidades se suma un cada vez más tupido conjunto de reglas de Derecho administrativo. En realidad, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 113 LRJSP para las sociedades mercantiles estatales y por los artículos 130 y 131 LRJSP para las fundaciones del sector público estatal, la aplicación del ordenamiento jurídico privado aparece constreñido por las disposiciones de la LRJSP, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y de la normativa (pública) presupuestaria, contable, de personal, de control económico–financiero y de contratación. El Derecho administrativo aplicable a estas personas jurídico privadas es, por tanto, más extenso e intenso que lo que pudiera parecer a primera vista. En la categoría de entidades administrativas de Derecho privado se encuadran las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público.

8.5.1. Las sociedades mercantiles estatales

67. La regulación administrativa de las **sociedades mercantiles estatales** se contiene en los artículos 111 a 117 LRJSP (*supra* § 8.33) y en las disposiciones sobre patrimonio empresarial del Estado contenidas en el Título VII de la LPAP. La LRJSP establece para las sociedades estatales: a) una definición (art. 111) en la que se concretan las condiciones que determinan cuándo se considera controlada por la AGE: participación en su capital social superior al 50 por 100 o control efectivo directo o indirecto de la AGE aplicando los criterios de la normativa mercantil, b) unos principios gestores aplicables a su gestión y a la dependencia de la AGE (art. 112), c) reglas sobre su régimen jurídico (art. 113), sobre su creación, adquisición de este carácter de forma sobrevenida y liquidación (art. 114) cuya autorización corresponde al consejo de ministros (conforme al art. 169 f) LPAP), d) el régimen de responsabilidad aplicable a los miembros de los consejos de administración designados por la AGE (art. 115), e) la tutela por la Administración matriz que implica la posibilidad de impartir instrucciones a dichas sociedades (art. 116) y, f) reglas sobre régimen presupuestario, de contabilidad, de control económico–financiero y de personal (art. 117).

68. El art. 113 LRJSP prohíbe que las sociedades mercantiles estatales dispongan de facultades que impliquen el **ejercicio de autoridad pública** "sin perjuicio de que excepcionalmente la Ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades públicas". La actualización de esa posibilidad atrae hacia el ejercicio de las potestades "administrativas" por sociedad mercantil la sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en las normas de

la LRJSP conforme al inciso final del artículo 2.2.b) LRJSP y al artículo 2.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). El ejercicio excepcional de esas potestades queda, pues, sometido a Derecho administrativo.

69. Dicho ejercicio es abiertamente criticado por la doctrina como letal para las garantías de los administrados (MONTOYA, 2021: III.1) e incluso se ha negado abiertamente su posible existencia real (MÍGUEZ, 2021: 37). En última instancia, la aplicación de las leyes administrativas a estas sociedades depende de que se entienda por ejercicio de **"potestades públicas"**. Si se sigue un concepto amplio (así, GAMERO, 2021; 104 y VELASCO, 2022, 52) efectivamente se pueden encontrar situaciones en las que una sociedad mercantil ejerce "potestades públicas".

70. La LPAP distingue entre sociedades mercantiles estatales meramente **controladas** directa o indirectamente por la AGE (art. 166.1.c) LPAP) y aquellas otras cuyo capital social sea en su totalidad de **titularidad directa o indirecta** de dicha Administración (art. 166.2 y arts. 176 a 182 LPAP). En ambos casos, la posición de la Administración matriz incluye el control interno de la sociedad.

71. Esa distinción se expresa con propiedad empleando las categorías de sociedades con accionariado público excluyente y sociedades con accionariado público concurrente con accionariado en manos privadas, entre las que, a su vez, puede diferenciarse, según la participación pública sea de control o minoritaria (VILLAR, 1950/2022: 505 - 506). Solo cuando hay una **posición de control** cabe considerar que estamos ante una sociedad mercantil pública.

72. La distinción entre unas y otras sociedades mercantiles estatales es relevante a efectos de los previsto en la normativa de contratos del sector público, en concreto de la posibilidad de realizar encargos a medios propios personificados (M.P.).

73. Ejemplos de sociedad mercantil estatal son: Agencia EFE S.A. S.M.E., Renfe Mercancías S.M.E. S.A., Minas de Almadén y Arrayanes S.A. S.M.E., Navantia S.A., Empresa Nacional de Residuos Radiactivos (ENRESA), AENA S.M.E. S.A., Empresa de Transformación Agraria S.A. S.M.E. M.P. (TRAGSA).

8.5.2. Las fundaciones del sector público estatal.

74. Las fundaciones del sector público estatal se regulan por los artículos 128 a 136 LRJSP (*supra* § 8.33 y 37) Dichas fundaciones deben constituirse como tales y estar bajo control directo o indirecto de la AGE, conforme al artículo 128.1 LRJSP. Sus actividades deben realizarse sin ánimo de lucro para el cumplimiento de fines de interés general propios de la fundación, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o bajo contraprestación, artículo 128.2 § 1, b). A lo que se añaden dos previsiones importantes en el artículo 128.2 § 2 LRJSP: a) que "únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa (…)", y b) que no podrán ejercer potestades públicas; en este caso, sin matices ni excepciones.

75. Ejemplos de Fundaciones son: Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas Carlos III M.P., F.S.P. Instituto de Cultura Gitana, Fundación Lázaro Galdiano F.S.P., Fundación Pluralismo y Convivencia F.S.P.

8.6. Los fondos sin personalidad jurídica

76. Los fondos estatales sin personalidad jurídica se incluyen en el sector público institucional estatal por los artículos 84.1.f) y 137 a 139 LRJSP. Carecen, sin embargo, de subjetividad externa propia y de estructura organizativa por lo que son una anomalía entre las entidades administrativas. Se trata, más bien, de cauces de disposición de recursos financieros para finalidades específicas. Así lo confirman las remisiones contenidas en esos preceptos a la normativa presupuestaria y patrimonial.

77. Ejemplos de Fondos son: Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas F.C.P.J., Fondo de Recapitalización de Empresas Afectadas por el COVID F.C.P.J., Fondo para Operaciones de Inversión en el Exterior de la Pequeña y Mediana Empresa F.C.P.J., Fondo de Financiación de las Comunidades Autónomas. Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto F.C.P.J.

9. LAS ENTIDADES ESTATALES SEPARADAS

9.1. Las autoridades independientes de regulación o supervisión

78. Las autoridades independientes realizan actuaciones de regulación o supervisión sobre sectores económicos o actividades determinadas. Para esto cuentan con una **especial autonomía** o independencia organizativa y funcional respecto de las Administraciones públicas generales, también la AGE, y respecto de cualquier interés empresarial o comercial. Desempeñan funciones especializadas en ámbitos de control, de supervisión de enteros sectores o de consulta previstas en la ley que regula su surgimiento y actuación. Conforme a la ley de creación, generalmente, son consideradas Administraciones públicas.

79. El elemento que determina el surgimiento de autoridades independientes es la **neutralidad** en el ejercicio de funciones y potestades administrativas. Justifica esa neutralidad el que se trata de entidades cuya acción se proyecta también sobre las Administraciones públicas generales por lo que la dependencia de estas las convertiría en juez y parte.

80. La neutralización política significa en determinadas circunstancias el bloqueo de la dirección del Gobierno (prevista con carácter general en el art. 97 CE) salvo una **mínima supervisión** encaminada a evitar situaciones gravemente irregulares, en favor del servicio objetivo al interés general (art. 103.1 CE) como forma de limitación del poder político con el fin de evitar su utilización partidista (MAGIDE, 2000: 124, 125 y 246). Desde la perspectiva constitucional, es posible esa neutralización si se entiende la Administración que el Gobierno dirige *ex* art. 97 CE en el sentido mencionado (supra § 9. 5); como, con matices, sugiere (MAGIDE, 2000: 237 a 240).

81. Las **leyes de creación** de estas autoridades, en ocasiones por la incidencia del Derecho de la Unión Europea, determinan el detalle de sus funciones y re-

gulación. Los artículos 109 y 110 LRJSP establecen unos mínimos que no hacen sino remitir a la ley de creación, a los estatutos de la autoridad correspondiente; declarando de aplicación supletoria a lo previsto en la LRJSP sobre los organismos autónomos. La ley de creación suele coincidir con la legislación del sector regulado como es el caso del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG), o la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) creada por la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (LOAIReF). Otros ejemplos de autoridades independientes de regulación o supervisión serían: la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

9.2. Las entidades de participación o prestación dotadas de autonomía

82. Las entidades de participación o prestación dotadas de autonomía incluyen personas jurídicas vinculadas a la AGE, pero dotadas de garantías de separación debidas a su carácter participativo y de consulta, o a la relación entre la prestación encomendada y el ejercicio de derechos fundamentales.

83. Entre las entidades de participación dotadas de personalidad jurídica y de garantías de separación respecto de la AGE se encuentra el **Consejo Económico y Social** previsto constitucionalmente en el artículo 131.2 CE. Sus características son: a) realiza funciones consultivas y de asesoramiento en materias socioeconómicas, b) en régimen de autonomía organizativa y funcional, c) cuenta con personalidad jurídico pública, d) cuenta con una importante participación de entidades sociales: sindicatos, confederaciones de empresarios, y representantes de sectores agrarios, marítimos, de economía social; así como de personas de reconocido prestigio. La Ley 21/1991, de 17 de junio, de creación del Consejo Económico y Social, determina el régimen de esta entidad, su composición y los elementos básicos de su régimen de funcionamiento.

84. Dentro de la categoría de entidades de participación o prestación dotadas de autonomía se sitúan los **medios de comunicación dependientes del Estado** o de cualquier ente público para los que el artículo 20.3 CE dispone que la ley regulará su organización y el control parlamentario "garantizando el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España". A partir de ahí, la regulación legal de este tipo organizativo responde a los caracteres esenciales de: a) control parlamentario, b) separación respecto del gobierno respectivo y c) autonomía de gestión conforme con lo específico de la función peculiar encomendada. En el ámbito estatal la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal (LRTVE) regula la Corporación RTVE como sociedad mercantil estatal cuyo capital es exclu-

sivamente estatal, dotada de especial autonomía e independencia funcional (art. 5 LRTVE), respecto de la que las Cortes Generales ejercen control de modos diversos entre los que se cuentan la aprobación, cada ocho años, de mandatos–marco (art. 4 LRTVE) y la designación de los miembros del Consejo de Administración a razón de seis miembros el Congreso y cuatro el Senado (art. 11 LRTVE). Los objetivos de los mandatos–marco se concretan cada cuatro años en contratos programa entre el Gobierno y la Corporación RTVE de cuyo cumplimiento deben ser informadas anualmente las Cortes Generales (art. 32 LRTVE).

9.3. Las universidades públicas no transferidas

85. Las universidades públicas están dotadas de autonomía reconocida por la Constitución en los términos que la ley establezca conforme al artículo 27.10 CE y se encuentran vinculadas al despliegue de derechos fundamentales como los de producción científica y técnica o libertad de cátedra reconocidos en el artículo 20.1 b) y c) CE. La LRJSP ubica las universidades públicas en el sector público institucional (art. 2.1.c), disponiendo que se regirán por su **normativa específica** y supletoriamente por las previsiones de la LRJSP. Las universidades públicas no transferidas forman parte del sector público institucional estatal (art. 84.1 g) LRJSP) y para ellas se dispone (art. 84.3 LRJSP), que se regirán por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y por la LRJSP en lo que no esté previsto en su normativa específica. Esa normativa específica se contiene en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario. La inmensa mayoría de las universidades públicas (en la actualidad, todas, excepto la Universidad Pública Menéndez Pelayo y la UNED) forman parte del sector público autonómico y no del estatal.

9.4. Las entidades de soporte de funciones constitucionales

86. Las entidades de soporte de funciones constitucionales son entidades carentes de personalidad jurídica, pero dotadas de subjetividad externa propia en el sentido antes referido (*supra* § 9. 46 y 47) que desarrollan funciones auxiliares específicas reguladas por el Derecho administrativo. No constituyen Administración pública al no contar con personalidad jurídica propia ni estar previstas como tales en la LRJSP.

87. La **Administración electoral** carente de personalidad jurídica constituye un ejemplo claro de entidades administrativa especializada de soporte de funciones constitucionales en la que la neutralidad política juega un papel esencial. A pesar de su apariencia endeble y de contar con un entronque constitucional difuso (art. 68 CE), resulta una pieza angular del funcionamiento de todo el sistema de Estado social y democrático de Derecho. Regulada en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), Título I, Capítulo III, la Administración electoral está formada por la Junta Electoral Central, las juntas electorales de cada

Comunidad Autónoma, las juntas electorales provinciales, las juntas electorales de zona y las mesas electorales (art. 8.2 LOREG).

88. La función específica confiada a esta Administración electoral es la de ordenar el proceso electoral de acuerdo con los principios de transparencia, objetividad e igualdad (art. 8.1 LOREG); función que se despliega con la atribución a las respectivas juntas de en un amplio haz de competencias directamente vinculadas con el desarrollo del proceso electoral y de otras, previstas explícitamente en el artículo 19 LOREG, que pudieran calificarse como auxiliares o instrumentales respecto de las función específica que desarrolla dicha Administración electoral.

89. Esta "Administración" aparece en la LOREG dotada de unas fuertes garantías tanto orgánicas como funcionales de independencia y neutralidad destacadas en su día por la STC 24/1990, FJ 2. Las garantías de carácter orgánico se refieren a la designación de los miembros de las Juntas (arts. 9-11) y a su inamovilidad (art. 16). Las garantías funcionales incluyen el régimen de recursos administrativos, en el que se excluyen las alzadas impropias ante Administraciones públicas generales, u otras entidades (art. 21). La independencia de la Administración electoral es paradigmática y muestra que la Administración independiente es posible en nuestro sistema institucional (SOLOZÁBAL, 1993: 73).

9.5. Las corporaciones sectoriales de base privada

90. Las corporaciones sectoriales de base privada se constituyen por previsión legal sobre la base de una **asociación de personas físicas o jurídicas** que comparten intereses económicos o profesionales comunes (*supra* § 8.23). Su legislación específica les atribuye personalidad jurídico–pública y algunas **funciones públicas** que ejercen conforme al Derecho administrativo. No son Administraciones públicas y se rigen por el Derecho administrativo únicamente en lo relativo al ejercicio de las funciones públicas atribuidas. La actividad que realizan es, en gran parte, privada y sometida al Derecho privado.

91. Las corporaciones sectoriales de base privada no se contemplan en la LRJSP, pero el art. 2.4 LPAC al delimitar el ámbito de aplicación de dicha ley dispone que "las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley". Algunas de esas corporaciones tienen entronque constitucional como es el caso de los **colegios profesionales** para los que el artículo 36 CE dispone que su estructura interna y funcionamiento deben ser democráticos. La Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP), regula en su artículo 9 los consejos generales de los colegios profesionales y los colegios de ámbito nacional. Ambos casos son tipos de corporaciones sectoriales estatales de base privada.

92. La previsión legal y el anclaje constitucional hacen que de la doble función que cumplen los colegios profesionales —velar de los intereses de sus miembros de un lado y de cumplir funciones

públicas de otro—, deba considerarse prevalente la de **velar por los intereses generales** respecto de las funciones públicas encomendadas (NOGUERA, 2017: 122).

93. También cuentan con cobertura constitucional las **cámaras oficiales** como organizaciones profesionales que contribuyen a la defensa de intereses económicos que les sean propios y cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos según dispone, sin mencionar la denominación "cámaras oficiales" el artículo 52 CE. La Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Servicios y Navegación, regula en el artículo 5 con carácter básico las funciones públicas de estas cámaras de ámbito normalmente autonómico. Su capítulo V, artículo 20 a 33, trata de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España que es una corporación sectorial estatal de base privada.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. Bibliografía citada

Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *Instituciones Administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

Alejandra BOTO ÁLVAREZ, "Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", en Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO (Director), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 197-283.

Federico A. CASTILLO BLANCO, "La incidencia de la nueva ley de régimen jurídico del sector público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos", en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA SORIA (Coordinadores), *Los Retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Tomás de la Quadra–Salcedo Fernández del Castillo*, Tomo II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 1961-1989.

Eduardo GAMERO CASADO, "Delimitación conceptual de la potestad administrativa", en Eduardo GAMERO CASADO, *La potestad administrativa*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 50-152.

Jorge GARCÍA–ANDRADE GÓMEZ, "El «sector público» como referente actual del derecho administrativo", *Revista de Administración Pública,* núm. 209 (2019), pp. 175-208.

Francisco B. LÓPEZ–JURADO, "Los criterios doctrinales de clasificación de las organizaciones administrativas", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1 (2020), pp. 101-146.

Mariano MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000.

Luis MÍGUEZ MACHO, *La modernización del procedimiento administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

María Jesús MONTORO CHINER, "La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015 ¿Principios, Reglas, Directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182 (2017), pp. 27-57.

Encarnación MONTOYA MARTÍN, "Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público", e*n Francisco LÓPEZ MENUDO (Director), Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Instituto García Oviedo, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2021, pp. 199-234 (recurso electrónico).

Alejandro NIETO, "Entes territoriales y no territoriales", *Revista de Administración Pública,* núm. 64 (1971), pp. 29-51.

Alejandro NIETO, "La Administración sirve con objetividad a los intereses generales", en Sebastián MARTÍN–RETORTILLO (Coordinador), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2251.

Belén NOGUERA DE LA MUELA, "Los Colegios Profesionales a la luz de las Leyes 39 y 40/2015: algunos aspectos de su régimen jurídico", en Joaquín TORNOS MAS (Coordinador), *Estudios sobre las Leyes 29/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 107-129.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Una visión institucional del proceso electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39 (1993), pp. 63-80.

Francisco VELASCO CABALLERO "Aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo Común a sujetos privados", en Mário AROSO DE ALMEIDA y Luis MÍGUEZ MACHO (Coordinadores), Regimes Gerais do Procedimento e da Atividade Administrativa*: XIV Colóquio Luso–Espanhol de Professores de Direito Administrativo, Coimbra,* 2022, págs. 45-71.

José Luis VILLAR PALASÍ, "La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 3 (1950), pp. 53-130, también en Alberto RUIZ OJEDA (Editor), *José Luis Villar Palasí (1922-2012) Obras Selectas*, Iustel, Madrid, 1950/2022, pp. 451-520.

10.2. Bibliografía complementaria recomendada

Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 5ª edición, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2020.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Las Administraciones españolas*, Tecnos, Madrid 2018.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23 (2019), pp. 107-143.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 259-279
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L10
© Alba Nogueira López
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 10
ADMINISTRACIONES Y SECTORES PÚBLICOS AUTONÓMICOS

Alba Nogueira López
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO AUTONÓMICO: 1.1. Nacimiento, traspaso de efectivos y medios materiales; 1.2. Diversidad de tipologías organizativas.—2. AUTONOMÍA POLÍTICA, POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN Y LÍMITES DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL: 2.1. Autonomía política y autoorganización; 2.2. La incidencia de los principios de estabilidad presupuestaria y unidad de mercado en la organización autonómica.—3. LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO AUTONÓMICA: 3.1. Las previsiones de los estatutos de autonomía; 3.2. Leyes autonómicas de régimen jurídico de las Administraciones y de sus sectores públicos.—4. LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS: 4.1. Estructura orgánica central y periférica; 4.2. La actividad exterior de las CCAA; 4.3. Algunos procesos de innovación y mejora organizativa en las Administraciones autonómicas.—5. LOS SECTORES PÚBLICOS AUTONÓMICOS. TIPOLOGÍA DE ENTES INSTRUMENTALES.—6. BIBLIOGRAFÍA: 6.1 Bibliografía citada: 6.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO AUTONÓMICO

1.1. Nacimiento, traspaso de efectivos y medios materiales

1. La Constitución Española de 1978 (CE) marcó el inicio de un proceso de **descentralización política** al abrir las puertas al **Estado autonómico.** El Título VIII de la Constitución recogía la posibilidad de que la articulación territorial pudiera añadir un nivel institucional hasta el momento inexistente: las comunidades autónomas. Un nivel territorial que si bien la Constitución no establecía como necesario (art. 137 CE: "El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses"), con el paso del tiempo impulsó un proceso generalizado de descentralización. Hoy todo el territorio español está articulado en comunidades autónomas. A diferencia de municipios y provincias las comunidades autónomas tienen una **autonomía de "naturaleza política", no administrativa**, caracterizada por el autogobierno para la gestión de sus asuntos y el poder legislativo sobre su ámbito competencial.

2. El **Tribunal Constitucional** ha ido construyendo una jurisprudencia que fija los contornos de esta autonomía política. Las CCAA en el ejercicio de su autogobierno cuentan con cámaras parlamentarias que legislan en el marco de sus competencias, pueden determinar sus presupuestos, ordenar sus gastos o establecer ciertos tributos. "En efecto, la Constitución prefigura, como antes decíamos, una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito" (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3). Tienen "competencia exclusiva "para ordenar y regular su hacienda", "como elemento indispensable para la consecución de su autonomía política" (STC 31/2010, FJ 130). Igualmente, "una de las facetas más significativas de la autonomía presupuestaria que las comunidades autónomas tienen constitucionalmente reconocida como manifestación de su autonomía política y financiera (arts. 2, 137 y 156.1 CE), es la capacidad para definir y ordenar sus gastos en los correspondientes presupuestos (STC 127/2019, FJ 4). También las habilita para desarrollar una "acción exterior" en defensa de sus intereses ante la UE o terceros países, incluso abriendo oficinas de representación exterior siempre y cuando éstas no conlleven la celebración de tratados (*ius contrahendi*), la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado (STC 165/1994, STC 85/2016).

3. Las comunidades autónomas accedieron a su autogobierno por vías diversas que tuvieron un impacto en su **nivel competencial de partida**. Un primer grupo formado por los territorios que habían plebiscitado su estatuto de autonomía durante la II República (Euskadi, Cataluña, Galicia), al que se unió Andalucía, accedieron por la denominada "vía rápida" (Disposición transitoria 2.ª, art. 151.1 CE) con un mayor número de competencias. Las comunidades autónomas de "vía lenta" (art.143.2 CE) nacieron con un menor techo competencial y con otros aspectos de su autonomía política más acotados (limitación de la capacidad presidencial de convocatoria electoral, celebración obligatoria de sus elecciones conjuntamente coincidiendo con las elecciones municipales). Los pactos entre los partidos políticos UCD y PSOE que impulsaron la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (LPrA) para

frenar el proceso autonómico, aunque fueron declarados sustancialmente inconstitucionales por la STC 76/1983, tuvieron un efecto claro en que estas comunidades autónomas tardaran en nivelar su techo competencial con las que habían accedido por la vía rápida.

4. Estos **pactos autonómicos de 1981** para MUÑOZ MACHADO (2007) "generalizan en todo el territorio español las Comunidades autónomas y uniforman u homogeneizan el contenido de la autonomía (aunque se mantenga la diferenciación, que puede ser simplemente transitoria, si al término de cinco años de aprobados los Estatutos se reforman éstos, entre las Comunidades constituidas por la vía del artículo 151 y las que disponen de Estatutos elaborados por el procedimiento previsto en los artículos 143 y concordantes de la Constitución)".

5. Posteriormente, sucesivas reformas de estos estatutos de autonomía (1991, 1994, 1996-2001) supusieron **ampliaciones competenciales** en ámbitos centrales del autogobierno autonómicos como sanidad o educación. Las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas no han estado exentas de **conflictos competenciales**, siendo estos especialmente acusados en esos momentos coincidentes con el nacimiento o reformas estatutarias o en periodos en que se producen procesos de recentralización (los datos apuntan picos de conflictividad en las legislaturas 1982-1989, 2000-2004 y 2011-2016).

6. A medida que fueron aprobando sus respectivos estatutos de autonomía, las comunidades autónomas han ido construyendo sus propias Administraciones públicas. Al igual que sucede en el ámbito de la Administración General del Estado (AGE, *supra* § 9.1), también en el plano autonómico (*supra* § 1.18) en cada comunidad autónoma hay una **Administración general** de la que dependen **Administraciones especiales** (organismos públicos y agencias) además de otras entidades con formas jurídico–privadas (sociedades de capital y funcionales) que, aunque no son formalmente Administraciones públicas tienen personalidad jurídica e integran el llamado sector público autonómico porque gestionan servicios públicos o desarrollan tareas de interés público.

7. Las CCAA disponen de **potestad de autoorganización** por lo que la configuración de sus modelos organizativos autonómicos les da amplias dosis de libertad para adoptar soluciones organizativas diversas (ej. una Administración más centralizada y compacta o una Administración más descentralizada con oficinas por todo el territorio autonómico; un sector público instrumental más reducido o extenso; la creación de organismos conjuntos con los entes locales para la prestación de servicios, etc.). Sin embargo, debe recordarse que el nacimiento de las Administraciones autonómicas vino marcado inicialmente por un proceso de **traspaso de medios personales, materiales y económicos** que anteriormente formaban parte de la AGE. En la medida que la Constitución y los estatutos de autonomía atribuían a las CCAA competencias que anteriormente gestionaba el Estado y ahora corresponderían a las CCAA hubo aquí unos acuerdos jurídicos para hacer efectivos los mandatos constitucionales de descentralización —los reales decretos de traspasos—. Estos establecían qué empleados públicos y medios materiales (presupuesto, edificios…), previamente dependientes de la AGE, eran necesarios para desempeñar las nuevas competencias autonómicas, pasando a estar al servicio de los nuevos gobiernos y Administraciones autonómicas.

8. Por tanto, el nacimiento de las Administraciones autonómicas no puede decirse que se haya producido en su inicio con un personal totalmente nuevo reclutado por procesos selectivos propios y organizando internamente sus servicios con una estructura diseñada al efecto, sino que es deudor de esos traspasos que, sobre todo, incorporaron empleados públicos con unas **formas de organización, hábitos administrativos y rutinas ya asentados**. ARGULLOL (1985, 100) señaló precisamente que "las decisiones adoptadas para configurar la Administración de las Comunidades Autónomas se han producido en un marco en el que aún no ha llegado a ser realidad una renovación en profundidad de la Administración estatal, por lo que, de alguna forma, ciertas disonancias que afectan a las Administraciones autonómicas pueden encontrar explicación en la continuidad del anterior modelo estatal".

9. En total se han producido más de 2000 traspasos a las CCAA de diverso alcance. Aunque en la última década el ritmo se ha ralentizado y muchos años no ha habido ninguno o apenas un puñado de ellos, en los años de arranque del Estado autonómico (1982-85) y en aquellos que han encadenado reformas de los estatutos de autonomía para ampliar su marco competencial (1994-98) se han realizado decenas de traspasos cada año de funciones y servicios que anteriormente gestionaba la AGE. Los traspasos no cesaron con la constitución de las Administraciones autonómicas, sino que, aunque de forma menos intensa, **siguen produciéndose en la actualidad** cuando gobierno central y gobiernos autonómicos acuerdan la cesión total o parcial de alguna competencia. Así, por ejemplo, en 2021 se traspasaba a Euskadi "las funciones de dirección, supervisión, organización, gestión económica y administrativa e inspección de los centros penitenciarios ubicados en su ámbito territorial" acompañada de una extensa relación de inmuebles (las cárceles), la subrogación del gobierno autonómico en los contratos necesarios para el funcionamiento penitenciario (suministros, mantenimiento, etc.) y el personal que presta ahí sus servicios. Ese mismo año 2021 la Comunidad de Madrid veía ampliados los medios sanitarios traspasados con una modificación al alza correlativa del presupuesto disponible para estos fines.

1.2. Diversidad de tipologías organizativas

10. El nacimiento de las Administraciones autonómicas ligado al proceso de traspaso de servicios y personal tuvo una influencia en que la estructura organizativa naciente fuera bastante **semejante a la de la AGE**, (isomorfismo institucional: JIMÉNEZ ASENSIO, 2023: 99) por lo que aún hoy en día existen muchos trazos comunes en cuanto a cómo se organizan administrativamente la mayoría de las CCAA. Sin embargo, existen ciertos aspectos territoriales, políticos, lingüísticos que introducen elementos de diversidad organizativa.

11. Desde el punto de vista de la forma en la que la Administración autonómica **se despliega en el territorio autonómico o coexiste con otras Administraciones territoriales** se pueden distinguir una cierta diversidad de modelos. En primer lugar, la disposición adicional 1.ª de la Constitución Española hacía un reconocimiento expreso de los "derechos históricos de los **territorios forales**", que implica que tanto Euskadi como Navarra tienen un sistema de financiación singular mediante concierto —recaudando los impuestos estatales y aportando un "cupo" para sostener los gastos centrales en su territorio— y mantienen sus estructuras administrativas históricas (singularmente las diputaciones forales vascas). La necesidad de disponer de estructuras dimensionadas para recaudar y fiscalizar todos los impuestos en materia tributaria y la existencia en Euskadi de las diputaciones forales y el gobierno autonómico implica una serie de adaptaciones organizativas relevantes (art. 37-39 Estatuto de Autonomía Euskadi [Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de

Autonomía para el País Vasco [EAPV]). En segundo lugar, las Illes Balears y Canarias por su **insularidad** también cuentan con modulaciones organizativas características: los consejos insulares baleares y los cabildos insulares canarios son entidades territoriales híbridas (autonómicas y locales) para cada isla que cuentan con órganos de gobierno autónomos y capacidad de iniciativa legislativa ante los parlamentos autonómicos. En el caso de las comunidades autónomas **uniprovinciales** (Asturias, Cantabria, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra, con la excepción de Illes Balears) se produce una asunción de las competencias propias de las diputaciones provinciales para evitar que exactamente sobre el mismo territorio se solapen dos Administraciones, la autonómica y la provincial, debido a lo cual las Administraciones autonómicas uniprovinciales experimentan una ampliación de su esfera competencial y paralelamente de los medios para ejercerla. El artículo 40 de la 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) establece que "Las Comunidades Autónomas uniprovinciales y la Foral de Navarra asumen las competencias, medios y recursos que corresponden en el régimen ordinario a las Diputaciones Provinciales. Se exceptúa la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en los términos de su Estatuto propio".

12. El Tribunal Constitucional en su STC 32/1981 estableció una interpretación diferenciada para la desaparición de las **diputaciones provinciales en las comunidades autónomas uniprovinciales** que según el Tribunal Constitucional (TC) vendría a suponer una "potenciación" de su autonomía institucional, frente al intento de la Generalitat de Cataluña de suprimir también las diputaciones provinciales en su territorio que violaría la "garantía constitucional de las autonomías locales". "Es necesario distinguir, sin embargo, de acuerdo con la Constitución y desde la perspectiva territorial, entre las Comunidades cuyo ámbito comprenda varias provincias y aquellas otras de carácter uniprovincial que puedan constituirse cuando se den los supuestos previstos en los artículos 143 y 144 de la Constitución. En el primer caso, de acuerdo con las ideas antes expuestas, parte de las competencias que hasta ese momento fueron de las provincias pasarán a ser funciones de la Comunidad a la que habrá también que atribuir, en consecuencia, la parte correspondiente de los recursos provinciales y, lógicamente, de los servicios de esa naturaleza, reduciendo en consecuencia, por así decir, el ámbito de competencias de la entidad provincial. Esta resultará, por el contrario, potenciada en aquellos otros casos en que, bien por tener la provincia caracteres propios de región histórica (art. 143), bien en virtud de una autorización especial de las Cortes (art. 144), una sola provincia se erija en Comunidad Autónoma, asumiendo así un superior nivel de autonomía, y estando en este caso confiado su gobierno y administración a la Comunidad, tal y como permite el artículo 141.2 de la Constitución" (FJ 3).

13. Finalmente, algunas comunidades autónomas han optado por introducir **niveles territoriales nuevos** (comarcas, veguerías, etc., [*infra* § 11.64]) adaptados a sus singularidades históricas, geográficas o simplemente para **desconcentrar servicios autonómicos** con mayor proximidad a los ciudadanos. En algunos casos las previsiones en los estatutos de autonomía no han sido objeto de desarrollo, pero algunas comunidades autónomas sí que han dado el paso substituyendo o complementando la Administración periférica de base provincial con entes de naturaleza administrativa de un nivel territorial menor.

14. Siempre y cuando estos niveles diferentes a los provinciales formen parte de la Administración autonómica y no pretendan la supresión de la provincia como división territorial del Estado, el Tribunal Constitucional no aprecia problemas de constitucionalidad para su creación. Así la STC 31/2010 señaló "en tal sentido, la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones consti-

tucionales". Se afirma la constitucionalidad del artículo 83.1 EAC "al introducir **la veguería como entidad estructuradora de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña** y no hacer mención, en cambio, de la provincia, pues no por ello se ve afectada, con carácter general, la división territorial del Estado en provincias, ni, en particular, la división de Cataluña en las cuatro provincias actualmente existentes".

15. La existencia de dos lenguas oficiales en varias comunidades autónomas (País Vasco, Galicia, Navarra, Comunidad Valenciana e Illes Balears), tres en Cataluña, tiene unas claras repercusiones administrativas al fijar un **régimen lingüístico** que garantiza que los ciudadanos en sus relaciones con todas las Administraciones presentes en ese territorio puedan escoger con plena validez la lengua en la que se comunican y tramitan sus procedimientos.

16. La STC 82/1986 sentaba los efectos jurídico–públicos que tiene la **oficialidad lingüística**: "es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos (sin perjuicio de que en ámbitos específicos, como el procesal, y a efectos concretos, como evitar la indefensión, las Leyes y los tratados internacionales permitan también la utilización de lenguas no oficiales por los que desconozcan las oficiales)". Además "la consecuente **cooficialidad** lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos" (FJ 2).

17. Por este motivo la legislación autonómica establece previsiones específicas para garantizar que en el acceso al **empleo público** se acredita el conocimiento de las dos lenguas oficiales a fin de que los ciudadanos puedan hacer efectivo su derecho de elección lingüística. La STC 46/1991 avalaba la exigibilidad del conocimiento en el acceso para todos los empleados públicos entendiendo que formaba parte del "mérito y la capacidad" además de que garantiza el derecho de elección lingüística de los ciudadanos y contribuye a la eficacia de la propia Administración.

18. Las modulaciones organizativas que exige esta cooficialidad lingüística también suelen incluir **garantías procedimentales** de uso de las dos lenguas o reglas sobre la disponibilidad de documentos administrativos, publicaciones oficiales o señalización en las lenguas oficiales.

19. Este régimen lingüístico tiene manifestaciones de menor intensidad (sin proclamar la oficialidad) en otras comunidades autónomas: bien porque expresamente lo prevén sus estatutos, estableciendo mandatos de protección y facilitación de su uso público (el gallego en Castilla y León, "las lenguas y modalidades propias de Aragón", el asturiano/bable en Asturias), bien porque la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias —un tratado internacional ratificado por España— introduce en su Parte II disposiciones activas de protección en la vida pública y en la educación con repercusiones administrativas también para otras lenguas no oficiales en España o en toda España (gallego en Extremadura, catalán en Murcia, *amazigh* en Melilla, árabe/dariya en Ceuta, portugués en Castilla y León y Extremadura).

2. AUTONOMÍA POLÍTICA, POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN Y LÍMITES DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL

2.1. Autonomía política y autoorganización

20. Las comunidades autónomas pueden organizar su Administración de la forma que consideren más conveniente para gestionar sus competencias y atender a la ciudadanía. La STC 77/2017, de 21 de junio (FJ 4) nos recuerda con precisión los rasgos definitorios de esa potestad de autoorganización de la comunidad autónoma: "supone la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran la respectiva Administración autonómica o dependen de ella (STC 55/1999, FJ 3, y las que allí se citan) que nuestra doctrina ha identificado con la competencia autonómica en materia de régimen de organización de su autogobierno, esto es, de decidir cómo organizar el desempeño de sus propias competencias. Resulta de lo anterior **que la comunidad autónoma puede 'conformar libremente la estructura orgánica** de su aparato administrativo' (STC 165/1986, FJ 6), creando los departamentos o unidades que estime convenientes en orden al adecuado ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas, siempre y cuando con ello no interfiera en las que son propias del Estado".

21. La capacidad autonómica de configurar libremente su Administración está condicionada porque el artículo 149.1.18. CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre "las bases régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas". Estas **bases que puede fijar el Estado** constituirían el mínimo común denominador para todas las Administraciones públicas (principios que rigen la actividad administrativa, régimen básico de los órganos administrativos, reglas esenciales del empleo público). En síntesis, estas disposiciones se encuentran hoy recogidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y en 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). Estas dos leyes cabeceras del régimen jurídico de la Administración y de sus medios personales —los empleados públicos— recogen esas bases comunes que deben respetar las comunidades autónomas cuando ejercen su potestad de autoorganización. En el caso de la LRJSP se hace con una técnica normativa algo más confusa puesto que sólo una parte de su articulado se aplica al conjunto de las Administraciones públicas. La disposición final 14.ª LRJSP especifica qué preceptos de la ley se dictan en virtud de esa competencia básica estatal, alrededor de un tercio, y cuáles solamente regulan y son aplicables a la Administración y sector público estatal, pero no al autonómico.

2.2. La incidencia de los principios de estabilidad presupuestaria y unidad de mercado en la organización autonómica

22. Las Administraciones autonómicas han configurado su estructura organizativa y servicios en función de sus necesidades (por ejemplo, para ofrecer servicios a una población más o menos dispersa o envejecida) y de la orientación política de los gobiernos que han tenido al frente (ampliando o reduciendo el aparato administrativo y prestacional). Pero la crisis económica que se inicia en 2007, coincidente en el tiempo con el impulso desde el gobierno central de diversas iniciativas de **signo recentralizador** (ej. informe CORA; Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local [LRSAL]; Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado [LGUM]), han puesto en primer plano los principios de estabilidad presupuestaria y unidad de mercado que afectan a la potestad de autoorganización autonómica por sus implicaciones organizativas.

23. La modificación inusualmente rápida de la Constitución española, en medio de la aguda crisis económica que se inicia en 2007, incluyó en el artículo 135 CE la afirmación del **principio de estabilidad presupuestaria** ("1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria") y una regulación mínima sobre su régimen jurídico que fue posteriormente desarrollado por la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre (luego derogada y sustituida por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera [LOEPSF]) . El principio de estabilidad presupuestaria, destinado a poner límites al déficit estructural y al volumen de deuda, tuvo repercusiones organizativas importantes en las Administraciones autonómicas. Por un lado, introdujo unos severos mecanismos unilaterales de supervisión y sanción estatales que afectan a la propia noción de autonomía política. Por otro, establece disposiciones organizativas que articulan procedimientos y plataformas telemáticas (oficina virtual para la coordinación financiera con las comunidades autónomas) para permitir un acceso de la Administración General del Estado constante y transversal a todos los datos relevantes de la actividad económica autonómica y a los servicios administrativos correspondientes. Finalmente, porque impone en caso de desviación medidas concretas que pueden afectar a la autonomía organizativa (p.ej. informes para la reordenación de los sectores públicos autonómicos, planes económicos financieros con obligaciones de supresión de gastos en retribuciones del personal).

24. E. ALBERTÍ (2013) enmarca esa reforma en un proceso recentralizador de "revisión general del estado autonómico" con menoscabo de su autonomía política y financiera. La STC 215/2014 considera constitucionales los fuertes controles presupuestarios unilaterales del Estado sobre las comunidades autónomas previstos en la LOEPSF, que desarrolla el artículo135 CE, que incluyen medidas coercitivas.

25. El **principio de unidad de mercado** también experimentó un auge importante en la pasada década, en gran medida replicando internamente los efectos que pretendía la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior europeo. La LGUM, pretendía impulsar un amplio proceso de reformas para facilitar

la libertad de circulación de bienes y personas y el libre establecimiento de personas. En la diana de las reformas estaban esencialmente los procedimientos y normas autonómicas a los que se sometían las actividades económicas, por lo que era una ley con profundas consecuencias sobre el marco competencial autonómico y sobre la gestión ordinaria de asuntos. Además, incluye una serie de disposiciones de carácter organizativo (capítulo VI) aplicables a las Administraciones autonómicas y locales que establecen registros, bases de datos comunes y sistemas de intercambio de información para operativizar los principios que sustentan la ley. La STC 79/2017 declaró inconstitucionales varios de sus preceptos y singularmente el principio de eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes.

26. Mediante este principio, por ejemplo, la autorización para gestionar residuos peligrosos obtenida en una comunidad autónoma podía servir para operar en todo el territorio español con independencia de que otras comunidades autónomas contaran con una legislación propia que pudiera ser más dura o exigir otros requisitos (ej. depósito de una fianza frente a riesgos).

27. La STC 79/2017 declara inconstitucional este principio porque vulnera el principio general de **territorialidad de las competencias autonómicas**: "Se hace necesario subrayar, en primer lugar, que «los obstáculos y trabas» a la actividad económica que surgirían de lo que el preámbulo de la norma denomina «fragmentación del mercado nacional», no serían sino una consecuencia de la pluralidad regulatoria que se deriva del legítimo ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias estatutariamente atribuidas. En efecto, se trata de una «fragmentación» derivada del normal funcionamiento del Estado autonómico" (FJ 11).

3. LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO AUTONÓMICA

3.1. Las previsiones de los estatutos de autonomía

28. Los estatutos de autonomía contienen en su gran mayoría previsiones sobre sus respectivas Administraciones y sobre los gobiernos con su doble naturaleza política y administrativa (por ejemplo, según el art. 29 EAPV: "El Gobierno Vasco es el órgano colegiado que ostenta las funciones ejecutivas y administrativas del País Vasco"). Además de fijar disposiciones sobre la presidencia y el gobierno, en general se incluyen también reglas básicas sobre la **estructura administrativa autonómica**. Muchos estatutos de autonomía contienen también previsiones específicas sobre su hacienda. Algunas comunidades autónomas incluyen disposiciones específicas sobre una **organización territorial propia** (comarcas, veguerías, territorios históricos) para acercar su actividad a la ciudadanía con oficinas periféricas que no toman como base la división provincial. Los estatutos también introducen habitualmente principios y mecanismos de colaboración con los entes locales. Los estatutos de autonomía más recientemente modificados (Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana, Aragón, Canarias, Navarra, Extremadura, Illes Balears, Castilla y León) suelen regular esquemáticamente también la **acción exterior autonómica**: acuerdos internacionales o transfronterizos, relación con residentes ausentes, oficinas de representación de intereses.

29. El **principio de autoorganización**, que faculta a las comunidades autónomas para configurar su propia Administración autonómica, encuentra reconocimiento estatutario. Por ejemplo, el artículo 39 del Estatuto de Galicia dispone que "corresponde a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado". En el mismo sentido se pueden citar el art. 79 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, EAIB) y el art. 37 del Estatuto de Autonomía de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, EACM)

30. Los **estatutos de autonomía reformados** en la oleada que inicia el Estatut catalán de 2006 han tendido a introducir una **regulación más densa** de todas las cuestiones institucionales y organizativas, así como catálogos de derechos de los ciudadanos. La consolidación de sus modelos institucionales a lo largo de los años de construcción del Estado autonómico ha propiciado la **elevación de rango normativo** de cuestiones organizativas que habían sido reguladas previamente en leyes autonómicas de desarrollo estatutario (ej. principios de actuación administrativa, defensores del pueblo autonómicos, órganos de garantía jurídica, acción exterior autonómica). Varios estatutos han recurrido a expresiones como que la Administración autonómica tiene "la condición de **Administración ordinaria**" (art.71 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, EACat], art. 61 del Estatuto de Autonomía de Aragón [Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, EAAr], art. 28 bis del Estatuto Foral de Navarra (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra [LORAFNA]) para significar que tiene una presencia transversal y homogénea en el territorio autonómico desplegando un amplio haz de competencias ejecutivas (sanidad, educación, ordenación del territorio, agricultura, etc.) para gestionar los intereses públicos y eventualmente asumir aquellas otras que el Estado pueda transferir con posterioridad, sin que eso presente tachas de constitucionalidad ya que ni supone la exclusión de la Administración periférica del Estado (*supra* § 9.34) ni de la competencias ejecutivas que corresponden a éste (STC 31/2010, FJ 30).

*3***1.** Los estatutos que se han modificado o aprobado en esa segunda oleada que se inicia en este siglo también tienden a **incluir referencias a los principios de organización y funcionamiento de la Administración** que claramente señalan un momento nuevo. Junto a principios clásicos, que podemos encontrar también en la CE: objetividad (art.62 EAAr) coordinación (art.71 EACat), jerarquía, imparcialidad (art.133 del Estatuto andaluz [Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, EAAnd]), eficacia (art.61 del Estatuto canario [Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, EACan]), se pueden encontrar otros más novedosos que han ido surgiendo por influencia del Derecho de la Unión Europea y por legislación de nuevo cuño que ha inspirado estos textos estatutarios más modernos (transparencia:

art.71 EACat; buena administración: art. 28 bis LORAFNA; protección de la confianza legítima: art.133 EAAnd; art.62 EAAr; lealtad institucional: art.133 EAAnd; subsidiariedad: art.61 EACan).

32. Por lo que respecta a las instituciones de autogobierno con **funciones consultiva o de control** más directamente ligadas a la actividad administrativa es frecuente que se incluyan también previsiones en los estatutos de autonomía. Los defensores del pueblo, que en muchos casos recuperan denominaciones tradicionales (Síndic de Greuges, Valedor do Pobo, Procurador del Común), aparecen regulados en muchos estatutos de autonomía como un comisionado de los parlamentos o asambleas autonómicas, para garantizar su independencia ante la Administración, que se ocupa de "la protección y defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos y de los derechos y principios reconocidos en el presente Estatuto frente a la Administración de la Comunidad, la de sus entes locales y la de los diferentes organismos que de éstas dependan" (art.18 del Estatuto de Autonomía castellano–leonés (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, EACyL).

33. También es habitual encontrar previsiones estatutarias sobre otros **órganos o instituciones con funciones de asesoramiento jurídico** (la mayor parte de los estatutos contienen referencias a la creación de Consejos Consultivos para ejercer el alto asesoramiento a la Administración), de control de cuentas (ej. Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Extremadura) o en materia económica con la creación de consejos sociales y económicos (Comunidad Valenciana, Aragón, Extremadura, Castilla y León). La ausencia de previsiones estatutarias sobre la existencia de estos entes consultivos, en todo caso, no impide que con posterioridad a la aprobación de los estatutos de autonomía los parlamentos autonómicos pudieran aprobar leyes autonómicas creándolos. Por el contrario, algunos estatutos han incluido renuncias expresas a ejercer esta potestad de autoorganización confiando esas funciones a órganos del Estado. Así, por ejemplo, el artículo 41 del Estatuto de Autonomía de Cantabria (Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, EACant): "El control económico y presupuestario de la Comunidad Autónoma se ejercerá por el Tribunal de Cuentas del Estado".

34. La crisis económica desencadenada en 2007, unida a corrientes ideológicas de reducción y centralización de los aparatos administrativos, llevó a encargar desde el Gobierno central a la Comisión para la Reforma de la Administración (CORA) un informe. El Informe CORA, publicado en junio de 2013, no se limitaba a realizar propuestas para simplificar y reestructurar la estructura administrativa de la AGE, sino que abordaba también las duplicidades existentes entre el Estado y las CCAA con apuestas de signo recentralizador. Entre sus propuestas para suprimir entidades "duplicadas, ineficientes o no sostenibles" se indicaba que las CCAA podían "ganar en eficiencia ejerciendo sus facultades de auto organización, que les permiten tomar decisiones de reducción o eliminación de dependencias y órganos administrativos" como "la supresión de entidades o la reducción del tamaño de algunas, incluso de especial relevancia institucional, como las Asambleas Legislativas o los Defensores del Pueblo". También se proponía "que por parte de órganos estatales, se asuman funciones realizadas por órganos autonómicos. Este es el caso de las competencias atribuidas a los Tribunales de Cuentas, Agencias de Protección de Datos, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, agencias de evaluación del ámbito universitario, agencias autonómicas de la

energía, agencias de meteorología, órganos de inspección de aeropuertos, institutos de opinión, institutos o servicios cartográficos, órganos de defensa de la competencia, entre otros". El debate, planteado en **términos exclusivamente económicos y de reducción de los entes públicos,** soslayaba la afectación de derechos de los ciudadanos a la que podía conducir este adelgazamiento administrativo concentrando funciones de tutela de derechos en órganos muchas veces ya colapsados por una alta carga de asuntos. Sin olvidar las dificultades jurídicas que representa la invasión de espacios de autoorganización autonómica, apoyados además en muchos casos en previsiones en los estatutos de autonomía. Aunque hubo alguna comunidad autónoma que se hizo eco de estas propuestas, en general no fueron secundadas o en algún caso hicieron un camino de ida y vuelta certificando los problemas apuntados (ej. la Ley castellano–manchega 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas, residenciando el control en el Tribunal de Cuentas estatal fue seguida por la Ley castellano–manchega 7/2021 de 3 de diciembre de la Cámara de Cuentas de Castilla–La Mancha que volvía a crear esta institución para fiscalizar "desde el conocimiento que proporciona la cercanía").

3.2. Leyes autonómicas de régimen jurídico de las Administraciones y de sus sectores públicos.

35. Las sucintas previsiones de los estatutos de autonomía sobre la organización administrativa autonómica se completaron en la mayoría de las comunidades autónomas con textos legales que detallan las previsiones aplicables a su Administración y sector público. Esta regulación se encuentran a veces parcialmente en **leyes reguladoras de los gobiernos autonómicos** (ej. Ley gallega 1/1983 reguladora de la Xunta y su presidente; Ley 3/1984, de 25 de abril, sobre régimen jurídico del gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla–La Mancha) con previsiones sobre su dimensión política (nombramiento de los consejeros, relaciones con el parlamento) y algunas menciones de signo administrativo (atribuciones de los órganos directivos, delegación de funciones). Sin embargo, es más frecuente que la regulación detallada de las Administraciones autonómicas se encuentre en **leyes de régimen jurídico de la Administración** (ej.: Ley catalana 26/2010 , de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña; Ley cántabra 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional) que entran a regular con más extensión otras cuestiones organizativas: principios organizativos, reglas referentes a los órganos de la Administración, singularmente a los órganos colegiados, regulación de las alteraciones de competencia de los órganos o, más recientemente, previsiones sobre la Administración electrónica o los derechos de los ciudadanos. Estas leyes a veces incluyen la tipología de entes instrumentales dependientes de la Administración autonómica —el sector público autonómico— y sus normas de creación, funcionamiento y control. En ocasiones, en cambio, hay **leyes específicas para regular el sector público autonómico** (ej. Ley balear 7/2010, del sector público instrumental).

36. Se puede apreciar como estas leyes autonómicas de régimen jurídico de la Administración y su sector público han ido experimentando **reformas en paralelo a cambios en la legislación básica del Estado** (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de

la Administración General del Estado, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPAC] y LRJSP) y a momentos de cambios políticos o económicos con impacto organizativo, como ocurrió con procesos de reestructuración o adelgazamiento de los entes pertenecientes a los sectores públicos autonómicos a partir de la crisis económica del 2007 (ej.: Ley aragonesa 2/2008, de 14 de mayo, de reestructuración del sector público empresarial; Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia; Leyes asturianas 1/ 2013, de 24 de mayo, y 8/2014, de 17 de julio, de reestructuración del sector público autonómico; Ley riojana 2/2012, de 20 de julio, de racionalización del sector público).

37. La legislación autonómica de régimen jurídico de la Administración y reguladora de los entes instrumentales que conforman su sector público **debe respetar las bases** que fija la LRJSP, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE (que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases régimen jurídico de las Administraciones públicas), del artículo 149.1.13 CE (relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), y del artículo 149.1.14 CE (relativo a la hacienda pública general). No todo el articulado de esta ley tiene carácter básico y es aplicable a las comunidades autónomas, sino tan solo los artículos mencionados en su disposición final decimocuarta.

4. LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS

38. La estructura organizativa de las 17 comunidades autónomas tiene **rasgos coincidentes entre sí —**porque hay legislación básica estatal que unifica y por la herencia histórica de cómo surge—, pero también presenta **caracteres diferenciados** —por el principio de autoorganización y las singularidades políticas o territoriales señaladas anteriormente—. Por ese motivo, cualquier esfuerzo de sistematización debe señalar esos rasgos de semejanza y apuntar algunas de las respuestas singulares o experiencias innovadoras, que muchas veces abren una senda que posteriormente es seguida por otras comunidades autónomas. Así ocurrió por ejemplo cuando se crearon las primeras agencias y consejerías de medio ambiente elevando el rango orgánico de una materia antes con nivel de dirección general en los organigramas (por ejemplo, la Ley murciana 10/1986, de 19 de diciembre, de la Agencia Regional de Medio Ambiente y la Naturaleza), cuando se empezaron a abrir oficinas de representación de intereses en el exterior (Cataluña y el País Vasco establecieron sendas oficinas, el Patronat Català Pro Europa e Interbask en 1986 y después casi todas las comunidades autónomas abrieron sus delegaciones) o cuando se singularizaron entes para promover la igualdad de la mujer (p.ej. Emakunde–Instituto Vasco de la Mujer, creado en 1988).

39. En todo caso, hay que señalar que las Administraciones autonómicas en ese proceso de crecimiento, por asunción de competencias de sus estatutos de autonomía o por transferencias posteriores y consolidación de su papel, realizan una actividad

administrativa transversal (autorizaciones, expropiaciones, sanciones, subvenciones, etc.) y, sobre todo, asumen un papel destacado en la prestación de servicios esenciales.

40. El peso de las Administraciones autonómicas puede percibirse examinando los **datos de empleo público**. El Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas que publica semestralmente el Ministerio de Política Territorial permite apreciar la evolución. Actualmente aproximadamente un 18 por 100 de los empleados públicos forma parte del sector público del Estado, alg más de un 62 por 100 sirve a las 17 CCAA y las dos ciudades autónomas y un 20 por 100 depende de los entes locales. La abultada cifra de empleados públicos autonómicos se explica fundamentalmente por el elevado peso que tienen la educación (universitaria y no universitaria) y la sanidad, de la misma forma que en la AGE las fuerzas y cuerpos de seguridad, defensa o justicia tienen un peso relevante en el volumen total. De los 1.845.000 empleados autonómicos, una parte muy relevante, aproximadamente 1.300.000 son personal sanitarios o docentes. En cambio, el personal de los servicios administrativos (ej. letrados/as, administrativos/as, técnicos/as, conserjes, etc.), que realizan las funciones de decisión, asesoramiento, tramitación de expedientes o fiscalización e inspección, representa una cifra prácticamente igual en la AGE y en el conjunto de CCAA (algo más de 200.000, respectivamente).

4.1. Estructura orgánica central y periférica

41. La mayoría de las comunidades autónomas cuentan en su legislación con una mención expresa al **principio de jerarquía (**por ejemplo, art. 3 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía). Los órganos administrativos ejercen sus competencias bajo la dirección y la supervisión del órgano de que dependen jerárquicamente. Éste puede dictar órdenes y emitir instrucciones y circulares para fijar los criterios para la aplicación de las normas jurídicas en el ejercicio de sus funciones y para el funcionamiento de los servicios.

42. Bajo el mando de las personas titulares de las consejerías, que forman parte de los consejos de gobierno autonómicos junto a la persona que ocupa la presidencia autonómica, suelen situarse en la estructura centralizada órganos de carácter directivo con la denominación de secretarías generales (o secretarías generales técnicas) y direcciones generales. Son cargos de designación política, pero con funciones administrativas. Las **secretarías generales** se ocupan de la coordinación interna de la actividad de cada consejería y de las funciones ligadas a esta actividad interna (asesoramiento jurídico, personal, presupuesto). Por su parte las **direcciones generales** tienen encomendadas parcelas materiales de la actividad que corresponde competencialmente a la consejería correspondiente (p.ej. dentro de una consejería de agricultura y pesca suele haber direcciones generales diferenciadas para cada uno de estos ámbitos). Algunas comunidades autónomas, como Galicia o La Rioja, contemplan en su regulación la existencia de segundos niveles para las consejerías (viceconsejerías) o para las secretarías generales (vicesecretarías). Otras comunidades autónomas (ej. Cantabria) han institucionalizado en su legislación una comisión de secretarios/as generales como órgano colegiado de preparación técnica de los consejos de gobierno.

43. Un segundo nivel administrativo**,** jerárquicamente dependiente de los anteriores, es el de los **vicesecretarios/as generales y subdirectores/as generales**. Son puestos generalmente de libre designación, pero a los que solo se puede acceder

teniendo previamente la condición de funcionario del grupo A1. El organigrama se completaría jerárquicamente con servicios, secciones y negociados encabezados por una persona titular perteneciente al empleo público.

44. Las normas de régimen jurídico autonómico suelen contener una regulación detallada del funcionamiento de sus **órganos colegiados**, puesto que esta es una materia en la que la legislación estatal tiene un alcance básico limitado (art. 15.1 LRJSP). Se regulan las reglas de *quorum*, composición, toma de acuerdos o constancia de sus decisiones. Hay normas que establecen denominaciones concretas para estos órganos pluripersonales en función del tipo de composición o funciones que desempeñan (ej. comisiones, comités, consejos u observatorios en el art. 79 de la Ley cántabra 5/2018, de 22 de noviembre, de régimen jurídico del gobierno, de la Administración y del sector público institucional). También se contempla habitualmente en la legislación de régimen jurídico autonómica la regulación de los **órganos colegiados de cooperación** con otras Administraciones (comisión bilateral de cooperación Aragón–Estado, comisión mixta de transferencias, en la Ley aragonesa 5/2021, de 29 de junio, de organización y régimen jurídico del sector público).

45. La STC 50/1999, FJ 7, fijó que la **regulación estatal básica de los órganos colegiados** debe dejar espacio a la regulación autonómica: "Los preceptos aquí enjuiciados regulan aspectos que afectan a la organización y funcionamiento interno de los órganos colegiados y basta su simple lectura para constatar que lo hacen de un modo tan detallado y exhaustivo que no deja espacio significativo suficiente para que las Comunidades Autónomas puedan desplegar las potestades de desarrollo legislativo que los respectivos Estatutos de Autonomía les otorgan. Debe concluirse, pues, que la atribución del carácter básico a la regulación tan acabada y minuciosa contenida en los preceptos recurridos vulnera el orden constitucional de competencias".

46. Junto a los órganos de la Administración centralizada que las distintas Administraciones autonómicas radican en la localidad en la que tiene sede el gobierno autonómico, existe una **estructura organizativa periférica,** generalmente de base provincial, para acercar las oficinas administrativas y servicios a los ciudadanos. Estos órganos descentralizados tienen una persona titular que forma parte de los órganos de carácter directivo de la Administración (delegado/a provincial o territorial, como por ejemplo el delegado Territorial del Gobierno de Aragón en Teruel) y unas unidades administrativas con una estructura jerárquica igual a la central (servicios, secciones, negociados). Hay que tener presente, sin embargo, las alteraciones de esa organización periférica que señalamos anteriormente en las comunidades autónomas uniprovinciales, insulares o las que han creado una estructura periférica comarcal que complementa o sustituye a la provincial. También existen determinados servicios que organizativamente han tenido tradicionalmente una **base territorial distinta a la provincial** (ej. áreas sanitarias, distritos forestales).

4.2. La actividad exterior de las CCAA

47. La actividad autonómica y su organización está regida por un principio de territorialidad, pero en un mundo globalizado existen intereses autonómicos que pueden requerir una acción exterior (residentes ausentes, captación de inversiones

económicas, participación en negociaciones que las afectan). Por ese motivo las comunidades autónomas han establecido a lo largo del tiempo oficinas administrativas bajo distintas modalidades jurídicas tanto para representar sus intereses ante la Administración General del Estado y ante, la Comisión Europea, como en países estratégicos por sus conexiones históricas (flujos de emigración relevantes) o por su interés económico. Se trata por tanto de **oficinas administrativas fuera de los límites administrativos de la comunidad autónoma**. En algunos casos estas oficinas tienen forma fundacional o consorcial (Fundación Galicia–Europa, Oficina de las Islas Baleares ante la Unión Europea) para permitir la participación de representantes económicos y sociales o de otras Administraciones en su misión. En otros casos se integran en el organigrama administrativo autonómico (Oficina de la Comunidad de Madrid en Bruselas).

48. Estas oficinas pueden desplegar una actividad de lo que se denomina **paradiplomacia** —contactos para defender sus intereses, reforzar lazos culturales o prestar servicios a sus residentes ausentes o empresas en el exterior—, pero no tienen capacidad para contraer acuerdos jurídicamente vinculantes para España, ni que originen responsabilidades para el estado. La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado ha introducido la obligatoriedad de que la apertura de estas oficinas cuente con un trámite de informe previo del Ministerio de Asuntos Exteriores y en caso de que se dediquen a la promoción comercial del Ministerio de Economía.

49. La STC 31/2010 resume la doctrina constitucional sobre la posibilidad de que existan **actividades autonómicas con efectos extraterritoriales** y el alcance de la acción exterior autonómica: "el precepto es compatible con la Constitución si se deja claro que no afecta al *ius contrahendi* que corresponde al Estado. Es de advertir, frente al planteamiento que se efectúa en la demanda, que el precepto no contiene en sí mismo nada que permita apreciar que se traspasen los límites antes referidos a las actividades con proyección exterior de las Comunidades Autónomas. En efecto, la facultad que se reconoce a la Generalitat para suscribir acuerdos de colaboración con proyección exterior se circunscribe siempre, según reza el propio precepto, al ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma y para la promoción de sus intereses. De la redacción del precepto en modo alguno cabe deducir que dicha facultad implique el ejercicio de un *ius contrahendi*, ni que origine obligaciones frente a poderes públicos extranjeros, ni que incida en la política exterior del Estado, ni, en fin, que genere responsabilidad de este frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales. Ámbitos estos reservados al Estado ex artículo 149.1.3 CE y que la Comunidad Autónoma debe respetar en todo caso en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 195 EAC. En este sentido, no puede dejar de reconocerse que el artículo 193.1 EAC, precepto de cabecera del capítulo III de este título V, que no ha sido impugnado, prescribe que la acción en el exterior de la Generalitat se ejerce "respetando la competencia del Estado en materia de relaciones exteriores" (FJ 126).

4.3. Algunos procesos de innovación y mejora organizativa en las Administraciones autonómicas

50. La legislación autonómica de régimen jurídico de la Administración y/o alguna legislación sectorial autonómica nos muestra también fórmulas novedosas para resolver algunos de los problemas jurídicos o de gestión que tienen las Admi-

nistraciones públicas. Son **procesos de innovación normativa y organizativa** que muestran una capacidad adaptativa a nuevos retos o que resuelven viejos problemas con nuevas perspectivas.

51. La implantación de la **Administración electrónica** ha impulsado soluciones normativas y organizativas singulares. Aragón, que ya había introducido una regulación muy prolija de esta cuestión en su Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público, exploró las potencialidades del blockchain en su contratación pública con la finalidad de agilizar estos procesos. Junto a esas soluciones novedosas que mejoran el trabajo interno de la Administración también hay que destacar el esfuerzo que ha realizado alguna legislación social autonómica por mejorar la atención al público en entornos donde cada vez es más frecuente la obligación de relacionarse telemáticamente. La existencia de amplios colectivos con pocas competencias digitales o que carecen de medios (dispositivos electrónicos, buena conexión *wifi*) ha llevado a organizar servicios específicos de mediación y apoyo a la ciudadanía para la tramitación de determinados programas (ej. acceso a la vivienda), con una actividad más focalizada y amplia que las funciones que la LPAC atribuye a las oficinas de asistencia en materia de registros.

52. Las personas que componen el **empleo público autonómico** son determinantes para poder impulsar procesos de mejora organizativa y para implantar nuevos modos de trabajo y atención al público. En gran medida, la capacidad de adaptación al cambio viene determinada por las competencias y destrezas profesionales que tengan los empleados públicos. Estas competencias pueden adquirirse mediante actividades de formación continua a lo largo de la vida profesional, pero también deben ser objeto de acreditación como parte del "mérito y capacidad" que se acredita en el momento de acceso. La Generalitat valenciana ha lanzado un proceso de cambio en sus procesos selectivos para introducir en sus pruebas selectivas exigencias que se apartan del modelo estrictamente memorístico y fundamentalmente jurídico para valorar también la capacidad de resolución de problemas, trabajo en grupo y otras competencias necesarias para una buena administración [*infra* § 31.80]. También cabría señalar el amplio trabajo de mejora normativa que ha realizado la Generalitat de Cataluña que ha conducido, entre otras medidas, a "limpiar" el ordenamiento jurídico derogando expresamente 1.250 normas adoptadas entre 1977 y 1985 que estaban ya tácitamente derogadas. Esta penosa tarea de revisión facilita la actividad interna de gestión y la de los operadores jurídicos a la hora de identificar el ordenamiento jurídico aplicable a la toma de decisiones administrativas.

53. Un ámbito que presenta carencias en su tratamiento jurídico es el de la **inspección y la actividad de sujetos privados que realizan funciones públicas de control** (entidades colaboradoras) [*infra* § 22.38]. La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones **públicas de Cataluña** introduce en su Título VII la regulación de las potestades de inspección y control. Por una parte, establece una regulación de rango legal general, no sectorial, de la actividad de inspección y del valor probatorio de las actuaciones inspectoras, cuestión ausente, por ejemplo, en la legislación estatal de régimen jurídico. Por otra,

regula de forma pionera el papel que le corresponde a las entidades colaboradoras con la Administración en estas tareas (ej. empresas que verifican la seguridad industrial de ascensores, tendidos eléctricos o que colaboran haciendo mediciones ambientales), sus efectos jurídicos y las formas de garantizar su independencia y profesionalidad en el ejercicio privado de estas funciones públicas.

54. La pandemia de Covid-19 obligó a buscar **nuevas formas organizativas** para resolver algunas situaciones acuciantes. Aragón ensayó la puesta en marcha de unidades transitorias de apoyo a la gestión. Se trataría de unidades administrativas temporales donde pueden trabajar conjuntamente empleados públicos procedentes de servicios de distintas consejerías con la finalidad ejecutar una tarea o programa concreto que requiera de interdisciplinariedad y de la conjunción de esfuerzos concentrados en el tiempo. Esta solución fue consolidada normativamente en el artículo 12 de la Ley aragonesa 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa para la "gestión coordinada de procedimientos" o "la gestión masiva y ocasional de procedimientos" (ej. la pandemia, la autorización de una gran instalación industrial, la autorización masiva de instalaciones renovables) y supone una forma de trabajo novedosa que se aparta de las rigideces que marcan las relaciones interdepartamentales. Con parecida orientación, Extremadura regula la "gobernanza pública por proyectos" en la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa.

5. LOS SECTORES PÚBLICOS AUTONÓMICOS. TIPOLOGÍA DE ENTES INSTRUMENTALES.

55. Las comunidades autónomas tienen un sector público integrado por una diversidad de entes instrumentales o dependientes para prestar servicios (ej. sanidad, control meteorológico) o realizar actividades empresariales (ej. tratamiento de residuos, construcción o mantenimiento de infraestructuras) dentro de su ámbito competencial. La creación de entes instrumentales de diversa naturaleza con personalidad jurídica propia dependientes de las Administraciones autonómicas también se encuadra en la **potestad de autoorganización** de la comunidad autónoma. De hecho, las previsiones contenidas en la LRJSP, de carácter básico para todo el sector público institucional, son muy escasas (principios, obligación de inscripción en el inventario de entes del sector público), dejando un amplio margen de configuración autonómica.

56. La STC 31/2010, FJ 31, sobre el Estatuto catalán de 2006, confirmaba la competencia autonómica para "la regulación de la organización de la Administración de la Generalitat, previendo como contenido en todo caso necesario de las leyes las modalidades de descentralización funcional y las distintas formas de personificación pública y privada que puede adoptar la Administración de la Generalitat; las formas de organización y de gestión de los servicios públicos; y, en fin, la actuación de la Administración de la Generalitat bajo el régimen de Derecho privado, así como la participación del sector privado en la ejecución de las políticas públicas y la prestación de los servicios públicos (…) ya que, en efecto, el precepto establece una reserva de ley autonómica en materia de organización de la Administración de la Generalitat, con el contenido necesario que en el mismo se determina, en cuyo ejercicio es obvio que la Comunidad Autónoma debe respetar las bases que el Estado dicte en materia de organización y funcionamiento de las Administraciones públicas al amparo de la competencia reservada en el artículo 149.1.18 CE, cuya menor extensión o alcance ha declarado una reiterada doctrina constitucional cuando se trata de aspectos internos de las Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3)".

57. Las comunidades autónomas han ido construyendo su sector público institucional a medida en que han ido incorporando competencias a su acervo. Algunos entes instrumentales (p.ej. los servicios de salud) forman parte de ese sector público autonómico en todas las comunidades autónomas desde el momento en el que se asumen las competencias en sanidad. Otros entes, como pueden ser las empresas de radiotelevisión, existen en las comunidades autónomas en las que al tener una lengua oficial contribuían a la existencia de algún canal con contenidos en estas lenguas o se han creado por decisiones políticas para disponer de emisiones focalizadas en los problemas propios. La **variedad de entes** —tanto por su tipología, como por sus cometidos— y el tamaño del sector público institucional entre las comunidades autónomas presenta diferencias grandes. Esto obedece a opciones políticas sobre la necesidad o no de contar con organismos con personalidad jurídica diferenciada para determinadas actividades o servicios, por la mayor facilidad de contratación, la agilidad en la tramitación de las decisiones o para singularizar ciertos cometidos. Por eso mismo, los sectores públicos institucionales autonómicos han experimentado los flujos y reflujos en función de las circunstancias económicas y de la opinión predominante en cada momento. Nacen cuando existen nuevas necesidades de servicios que se quieren singularizar o precisan un uso de recursos o personal de una cierta entidad (ej. servicios sociales de atención a la dependencia), crecieron cuando se produjeron los fenómenos de huida del Derecho administrativo para eludir controles públicos (ej. fundaciones sanitarias), se reestructuraron y disminuyeron cuando la crisis económica propició dinámicas de recortes (ej. cierre de la televisión valenciana). De hecho, varias comunidades autónomas cuentan con leyes de reestructuración o racionalización de su sector público en los años que siguen a la crisis económica de 2007 (ej. Ley aragonesa 2/2008, de 14 de mayo; Ley gallega 14/2013, de 26 de diciembre; Leyes asturianas 1/ 2013, de 24 de mayo, y 8/2014, de 17 de julio; Ley riojana 2/2013, de 20 de julio).

58. Una consulta al inventario del sector público institucional permite saber qué entes conforman en cada comunidad autónoma su sector público instrumental y el número y tipo de entes existentes. En cifras globales con datos de 2025 existen 1287 entes autonómicos. Un 37,47 por 100 son de naturaleza administrativa, un 44,7 por 100 son de naturaleza empresarial y el 17,75 por 100 son de naturaleza fundacional. Las comunidades autónomas de Cataluña, Andalucía, Madrid, Galicia, País Vasco y Comunidad Valenciana, por ese orden, son las que cuentan con un sector público más numeroso.

59. La legislación autonómica reguladora del sector público instrumental, a pesar de no contar con un corsé de legislación básica muy denso, tiene grandes similitudes. Aunque las denominaciones y tipos de entes pueden presentar pequeñas variaciones, lo cierto es que tienden a responder prácticamente a **la misma tipología** que existe para el sector público estatal. La mayoría de las comunidades autónomas cuenta con dos tipos de **organismos públicos** sometidos íntegra o parcialmente al Derecho público (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), muy similares a los organismos públicos estatales (*supra* § 9.49), y dos tipos de entes sometidos al Derecho privado (también muy similares a los del Estado: *supra* § 9.66): las empresas públicas para fines empresariales y las fundaciones públicas para desarrollar actividades sin ánimo de lucro. Algunas comunidades autónomas, como Galicia,

han incluido también las **agencias** entre los organismos públicos para desarrollar programas específicos. Varias leyes autonómicas incluyen expresamente menciones a las **universidades públicas** con sede en su comunidad autónoma como parte de su sector público autonómico (ej. Cantabria, Aragón, Castilla y León). Los **consorcios** (*supra* § 8 y § 9.64) también aparecen con frecuencia en la legislación referente al sector público autonómico (ej. Galicia, Castilla y León, La Rioja, e Illes Balears).

60. La legislación autonómica regula la **personalidad jurídica diferenciada** de estos entes, las fórmulas de control existentes de la Administración matriz sobre su desempeño, la forma de nombramiento de su dirección y los órganos rectores con los que cuentan. Generalmente los entes instrumentales con un régimen jurídico público se crean por ley autonómica. La legislación autonómica también regula el régimen del personal que presta sus servicios en estos entes que puede ser de naturaleza funcionarial o laboral en el caso de los organismos autónomos y laboral o de alta dirección en el resto.

61. Algunas comunidades autónomas han agrupado su actividad de signo empresarial bajo el **paraguas de una corporación** (ej. Corporación Empresarial Pública de Aragón, empresa pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura) para gestionar los títulos valores de su titularidad o, también, para realizar las encomiendas de gestión como medio propio de la Administración.

62. Las **universidades públicas**, excepto la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y la Universidad Menéndez Pelayo, dependen de las Comunidades Autónomas, aunque su régimen jurídico está conformado por normas estatales y autonómicas (la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario —LOSU— y las leyes autonómicas que regulan sus respectivos sistemas universitarios o alguno de sus elementos, como por ejemplo los Consejos Sociales de las universidades). Tienen autonomía para regular su actividad —su norma básica son los Estatutos—, para elegir sus órganos de gobierno, seleccionar su personal o expedir títulos académicos. Esta autonomía "garantiza la libertad de cátedra del profesorado, que se manifiesta en la libertad en la docencia, la investigación y el estudio" (art.3.3 LOSU), por lo tanto, garantiza derechos fundamentales. Las Comunidades Autónomas tienen que asegurar la financiación de sus universidades públicas, participan en la elección de algunos de sus órganos de gobierno (p.ej. los consejos sociales) y fijan límites a la política de personal ligados a los controles presupuestarios. La creación de las universidades públicas y el reconocimiento de las privadas se realiza, generalmente, por ley autonómica.

63. Las **corporaciones de derecho público vinculadas a la Administración autonómica**, organizaciones de base corporativa constituidas por grupos de personas con intereses profesionales conjuntos y a las que el ordenamiento jurídico atribuye el ejercicio de funciones públicas, han ido diluyendo su presencia, aunque aún conservan algún papel. Así han ido desapareciendo las cámaras agrarias (ej. Ley 6/2021, de 5 de noviembre, de extinción de cámaras agrarias provinciales de Castilla–La Mancha). En cambio, siguen conservando cierta relevancia las cofradías de pescadores, que realizan funciones como el control de las tallas de pescados y mariscos o la vigi-

lancia de las zonas costeras frente al furtivismo, por lo que la legislación autonómica regula su forma de creación y disolución, composición u órganos (ej. Ley 9/1993, de 8 de julio, de Cofradías de Pescadores de Galicia). También existe regulación autonómica relativa a colegios profesionales, si bien la exigencia de colegiación obligatoria se ha limitado a ciertas actividades.

64. Es menos frecuente que en el ámbito autonómico existan **administraciones independientes** —caracterizadas por una configuración legal que les permite ejercer sus funciones de forma neutral e independiente del poder político para garantizar la protección de derechos o valores fundamentales—. No obstante, encontramos también ejemplos en el espacio autonómico ligados a la protección de la transparencia (p.ej. la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias crea la figura del Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública con esta naturaleza), la protección de la pluralidad informativa (el Consejo del Audiovisual de Cataluña (CAC) regulado por la Ley 2/2000, de 4 de mayo) o la protección de datos (Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos). El nombramiento parlamentario de los órganos directivos de este tipo de entes busca la máxima garantía de independencia en el ejercicio de sus funciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

Enoch ALBERTÍ ROVIRA, "El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico", *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013), pp. 63-89.

Enric ARGULLOL I MURGADAS, "La administración de las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15 (1985), pp. 93-120.

Santiago MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho público de las comunidades autónomas*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2007.

Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, "Diez (hipó)tesis sobre (el déficit de) las capacidades ejecutivas de las Comunidades Autónomas" en Jorge HERNÁNDEZ-MORENO, Cristina ARES CASTRO-CONDE (coords.), *Gobernanza y administraciones territoriales para la próxima generación*, INAP, 2023.

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

Joan SOLANES MULLOR, "La desconstitucionalización y europeización del principio de unidad de mercado: el Estado de las Autonomías bajo presión", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-2 (2017), pp. 89-118.

Julio TEJEDOR BIELSA, "La aplicación de la tecnología blockchain a la contratación pública. Un caso de uso aragonés en el procedimiento abierto abreviado", 2019, https://www.obcp.es/sites/default/files/2019-11/Taller4_Julio_Tejedor.pdf

Informe Comunidades Autónomas, IDP Observatorio de Derecho Público https://idpbarcelona.net/coleccion-informe-comunidades-autonomas/informe-comunidades-autonomas/

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 281-303
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L11
© Diana Santiago Iglesias
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 11

ADMINISTRACIONES Y SECTORES PÚBLICOS LOCALES

Diana Santiago Iglesias
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. LA PLANTA LOCAL.—2. EL SISTEMA COMPETENCIAL.—3. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL.—4. EL MUNICIPIO: 4.1. Definición legal; 4.2. Territorio y población; 4.3. Competencias; 4.4. Organización.—5. LA PROVINCIA: 5.1. Naturaleza jurídica; 5.2. Territorio y población; 5.3. Competencias; 5.4. Organización.—6. LA ADMINISTRACIÓN INSULAR.—7. LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA.—8. OTRAS ENTIDADES LOCALES: 8.1. Entidades locales de ámbito territorial supramunicipal: *8.1.1. Comarcas; 8.1.2. Áreas metropolitanas; 8.1.3. Mancomunidades;* 8.2. Entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio.—9. LOS SECTORES PÚBLICOS LOCALES: 9.1. Conceptos; 9.2. Tipología de entes.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA PLANTA LOCAL

1. La planta local puede definirse como el **conjunto de Administraciones locales** que actúan sobre un territorio. Entre los caracteres que definen la planta local española, la doctrina coincide en señalar: su composición por una gran variedad de entes; el alto número de entidades que la integran y la existencia de varios modelos de municipio.

2. Respecto de su composición por una **gran variedad de entes**. El Estado español, según el artículo 137 de la Constitución Española CE, se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas. A nivel local es posible distinguir tres subniveles: de un lado el municipal y supramunicipal, ambos de existencia constitucionalmente necesaria y, de otro lado, el inframunicipal, creado por el legislador. Estos tres subniveles se describirán sucintamente, a continuación, sin perjuicio de realizar una exposición más detallada de las diferentes entidades que los integran en los siguientes apartados.

3. Dentro del **nivel supramunicipal**, la Constitución garantiza, como se verá, la existencia y la autonomía de la **provincia** y de la **isla**, dejando abierta la posibilidad para el legislador estatutario u ordinario de crear otras entidades locales, de carácter facultativo, al amparo de los artículos 141.3 CE —"se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia"— y 152.3 CE —"mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica"—.

4. En el ámbito de los **ordenamientos jurídicos autonómicos**, los distintos estatutos de autonomía prevén la creación de entidades supramunicipales, entre las que cabe citar las **comarcas**, las **áreas metropolitanas** o las **mancomunidades** de municipios, a las que configuran, en ocasiones, con carácter necesario y, en otras, con carácter potestativo, dejando su creación efectiva en manos del legislador ordinario.

5. Así, por ejemplo, mientras la **comarca**, según el artículo 40 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG), es una entidad potestativa en esta comunidad autónoma, en Cataluña, de acuerdo con el artículo 83.2 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EACat), esta tiene carácter necesario. La nota común a todas ellas, dejando a un lado la provincia, es la diversidad, al descansar su configuración en los estatutos de autonomía y en la legislación autonómica de régimen local (GALÁN, 2017: 398-400).

6. El hecho de que las comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades no estén impuestas por el Estado no significa una abstención total de regulación estatal. La **legislación básica de régimen local** configura a las comarcas y a las áreas metropolitanas como entes locales supramunicipales, dejando en manos de las comunidades autónomas, de conformidad con lo dispuesto en dicha ley y en los respectivos estatutos de autonomía, su creación, así como la de otras entidades que agrupen a varios municipios (arts. 42 y 43 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante, LBRL). Asimismo, reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades, a las que atribuye también la condición de entidad local supramunicipal, para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia (art. 44 LBRL).

7. Dentro del **nivel inframunicipal**, se encuentran aquellas entidades cuya creación se puede producir al amparo de lo dispuesto en los artículos 141.3 y 152.3 CE y, en su caso, en los estatutos de autonomía y en la legislación básica y autonómica de régimen local, entre las cuales cabe citar las entidades de ámbito territorial inferior al municipio (en adelante, EATIM). Es el caso de las parroquias gallegas, directamente previstas por el artículo 27 EAG.

8. Respecto del **alto número de entidades** que integran la planta local española hay que mencionar que, de acuerdo con la información proporcionada por el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Política Territorial y Memoria Democrática, forman parte de la planta local española: 8.132 municipios; 50 provincias; 3.677 EATIMES; 972 mancomunidades; 83 comarcas; tres áreas metropolitanas; y 50 agrupaciones de diferente tipo.

9. Además, la planta local española presenta **varios modelos de municipios**. Están, de un lado, los denominados municipios de **gran población**, que se identifican tomando como criterio principal su número de habitantes (según el art. 121 LBRL, podrían incluirse en este grupo ciudades de más de 75.000, siempre que cumplan determinadas condiciones) y, de otro lado, un alto número de municipios de **tamaño mediano y pequeño**.

10. Si se atiende a la proporción que estos últimos representan sobre el número total, puede afirmarse que la planta local española se construye sobre un modelo de pequeños municipios. Sin embargo, hay que destacar que estos se distribuyen de forma desigual entre comunidades autónomas y que sus características, teniendo en cuenta su población, su actividad económica predominante, o su ubicación —rural o urbana— son notablemente diferentes. El 85 por 100 de los municipios españoles no alcanza los 5.000 habitantes y, de ellos, el 60 por 100 no supera los 1.000. Sin embargo, cabe señalar que en este grupo de pequeños municipios coexisten realidades muy diferentes, siendo posible identificar: un subgrupo comprendido por aquellos situados en el litoral mediterráneo y en los archipiélagos canario y balear, que ven multiplicada su población en determinados períodos del año; un segundo subgrupo integrado por aquellos situados, sobre todo, en la meseta central, cuya densidad de población es muy reducida; y un tercer grupo de municipios que, a pesar de su pequeño tamaño, forman parte de una trama urbana continua, integrando un anillo metropolitano (ORDUÑA, 2021: 38).

11. La **configuración de la planta local** ha sido objeto de un intenso **debate doctrinal** que, todavía hoy, continúa abierto. La diversidad de la planta municipal ha tenido su reflejo en el ámbito jurídico, en el cual el legislador básico estatal ha ido introduciendo, a lo largo de las últimas décadas, **regímenes especiales** aplicables a los denominados municipios de gran población, tendencia que parece querer extenderse ahora al régimen jurídico de los municipios de menor tamaño, al incluir la aprobación de un régimen especial para aquellos municipios pequeños o en riesgo de despoblación entre las medidas a adoptar en el marco de la Estrategia Nacional frente al Reto Democrático. En concreto, la mencionada propuesta de reforma de la legislación básica de régimen local supondría un cambio en la línea de respuestas propuestas hasta el momento para abordar los problemas de la planta local española, ya que en lugar de eliminar los municipios pequeños se estaría tratando de potenciarlos, con medidas destinadas a que sus vecinos mantengan su residencia en ellos e, incluso, de que se fijen nuevos habitantes, reequilibrando la distribución de población actual entre el campo y la ciudad. Esta solución no ha recibido un respaldo doctrinal unánime, continuando el debate sobre la necesidad de romper la homogeneidad tradicional del régimen local español, alterado muy puntualmente empleando criterios poblacionales, y sobre el modo más adecuado para introducir esa diversidad de regímenes jurídicos municipales (VELASCO, 2020: 27; CARBONELL, 2021: 68; ALMEIDA, 2023: 59). De acuerdo con Velasco, dos podrían ser las estrategias normativas a seguir: la primera consistiría en llevar a cabo una reestructuración general de los gobiernos locales en el ámbito rural (planta municipal, funciones provinciales, consorcios y mancomunidades); y, la segunda, más modesta, abordaría una modificación selectiva del régimen jurídico de los ayuntamientos pequeños, a fin de mejorar su capacidad de gestión (VELASCO, 2022: 29). Habrá que esperar para ver si cristaliza este intento de reforma de la legislación básica y en qué sentido lo hará, en su caso. Por el momento, se ha dado un primer paso con la reforma de la LBRL llevada a cabo por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, que introduce expresamente el principio de diferenciación en la atribución de competencias a los municipios (art. 25 LBRL) (*infra* § 11. 30).

2. EL SISTEMA COMPETENCIAL

12. La competencia para la regulación de las diferentes entidades que integran la planta local reside, en primera instancia, en el legislador estatal, al que corresponde dictar la **legislación básica** de aplicación en esta materia, en virtud del alcance que el

Tribunal Constitucional ha dado al artículo 149.1.18 CE, entendiendo comprendido el régimen local dentro del listado de materias contenido en dicho precepto. A las comunidades autónomas corresponde, conforme a sus correspondientes estatutos, la competencia legislativa de desarrollo de las leyes estatales y la ejecución legislativa.

13. **Inicialmente**, las comunidades autónomas asumieron en sus estatutos **niveles competenciales diversos** sobre sus entidades locales. Por ejemplo, el País Vasco, al amparo del artículo 151 CE, asumió competencias "exclusivas" sobre régimen local, sin perjuicio de las posibles leyes básicas estatales (art. 10.4 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, EAPV). En cambio, la Comunidad de Madrid asumió competencias exclusivas mucho menores (sólo sobre alteración de términos municipales: artículo 26.2 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, EACM), así como las imprecisas "funciones de desarrollo" que le transfirieran las leyes estatales (art. 27.2 EACM). Progresivamente, mediante reformas estatutarias y la labor homogeneizadora del Tribunal Constitucional, se puede afirmar hoy que todas las comunidades autónomas son competentes por igual para el **desarrollo legislativo** de la legislación básica estatal y su ejecución.

14. Son numerosos los pronunciamientos del **Tribunal Constitucional** respecto del alcance de la **competencia estatal** en materia de régimen local. A modo de ejemplo, *vid*.: SSTC 214/1989, 31/2010; 103/2013 o STC 41/2016. En líneas generales, la jurisprudencia constitucional ha definido la competencia básica estatal de forma asimétrica, en función del tipo de entidad local y del objeto de regulación. Así, la competencia básica estatal es más extensa e intensa para las entidades locales constitucionalizadas (municipio, provincia e isla) que para las demás entidades locales (comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades y EATIM). También la competencia básica estatal es más amplia en relación con la organización de los órganos de gobierno locales que en relación con sus competencias sectoriales.

15. Específicamente, la **configuración de la planta local** pivota sobre las comunidades autónomas, que asumen un papel principal, si bien no todas lo hacen del mismo modo. A nivel supramunicipal: el Estado asume dicha posición respecto de la determinación de la planta provincial (*infra* § 11.45), mientras que en el diseño del mapa comarcal (*infra* § 11.64), en la creación de áreas metropolitanas (*infra* § 11. 73) y de mancomunidades (*infra* § 11.77), las comunidades autónomas vuelven a asumir el protagonismo, al igual que respecto de la configuración de la planta inframunicipal (*infra* **§ 11**.80), sin perjuicio de las importantes limitaciones que puede introducir el legislador básico estatal.

3. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL

16. La Constitución Española, en el artículo 137, garantiza la autonomía local de municipios y provincias para la gestión de sus respectivos intereses. Además, en el mismo capítulo del Título VIII ofrece algunos criterios organizativos respecto de los municipios (art. 140 CE), de las provincias (art. 141.1 y 141.2 CE) y de las islas (art. 141.4 CE) y prevé la posible creación de otras agrupaciones de municipios diferentes de la provincia (art. 141.3 CE).

17. La autonomía local consagrada en el artículo 137 CE —con el complemento de los artículos 140 y 141 CE— "se traduce en una **garantía institucional** de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno" STC 159/2001, FJ 4, y luego STC

51/2004, FJ 9). Esta jurisprudencia ha ido creciendo en matices introducidos por los numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC: 170/1989, FJ 9; 213/1988, FJ 3; 41/2016, FJ 3-14; o 111/2016, FJ 3-12).

18. En el caso **municipal**, la autonomía se garantiza expresamente en el artículo 140 CE. En lo que respecta a la **provincia**, a pesar de que el artículo 141 CE no contiene un reconocimiento expreso en los mismos términos, limitándose a definirla como "entidad local con personalidad jurídica propia", el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo la transposición de la garantía institucional de la autonomía municipal a la provincia. No obstante, de la regulación constitucional parece desprenderse una autonomía local reforzada, la de los municipios y otra más limitada, la de la provincia e islas, con rasgos y perfiles específicos respecto de la autonomía municipal (STC 109/1998, FJ 2; VELASCO, 2021: 16).

19. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede ver una **clara evolución** del concepto de autonomía local, sobre todo, en aquellas sentencias posteriores a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Si bien la jurisprudencia constitucional desde la STC 32/1981, FJ 3, STC 41/2016, FJ 6, ha definido la autonomía local no ya sólo como una "institución" que ha de respetar la ley, sino como un **principio constitucional** que ha de ser optimizado en la medida de lo posible (*supra* § 4.6), previa ponderación con otros principios o bienes constitucionales (VELASCO, 2021: 19). Ese mandato de optimización exige que la falta de atribución de competencias a los municipios o su restricción, en materias de interés municipal, se justifique suficientemente. Para determinar si la intervención del legislador respeta la garantía constitucional de la autonomía local debe valorarse: a) si existen intereses supralocales que justifiquen dicha regulación; b) si el legislador ha ponderado los intereses municipales afectados: c) si el legislador ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses (SSTC 152/2016, FJ 6; 64/2025, FJ 6). Por lo demás, aún hoy continúa existiendo controversia acerca de si la Constitución contiene una **cláusula general de competencia** municipal o si la atribución de competencias debe llevarse a cabo por ley atendiendo a los límites derivados del principio constitucional de autonomía local (CARRO, 2000: 37; VELASCO, 2021: 21) (*supra* § 6.44).

20. La protección constitucional de la autonomía local implica, en primer lugar, la **garantía de existencia** del municipio, la provincia y la isla como entidades locales dotadas de autogobierno. El artículo 137 CE no la garantiza respecto de cada concreto municipio existente (STC 132/2014, FJ 5), sino del municipio como institución. Lo mismo ocurre con las provincias, cuyos límites son modificables por ley orgánica (art. 141.1 CE). Tampoco garantiza la Constitución que cada isla cuente con autonomía, siendo posible que varias islas formen una única entidad local. En segundo lugar, el artículo 137 CE garantiza una esfera de intereses propios y la atribución de las **competencias** necesarias para su gestión a cada entidad local constitucionalizada (municipio, provincia e isla), cuya concreción queda en manos del legislador ordinario (SSTC 4/1981; 51/2004; 214/1989; o 154/2015). En tercer lugar, la autonomía local conlleva el **autogobierno** de los entes locales a través de sus propios órganos. En cuarto lugar, implica el reconocimiento de **potestad de autoorganización y de potestad normativa** (reglamentaria) a los entes locales. Por último, en quinto lugar, supone el reconocimiento de **suficiencia financiera** a la Administración local (art. 141 CE).

21. Por su parte, el art. 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (CEAL) reconoce la autonomía de las entidades locales y la define como: "[..] el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes".

4. EL MUNICIPIO

4.1. Definición legal

22. De conformidad con el artículo 11 LBRL, el municipio es la **entidad local básica** de la organización territorial del Estado, dotada de personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Los elementos del municipio son: el territorio, la población y la organización, los cuales serán objeto de análisis en los apartados siguientes.

4.2. Territorio y población

23. El **término municipal**, según el artículo 12.1 LBRL, es el territorio en que el ayuntamiento ejerce sus competencias, el cual pertenecerá a una sola provincia.

24. La regulación de la creación o supresión de municipios, así como la alteración de términos municipales, corresponde al **legislador autonómico**, quien debe tener en cuenta que la alteración de términos municipales no puede suponer, en ningún caso, la modificación de los límites provinciales.

25. Desde el punto de vista procedimental, la legislación básica estatal únicamente exige que se dé **audiencia a los municipios interesados** y se solicite dictamen al Consejo de Estado o del órgano consultivo superior de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, en su caso, siendo necesario que, de forma simultánea a la petición de dicho dictamen, se dé conocimiento a la Administración General del Estado.

26. En todo caso, el artículo 13.2 LBRL (modificado por el RD Ley 6/2023, de 19 de diciembre) dispone que la creación de **nuevos municipios** requiere de núcleos de población territorialmente diferenciados con, al menos, 4.000 habitantes y siempre que los municipios resultantes sean financieramente sostenibles, cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no se disminuya la calidad de los servicios que venían siendo prestados.

27. La legislación básica reconoce al Estado la posibilidad de que, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas y atendiendo a criterios geográficos, sociales, económicos y culturales, establezca medidas de fomento de la **fusión de municipios**, con el fin de mejorar la capacidad de gestión de los asuntos públicos locales. En este sentido, en el artículo 13.4 LBRL, se prevén incentivos a la fusión de municipios, con independencia de su población, colindantes dentro de la misma provincia mediante la celebración de un convenio de fusión

28. Por otra parte, respecto de la **población** de un municipio, el artículo 15 LBRL la define como el conjunto de personas inscritas en el padrón del municipio en el que residan habitualmente o, en su caso, en el que habiten más tiempo al año, adquiriéndose la condición de vecino en el mismo momento de su inscripción en el padrón. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos

de un municipio, cuyos datos constituyen prueba de la residencia y del domicilio habitual en el mismo (art. 16 LBRL).

29. En el artículo 18 LBRL se contiene el catálogo de **derechos y deberes de los vecinos** los cuales, en el caso de los extranjeros residentes legalmente en España, vendrán determinados por lo dispuesto en la legislación de extranjería. Entre los derechos de los vecinos se incluyen no sólo derechos políticos (como el derecho a ser elector y elegido en las elecciones municipales: art. 18.1 a) LBRL), sino también derechos administrativos, como el derecho al efectivo establecimiento de los servicios municipales obligatorios (art. 18.1 g) LBRL).

4.3. Competencias

30. A partir de la entrada en vigor de la reforma de la legislación básica de régimen local operada por la LRSAL en 2013, el nuevo artículo 7 LBRL permite clasificar las competencias municipales en propias, delegadas y "distintas de las propias". Las competencias **propias** se atribuyen por la ley dentro de los ámbitos materiales enunciados en el artículo 25.2. de la LBRL, como el planeamiento y la disciplina urbanísticos (art. 25.2 a) LBRL) o la protección de la salubridad pública (art. 25.2 j) LBRL). Las competencias propias se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones públicas. Tras la reforma del art. 25 LBRL operada por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, se introduce expresamente el principio de diferenciación en la atribución de competencias a los municipios, de conformidad con el cual, con carácter previo, deberá realizarse una ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local, dejando constancia de tal ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial, ya sea en su parte expositiva o en la memoria justificativa correspondiente.

31. En la doctrina y jurisprudencia es una cuestión aún debatida si el **artículo 25.2 LBRL** atribuye directamente competencias a los municipios o se limita a definir materias en las que posteriores leyes (estatales o autonómicas, en función de la materia) han de atribuir concretas competencias a los municipios. La STC 41/2016, FJ 10 b), se ha inclinado por la segunda opción, para así garantizar que en materias de competencia autonómica son precisamente las leyes sectoriales autonómicas quienes deben atribuir concretas competencias a los municipios de su territorio (*supra* § 6.44). En todo caso, las materias contenidas en el artículo 25.2 LBRL constituyen una garantía mínima de la autonomía local, pues las leyes sectoriales, tanto estatales como autonómicas, han de asignar algún tipo de competencia municipal en esas materias, tras evaluar la conveniencia de la implantación de nuevos servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. El listado de materias que presentan interés local *ex* artículo 25.2 LBRL se ha visto reducido en relación con la regulación anterior a la reforma, principalmente, en lo que respecta a los ámbitos de la educación, salud, sanidad y servicios sociales. No obstante, este hecho no implica que los municipios dejen de ser titulares de aquellas competencias que les correspondían antes de la reforma en virtud de lo dispuesto en las leyes sectoriales estatales o autonómicas ya que, dentro de esta categoría de competencias propias, se incluyen también todas aquellas atribuidas por las leyes estatales y autonómicas dentro de sus respectivos ámbitos competenciales. Aunque, como se ha dicho, la jurisprudencia constitucional no reconoce al Estado una competencia general para atribuir competencias municipales en cualesquiera materias, sí ha

abierto la posibilidad de que el Estado lleve a cabo determinadas atribuciones competenciales sectoriales a los municipios -incluso en materias autonómicas- con el fin de garantizar un **conjunto homogéneo de derechos prestacionales del vecino** (STC 41/2016, FJ 10 e)) Tal sería el sentido del actual artículo 26.1 de la LBRL, donde se enumeran los "servicios municipales obligatorios" (VELASCO, 2017: 41).

32. Según el art. 27 LBRL, los municipios también pueden contar con competencias **delegadas** (por el Estado o las comunidades autónomas). Estas competencias se ejercerán en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda. En este caso, los municipios no actúan con plena autonomía y es posible que la entidad delegante se sirva técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia (*infra* § 13.70).

33. Además de las competencias propias y de las atribuidas por delegación, el artículo 7.4 de la LBRL introduce una nueva y discutible categoría: "las competencias **distintas de las propias**". En este grupo entrarían normalmente las políticas municipales de empleo o escuelas infantiles municipales de cero a tres años (guarderías), **que ninguna ley estatal o autonómica atribuye expresamente a los municipios.** Mediante esta competencia municipal "propia general" (STC 41/2016, FJ 10 d) los ayuntamientos podrían actuar en cualquier materia o asunto no atribuido expresamente por una ley (o delegado por otra entidad territorial) pero regirían los límites establecidos en el artículo 7.4 de la LBRL, donde se dispone que las entidades locales solo podrán ejercer estas competencias cuando cuenten con un **previo y doble informe favorable supramunicipal** (estatal o autonómico, según la materia): de sostenibilidad financiera y de no duplicidad (*infra* § 13.71). Esto es, informes en los que se constate que no se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal (de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera) y que no se incurre en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración.

4.4. Organización

34. La organización municipal ha ido evolucionando como consecuencia del reconocimiento del principio democrático a nivel local y de la garantía constitucional de la autonomía local. La organización municipal dependerá del régimen aplicable a cada municipio, siendo posible distinguir entre: a) municipios de régimen común; b) municipios de gran población; c) municipios en régimen de concejo abierto y d) municipios sujetos a regímenes de carta. A continuación, se expondrá sucintamente la regulación contenida al respecto en la legislación básica estatal, sin perjuicio de la disciplina que, en su caso, pueda introducir la legislación autonómica. En general, las diferentes reformas en materia organizativa han ido traduciéndose en una **parlamentarización** del gobierno local (esto es, en la creciente emulación de la forma de gobierno parlamentaria del Estado y las comunidades autónomas) y en el reconocimiento de la dimensión política de los entes locales (DÍEZ, 2021: 257).

35. Los municipios de **régimen común** —aquellos que no se sujetan a alguno de los otros regímenes especiales— contarán, de forma obligatoria, con el alcalde, los

tenientes de alcalde, el pleno (art. 20.1.a) LBRL) y la comisión especial de cuentas (art. 20.1.e) LBRL). Asimismo, en todos los municipios con población superior a 5.000 habitantes y en los de menos, cuando así lo disponga su reglamento orgánico o así lo acuerde el pleno de su ayuntamiento, existirá una junta de gobierno local (art. 20.1.b) LBRL). Estos municipios, además, si su legislación autonómica no prevé otra forma organizativa, contarán con **órganos** (las "comisiones informativas del pleno") que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del pleno, así como el seguimiento de la gestión del alcalde, la junta de gobierno local y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al pleno (art. 20.1.c) LBRL).

36. El artículo 140 CE establece directamente que "su gobierno y administración [de los municipios] corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los alcaldes y los concejales". Esto explica que todos los órganos con poder decisorio en el ayuntamiento, tanto para decisiones políticas como para decisiones administrativas, se adopten por órganos con **legitimación democrática**. De un lado, el pleno municipal está integrado por concejales elegidos directamente en las **elecciones municipales** (art. 22.1 LBRL). Las elecciones municipales se celebran de forma fija el cuarto domingo del mes de mayo cada cuatro años y con carácter general (exceptuando los municipios de menos de 250 habitantes y en los municipios que funcionan en régimen de concejo abierto) se rigen por un sistema proporcional corregido o fórmula *D´Hondt* (arts. 180 y 163.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, LOREG). El número de concejales de cada pleno municipal varía en función de la población del municipio (art. 179 LOREG). En cambio, el **alcalde o la alcaldesa** no se elige directamente por los vecinos, sino por los concejales del pleno, por mayoría absoluta en primera vuelta. Si no se formara esa mayoría absoluta en primera vuelta, se proclamaría alcalde, directamente, al cabeza de la lista electoral que hubiera obtenido más votos en el correspondiente municipio (art. 196 c) LOREG).

37. En los municipios de régimen común, el **poder decisorio** se distribuye entre la alcaldía y el pleno municipal. La junta de gobierno asiste al alcalde, y sólo ejerce competencias que le deleguen el alcalde o alcaldesa y el pleno municipal. Al **pleno municipal** le corresponden las competencias normativas (aprobación de ordenanzas, del presupuesto, y de planes urbanísticos: artículo 22.2 d) e) y c) LBRL, respectivamente) y otras decisiones administrativas muy relevantes para el conjunto del ayuntamiento, como la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público (art. 22.2 l) LBRL) o la concertación de operaciones de crédito de elevada cuantía (art. 22.2 m) LBRL). A la **alcaldía** le corresponden las demás competencias administrativas, como la gestión económica (art. 21.1 f) LBRL), la imposición de sanciones (art. 21.1 m) LBRL), o el otorgamiento de licencias y autorizaciones (art. 21.1 q) LBRL). La LBRL no atribuye directamente ninguna competencia a los concejales municipales (aparte de las competencias del pleno del que forman parte), pero sí permite que la alcaldía delegue el ejercicio de muchas de sus competencias en concretos concejales (art. 21.3 LBRL), a los que por ello se conoce como "concejales

delegados". Tratándose del ejercicio de competencias delegadas, las decisiones que adopten los "concejales delegados" agotan la vía administrativa, pues se consideran decisiones adoptadas por la alcaldía (arts. 9.4 LRJSP y 52.2 b) LBRL).

38. Respecto de los **municipios de gran población**, hay que señalar que su organización presenta una mayor complejidad. En este tipo de municipios, además de los órganos de gobierno señalados en el caso de los municipios de régimen común —alcalde, tenientes de alcalde, junta de gobierno local y pleno— existirán: el consejo social de la ciudad (art. 131 LBRL); la comisión especial de sugerencias y reclamaciones, que se creará por el pleno (art. 132 LBRL); la intervención general municipal (art. 136 LBRL) y un órgano especializado para la resolución de las reclamaciones económico–administrativas (art. 137 LBRL). Asimismo, se habilita al pleno para crear, en su caso, un órgano de gestión tributaria (art. 135 LBRL).

39. La ley regula con detalle la **organización gubernativa y administrativa** de los municipios de gran población (arts. 129 y 130 LBRL), distinguiendo, por ejemplo, entre órganos superiores (el alcalde y los miembros de la junta de gobierno local) y órganos **directivos** (coordinadores generales de cada área o concejalía; directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías; el titular del órgano de apoyo a la junta de gobierno local y al concejal–secretario de la misma; el titular de la asesoría jurídica; el secretario general del pleno; el interventor general municipal; y, en su caso, el titular del órgano de gestión tributaria).

40. Al igual que en los municipios de régimen común, en los municipios de gran población también los **concejales del pleno** se eligen directamente por los vecinos, y el alcalde o alcaldesa se elige indirectamente, por los concejales ya electos. No obstante, en estos municipios la distribución de poder decisorio entre los diversos órganos municipales es bien distinta. Se aproxima a la **forma de gobierno parlamentaria**, propia del Estado y de las comunidades autónomas. En este sentido, el pleno municipal mantiene las competencias normativas (art. 123.1 d) LBRL) y ciertas decisiones estratégicas o fundamentales, pero no ejerce competencias administrativas. A diferencia de lo que ocurre en los municipios de régimen común, en los de gran población, las competencias del pleno son indelegables en la alcaldía o la junta de gobierno (STS de 30 de abril de 2009, ECLI:ES:TSJM:2009:8083). Las competencias administrativas se atribuyen en bloque a la **junta de gobierno municipal** (art. 127 LBRL) compuesta por el alcalde o alcaldesa y varios concejales designados directamente por el alcalde (art. 126.2 LBRL). La alcaldía cuenta con funciones de dirección política y representación del conjunto del ayuntamiento y con muy pocas competencias propiamente decisorias (art. 124 LBRL). En este sentido, así como en los municipios de régimen común es la alcaldía el centro de las decisiones administrativas, en los municipios de gran población esa función se atribuye a un órgano colegiado (la junta de gobierno local). En todo caso, y de forma simétrica a lo que ocurre en los municipios de régimen común, en los de gran población la junta de gobierno puede delegar generosamente el ejercicio de concretas competencias

en concretos concejales del pleno ("concejales delegados"), con algunas excepciones (art. 127.2 LBRL)

41. Quedan **sujetos al régimen de los municipios de gran población**, de acuerdo con el art. 121.1 LBRL: a) los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes; b) los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes; c) los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas; d) los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales. En los dos últimos supuestos, se exigirá que así lo decidan las asambleas legislativas.

42. En tercer lugar, respecto de la organización de los municipios en régimen de **concejo abierto**, hay que señalar que se trata de una forma organizativa característica de pequeños municipios rurales. Funcionan en concejo abierto: a) los municipios que tradicional y voluntariamente cuenten con ese singular régimen de gobierno y administración y b) aquellos otros en los que, por su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable (art. 29.1 LBRL). Las leyes autonómicas cuentan con amplio margen para la regulación de los concejos abiertos en su territorio, pero no pueden redefinir el propio concepto de concejo abierto contenido en la LBRL (STC 210/2014, FJ 3). De acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 LBRL, párrafos tercero y cuarto, en el régimen de concejo abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un **alcalde** y a una **asamblea vecinal** de la que forman parte todos los electores. Estos municipios ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en la LBRL y, en su caso, en las leyes autonómicas sobre régimen local. No obstante, los alcaldes de las corporaciones de municipios de menos de cien residentes podrán convocar a sus vecinos a concejo abierto para decisiones de especial trascendencia para el municipio.

43. En cuarto lugar, pueden identificarse algunos **regímenes locales denominados de carta** aplicables a municipios como Madrid o Barcelona. En Madrid rige como norma especial (y por tanto de aplicación preferente respecto de la LBRL) la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Barcelona cuenta con dos leyes especiales: una ley estatal (con normas básicas estatales específicas para esta ciudad: Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona) y una ley autonómica (con normas de desarrollo especiales respecto de los demás municipios catalanes: Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona). Estas leyes singulares se justifican por las particularidades que presentan las dos ciudades (capitalidad, grandes ciudades, etc.). Otras ciudades cuentan también con leyes autonómicas de capitalidad (como la Ley balear 23/2006, de 20 de diciembre, de capitalidad de Palma de Mallorca), que, en todo caso, deben respetar la regulación básica estatal (STC 137/2018, FJ 3). Aunque en rigor las leyes especiales o de carta desplazan la aplicación de las leyes generales aprobadas por el mismo órgano parlamentario (las Cortes o la correspondiente asamblea legislativa autonómica) en la práctica los tribunales son renuentes a esta aplicación preferente de las leyes especiales (así, para en relación con ley especial de Madrid: STS de 27 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6490).

44. En todo caso, lo cierto es que estos regímenes de carta no son necesariamente más abiertos, de hecho, en la práctica, no cuentan con gran margen para desarrollar un modelo organizativo sustancialmente distinto al previsto legalmente (DÍEZ, 2021: 271).

5. LA PROVINCIA

5.1. Naturaleza jurídica

45. La Constitución otorga una **cuádruple naturaleza** a la provincia, configurándola, además de como un ente local territorial determinado por la agrupación de

municipios, como una división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (art. 141.1 CE), como entidad titular de la iniciativa para la constitución de comunidades autónomas (art. 143.1 CE) y, por último, como circunscripción electoral para la elección de diputados y de senadores (arts. 68 y 69 CE).

46. En cuanto **ente local**, la Constitución incluye en el artículo 137 a la provincia, junto a los municipios y las comunidades autónomas, entre las entidades que forman parte de la organización territorial del Estado, limitándose a disciplinar sucintamente, en su artículo 141, sus elementos esenciales.

47. El citado artículo 137 CE garantiza la **autonomía** de la provincia para la gestión de sus intereses, cuya extensión y límites han sido fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como se ha indicado más arriba (*supra* § 11. 16-21). La CE deja la concreta configuración de la autonomía provincial en manos del **legislador ordinario**, cuyo único límite es, precisamente, el del reducto indisponible o núcleo esencial de la autonomía provincial. Así, según la doctrina constitucional, corresponde a la ley especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a la comunidad provincial, pudiendo incidir en la definición de los intereses provinciales y de las competencias que su gestión autónoma comporta para acomodar esta pieza de nuestra estructura jurídico–política a otras entidades autonómicas de nueva creación (STC 32/1981, FJ 3 y STC 27/1987, FJ 2).

48. A pesar de la garantía constitucional de la institución provincial, tras la creación de las comunidades autónomas y, especialmente, en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica que ha afectado a España, se ha intensificado el debate acerca de la **existencia de las provincias** como entidades locales entre quienes, de un lado, defienden su mayor protagonismo y, de otro lado, quienes sostienen la conveniencia de reducir al mínimo constitucionalmente posible sus funciones. No obstante, por el momento, en la reforma de la LBRL mediante la LRSAL de 2013 se ha optado por potenciar el papel de las diputaciones provinciales.

5.2. Territorio y población

49. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141.1 CE cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante **ley orgánica**.

50. El actual mapa provincial tiene su origen en la división territorial efectuada por **Javier de Burgos en 1833**. Según el artículo 25 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), el territorio español "se divide en cincuenta provincias con los límites, denominación y capitales que tienen actualmente". La denominación y capitalidad de las provincias ha de realizarse por ley aprobada por las Cortes Generales. Sin embargo, no se garantiza la existencia de un número determinado de ellas, de lo contrario se estaría impidiendo al Estado realizar una reordenación de las circunscripciones electorales y llevar a cabo toda acción de división territorial para el mejor cumplimiento de sus actividades (CARRO, 1996: 314).

51. Por lo que respecta a la **población** de la provincia, esta integra toda la de los municipios comprendidos en la misma.

5.3. Competencias

52. La LBRL, siguiendo un esquema similar al empleado respecto de los municipios, distingue entre competencias propias de las provincias, delegadas y distintas de las propias y de las atribuidas por delegación.

53. Las competencias **propias** de las provincias serán determinadas por ley y se ejercerán en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones públicas (art. 7.2 LBRL). El artículo 36 LBRL contiene el listado de competencias —*numerus apertus*— que, en todo caso, corresponden a la provincia, definiendo así el núcleo esencial de la autonomía provincial. La nueva redacción de dicho precepto, introducida por la LRSAL de 2013, amplía, aparentemente, las competencias provinciales garantizadas por la LBRL atribuyendo, de forma novedosa, competencias sustantivas o materiales a la provincia (como el "tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes", art. 36.1 c) LBRL). El significado de estas nuevas competencias "sustantivas" es muy limitado, pues de acuerdo STC 111/2016, FJ 11, deben ser ejercidas de forma subsidiaria respecto de municipios. En consecuencia, las competencias provinciales siguen pivotando entorno a la **asistencia y cooperación al municipio** (*supra* §§ 13.27 y 28).

54. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1 c) LBRL corresponde a la provincia el **fomento** o, en su caso, la **coordinación de la prestación unificada de servicios** de los municipios de su respectivo ámbito territorial. Al respecto, el artículo 36.2 LBRL atribuye a la provincia dos relevantes competencias consistentes, de un lado, en la aprobación anual de un **plan provincial de cooperación** a las obras y servicios de competencia municipal y, de otro lado, asegurar el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y a la mayor eficacia y economía en la prestación de estos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal. El artículo 116 bis de la LBRL atribuye a las diputaciones funciones de control y asistencia a las entidades locales que haya incumplido sus objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública o regla de gasto. Por último, cabe destacar la atribución de las funciones de **asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica** a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión y la de cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás administraciones públicas en este ámbito (art. 36.1 d) LBRL). En ejercicio del poder de coordinación provincial, y en los términos que establezca la legislación autonómica, la diputación provincial puede sustituir a los municipios en la prestación de servicios.

55. Así, por ejemplo, en el caso de la STSJ–Andalucía de 14 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJAND:2015:9956), la Diputación provincial de Granada **sustituyó al Ayuntamiento de Maracena** en la prestación del servicio municipal de recogida de residuos. Anteriormente, había existido un consorcio entre la Diputación provincial y varios ayuntamientos para la prestación conjunta del servicio, pero debido a impagos de varios ayuntamientos, la Diputación había optado por extinguir

el consorcio y acordar encomiendas de gestión entre cada uno de los ayuntamientos y la Diputación, a fin de que la Diputación prestara el servicio. Ante la negativa del Ayuntamiento a firmar una encomienda de gestión, que es voluntaria conforme al artículo 13 LRJSP, la Diputación provincial decidió, al amparo del artículo 14.3 de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, sustituir directamente al Ayuntamiento en la prestación del servicio.

56. Respecto del ejercicio de **competencias delegadas y "distintas de las propias"** y de las atribuidas por delegación, hay que señalar que les resultan de aplicación los límites señalados respecto de las competencias municipales, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 7.3 y 7.4 LBRL (*supra* §§ 11.32 y 33).

5.4. Organización

57. El gobierno y la administración autónoma de las provincias, según el artículo 141 CE, estarán encomendados a **diputaciones** u otras corporaciones de carácter representativo. La organización provincial se disciplina con carácter básico en la LBRL, pudiendo las leyes autonómicas sobre régimen local establecer una organización complementaria de la prevista en dicho texto legal. De acuerdo con el artículo 32 LBRL, en las provincias de régimen común son órganos necesarios: **presidente, vicepresidentes, junta de gobierno y pleno**. Asimismo, existirán en todas las diputaciones órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del pleno, así como el seguimiento de la gestión del presidente, la junta de gobierno y los diputados que ostenten delegaciones, siempre que la respectiva legislación autonómica no prevea una forma organizativa distinta en este ámbito y sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al pleno. Con carácter complementario, las diputaciones podrán crear y regular otros órganos. La organización provincial presenta grandes similitudes con los municipios de régimen común y no tantas con los de gran población (MIGUEZ, 2017: 298).

58. El sistema electoral para la elección de diputados provinciales, miembros del pleno, se regula en los artículos 202 a 209 LOREG, donde se ha optado por su **elección indirecta**. Esto es, son los concejales electos en las elecciones municipales quienes designan a los diputados provinciales. Este régimen representativo ha sido y continúa siendo muy cuestionada desde el punto de vista de su respeto al artículo 3.2 CEAL y ha provocado que se haya puesto en duda la legitimidad institucional y democrática de las diputaciones provinciales, siendo muchos los autores que proponen su reforma (BARRERO, 2017b: 351, 359).

6. LA ADMINISTRACIÓN INSULAR

59. Los **archipiélagos balear y canario** cuentan con administración propia en forma de cabildos o consejos (141.4 CE). Cada isla es una entidad territorial autónoma, distinta de la provincia y de la correspondiente comunidad autónoma.

60. Su regulación en la misma sede en que se regulan las provincias (art. 141 CE) y la ausencia de mención alguna a estas últimas en sus respectivos estatutos de autonomía, ha hecho surgir la duda entre

la doctrina de si, en dichos territorios, la **organización provincial** coexiste con la insular y, de ser así, si esta situación sería compatible con la garantía constitucional de la propia institución provincial. En el archipiélago canario subsisten las "mancomunidades provinciales interinsulares" exclusivamente como órganos de representación y expresión de los intereses provinciales. Integran dichos órganos los presidentes de los cabildos insulares de las provincias correspondientes, correspondiendo su presidencia al del cabildo de la isla en que se halle la capital de la provincia. Aunque los estatutos canario y balear son bien distintos, se puede afirmar que en ninguna de las dos comunidades autónomas subsisten hoy propiamente las provincias, siendo la isla la entidad territorial supramunicipal de cada archipiélago (así, para el caso de las Islas Canarias: RIVERO, 2014: 296). En todo caso, el Tribunal Constitucional ha recordado que: "[…] de igual modo que la isla no sustituye a la provincia en dichos archipiélagos, tampoco las instituciones a las que corresponde la administración de las islas —los consejos insulares en el caso balear— pueden ser caracterizadas como trasunto de las Diputaciones provinciales, sino como entes específicos por expresa voluntad del poder constituyente plasmada en el artículo 141.4 CE" (STC 133/2012, FJ 3).

61. En el artículo 41.1 LBRL, se establece que los **cabildos insulares canarios**, como órganos de gobierno, administración y representación de cada isla, se rigen por las normas contenidas en la DA 14.ª LBRL y, supletoriamente, por las normas que regulan la organización y **funcionamiento** de las diputaciones provinciales, asumiendo las competencias de estas, sin perjuicio de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Canarias.

62. Por otra parte, los **consejos insulares de Illes Balears**, a los que son de aplicación las normas que regulan la organización y funcionamiento de las diputaciones provinciales, asumen sus competencias de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica de régimen local y las que les correspondan de conformidad con el Estatuto de Autonomía de Baleares (art. 41.3 LBRL).

7. LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA

63. Según el Tribunal Constitucional, **Ceuta y Melilla** "son entes municipales dotados de un régimen de **autonomía local singular**, reforzado respecto del régimen general de los demás municipios, que viene regulado por las previsiones específicas contempladas para ambas ciudades en sus respectivos estatutos de autonomía en cuanto a su estructura organizativa, sistema de competencias, régimen jurídico, mecanismos de cooperación con la Administración del Estado y régimen económico y financiero, especialmente" (STC 240/2006, FJ 4). Los estatutos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, tal y como dispone el artículo 147.2 CE, determinan el ámbito competencial que les corresponden dentro del marco establecido por la Constitución, que comprende, de un lado, competencias habitualmente atribuidas a las **comunidades autónomas** (art. 21 de la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta y art. 21 de la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla) y, de otro lado, las competencias que la legislación estatal atribuye a **municipios y provincias** (art. 25 de la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta y art. 25 de la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla). En todo caso, el régimen local aplicable a Ceuta y Melilla presenta ciertas especialidades introducidas en atención a la ausencia de poderes legislativos autonómicos que puedan desarrollar el régimen local básico (DA 4.ª LRSAL).

8. OTRAS ENTIDADES LOCALES

8.1. Entidades locales de ámbito territorial supramunicipal

8.1.1. Comarcas

64. La **comarca** puede definirse como una **agrupación de municipios limítrofes** con personalidad jurídica creada para la gestión de intereses comunes y definida por lazos geográficos, económicos y culturales propios (COSCULLUELA, 2022: 306). La CE no regula de forma expresa la comarca. Su creación se ampara en los artículos 141.3 CE —que permite la creación de agrupaciones de municipios diferentes de la provincia—, y 152.3 CE —que permite a los estatutos de autonomía, mediante la agrupación de municipios limítrofes, establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica—.

65. Por su parte, en la mayoría de los **estatutos de autonomía** se contiene la posibilidad de crear comarcas en el territorio de sus respectivas comunidades autónomas y la normativa básica estatal, en concreto, el artículo 42.1 LBRL, reproduce la citada previsión constitucional disciplinando la posibilidad de que éstas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos, creen en su territorio comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, limitando su regulación a cuestiones puntuales relativas a su creación y dejando todo lo demás en manos del legislador autonómico de régimen local.

66. Las comarcas son, por tanto, **entidades locales** (art. 141.3 CE y 3.2 a) LBRL). A pesar de que el artículo 3.1 LBRL —recientemente modificado por la LRSAL— no incluye las comarcas entre las entidades locales territoriales, lo cierto es que en el artículo 4.2 LBRL se abre la posibilidad de que la legislación autonómica les atribuya potestades administrativas propias de aquellas, de manera que cabría que los estatutos de autonomía configurasen las comarcas como entidades de esta naturaleza, siempre que se cumpliesen las condiciones necesarias para ello.

67. No obstante, la atribución a la comarca de **naturaleza de ente territorial** ha dado lugar a un intenso debate doctrinal, en el que se ha puesto en duda la constitucionalidad de esta opción. Aquellos que defienden su constitucionalidad basan su posición en el artículo 152.3 CE, que permite establecer por vía estatutaria circunscripciones territoriales propias mediante la agrupación de municipios limítrofes, las cuales gozarán de plena personalidad jurídica (ENTRENA, 1986: 56). Por el contrario, otros autores sostienen que la habilitación contenida en dicho precepto no es suficiente para atribuir a la comarca, a través de los estatutos, una consideración equiparable al municipio o la provincia, no existiendo base constitucional alguna para justificar la extensión a estos entes de la cobertura de la cláusula de garantía institucional (MARTÍN MATEO, 1987: 170). En realidad, este último autor da la clave del debate sobre la naturaleza territorial o no territorial de la comarca: el de **la extensión a la misma de la garantía constitucional de la autonomía local**. La respuesta a esta cuestión, según algunos autores, debe basarse en la distinción entre la garantía constitucional de la autonomía municipal y provincial, que supone una protección al máximo nivel, frente al legislador ordinario, estatal y autonómico e, incluso, frente al estatutario, y la aplicación del principio de autonomía local a otras entidades como la comarcal, cuya propia existencia queda supeditada a la decisión del legislador competente, y que implica simplemente, el

reconocimiento a las mismas de cierta autonomía para la administración y gestión de los intereses que el legislador les atribuya como propios (FERREIRA, 1999: 118).

68. Respecto de su carácter necesario o potestativo, en virtud de las competencias con que cuentan las comunidades autónomas para el diseño de su propia organización territorial, los **estatutos de autonomía** pueden configurar las comarcas como entes de naturaleza necesaria, sin perjuicio de la existencia de aquellos otros constitucionalmente garantizados como el municipio y la provincia. Sin embargo, en aquellos casos en que las comarcas no cuenten con una garantía estatutaria, pasarán a ser entes contingentes supeditados a la decisión que sobre los mismos adopte el legislador autonómico, el cual, si bien podrá disponer sobre la constitución y creación de tales entes, deberá hacerlo, en todo caso, con sujeción a las exigencias determinadas por la legislación básica estatal (STC 214/1989, FJ 13).

69. En aquellas comunidades autónomas en las que, de acuerdo con sus estatutos, la comarca no sea un ente local necesario, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.2 LBRL, según el cual, la **iniciativa para la creación** de una comarca podrá partir no sólo de la comunidad autónoma de que se trate, sino también de los propios municipios interesados.

70. Por el momento, son pocas las comunidades autónomas que han creado comarcas. Hay que destacar los casos castellano–leonés, aragonés y catalán, dada la existencia en estas comunidades autónomas de especiales vínculos y relaciones entre los municipios de determinadas zonas, que han derivado en la creación en su territorio de los escasos ejemplos comarcales existentes en España. En el caso de **Castilla y León**, aunque la comarca se configura como una agrupación voluntaria de municipios limítrofes con características geográficas, económicas, sociales e históricas afines (art. 46.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León [EACyL]), dejando su creación en manos del legislador autonómico, lo cierto es que reconoce expresamente la singularidad de la comarca del Bierzo: "una ley de las Cortes de Castilla y León regulará la comarca del Bierzo, teniendo en cuenta sus singularidades y su trayectoria institucional" (art. 46.3 del EACyL). En sentido similar, de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de **Aragón** (EAAr), en esta Comunidad Autónoma la organización territorial local se estructura en municipios, comarcas y provincias (art. 81 EAAr), sin embargo, no se generaliza la comarca en todo el territorio, sino que se prevé su creación a través de ley autonómica (art. 83.3 EAAr) —así se dispone en el artículo 6.2 del Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón—. Así, por ejemplo, recientemente, mediante la Ley aragonesa 8/2019, de 29 de marzo, se ha creado en Aragón la Comarca Central. En **Cataluña**, los artículos 83.2 y 92 EAC prevén directamente las comarcas, remitiendo su regulación a la ley. Actualmente, las comarcas catalanas están reguladas por el Decreto Legislativo catalán 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la organización comarcal de Cataluña, siendo su organización y funcionamiento similar al de las provincias.

8.1.2. Áreas metropolitanas

71. El concepto jurídico de área metropolitana se puede encontrar en el artículo 43.2 LBRL, donde se definen como entidades locales integradas por los municipios de **grandes aglomeraciones urbanas** entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras.

72. No obstante, de todas las fórmulas que el ordenamiento jurídico ofrece para resolver los problemas derivados del hecho metropolitano, la respuesta específica dada por el legislador básico estatal —el área metropolitana— **no ha tenido el éxito esperado**. Como ejemplos del fenómeno metropolitano en España pueden citarse: Madrid (Ley 121/1963, de 2 de diciembre); Barcelona (Ley catalana 31/2010, de 3 de agosto); l'Horta (creada por la Ley valenciana 4/1995, de 16 de marzo y suprimida por la Ley valenciana 8/1999, de 3 de diciembre); Vigo (Ley gallega 4/2012, de 12 de abril, modificada mediante Ley gallega 14/2016, de 27 de julio).

73. Las áreas metropolitanas son entidades locales, tal y como señala expresamente el artículo 43.2 LBRL. No obstante, se incluyen en el Título IV "otras entidades locales", lo que determina el carácter **potestativo** o contingente de las mismas, cuya creación queda en manos de las diferentes **comunidades autónomas**.

74. La legislación básica de régimen local, en su escueta disciplina, se limita a remitir a la legislación autonómica: la determinación de los órganos de gobierno y administración, garantizando la representación en ellos de todos los municipios integrados en el área; la disciplina del régimen económico y de funcionamiento, garantizando también en este punto, la participación de todos los municipios en la toma de decisiones y una justa distribución de las cargas entre ellos; y la determinación de los servicios y obras de prestación o realización metropolitana y el procedimiento para su ejecución (art. 43.3 LBRL).

75. La amplitud de la competencia estatal para la regulación de las áreas metropolitanas ha sido objeto de debate, el cual parece haberse resuelto en favor de la afirmación mayoritaria de la **interiorización autonómica** de su régimen competencial, que era la posición sostenida por el Tribunal Constitucional en la STC 214/1989, FJ 4, (TOSCANO, 2010: 139). Por otro lado, aunque la regulación básica estatal es escueta, dejando amplio margen para la legislación autonómica de desarrollo y los propios estatutos de cada concreta mancomunidad, las escasas normas básicas estatales sobre mancomunidades son vinculantes, por lo que necesariamente han de ser respetadas por las leyes autonómicas, a riesgo de inconstitucionalidad (STC 19/2022, FJ 4)

76. La creación, modificación y supresión de las áreas metropolitanas, tal y como dispone el artículo 43.1 LBRL, se realizará **por las comunidades autónomas**, mediante ley, previa audiencia de la Administración del Estado y de los ayuntamientos y diputaciones afectados y de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos. Así, parece necesaria la aprobación de una ley *ad hoc* para la creación, modificación y supresión de cada área metropolitana en concreto. No obstante, el alcance de dicha reserva de ley en el caso de la modificación de las áreas metropolitanas ha sido cuestionado por la doctrina (BARRERO, 1993: 212, 222).

8.1.3. Mancomunidades

77. Las mancomunidades son **entes locales no territoriales de carácter asociativo** con personalidad jurídica propia creados por los municipios para la ejecución en común de obras y servicios de su competencia (arts. 3.2.c), 4.3 y 44 LBRL). Esta asociación debe producirse, exclusivamente, entre municipios, que podrán pertenecer a distintas comunidades autónomas, siempre que lo permitan sus respectivas

legislaciones (art. 44.5 LBRL). Son frecuentes las mancomunidades para la gestión de residuos sólidos o para la prestación de servicios sociales básicos o comunitarios.

78. A partir de la reforma operada por la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, **se reforzó el papel de las mancomunidades** equiparándolas, en cierta medida, a las entidades locales territoriales en lo que respecta a su ámbito competencial, dado que, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 4.3 LBRL, en defecto de previsión estatutaria, podrían asumir la totalidad de las potestades previstas en el art. 4.1 LBRL, siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad y de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades (HERNANDO, 2015: 148).

79. Sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación autonómica, las mancomunidades se rigen, fundamentalmente, **por sus estatutos**, que han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento, teniendo en cuenta que, en todo caso, los órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados (art. 44.2 LBRL).

8.2. Entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio

80. En el ordenamiento jurídico español se ha venido reconociendo la existencia de EATIMs cuya regulación es competencia del **legislador autonómico**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 bis LBRL, que las define como formas de organización desconcentrada carentes de personalidad jurídica, creadas para la administración de núcleos de población separados, bajo la denominación de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos u otras análogas.

81. En todo caso, su creación queda limitada, tras la aprobación de la LRSAL en 2013, a aquellos casos en que constituya la opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados, de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. La reforma de la legislación básica de régimen local introducida por la LRSAL pretendió disminuir el número de entidades inframunicipales. Así, de un lado, se añadió el artículo 116 bis a la LBRL, según el cual, los municipios que deban presentar un plan económico–financiero por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, deberán incluir en dicho plan la supresión de aquellas entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, incumplan el objetivo de estabilidad presupuestaria o de deuda pública, o bien cuyo período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. De otro lado, se dispone que aquellas que se creen en el futuro no tendrán personalidad jurídica ni la condición de entidad local (art. 3, 24 bis LBRL y DT 4ª y 5ª LRSAL) (GALÁN Y GALINDO, 2015: 48).

9. LOS SECTORES PÚBLICOS LOCALES

9.1. Concepto

82. A efectos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), el **sector público local** está constituido por las entidades que integran la administración local y su sector público institucional (art. 2 LRJSP).

83. Al primer grupo —entidades que integran la **Administración local**—, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 LBRL, pertenecen: el municipio; la provincia; la isla en los archipiélagos balear y canario; las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, instituidas por las comunidades autónomas; las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios. Al segundo grupo, el del **sector público institucional local**, pertenecen los organismos públicos y entidades de Derecho público y las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas locales (art. 2.2. LRJSP).

84. No obstante, hay que señalar que la delimitación del **concepto de sector público local** dependerá del ámbito material de referencia. Así, por ejemplo, el concepto de sector público local en el ámbito presupuestario, se contiene en el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), que se remite a la delimitación realizada en el Sistema Europeo de Cuentas (DÍEZ Y MARCO, 2019: 75; *supra* § 1.6). A estos efectos, la pertenencia de un determinado ente al sector público local viene determinada por su vinculación con alguna de las entidades que forman la Administración local, la cual, de acuerdo con el SEC-2010, viene determinada por la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se trate de una unidad institucional, es decir, de una entidad económica que se caracteriza por su autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal (apartado 2.12); b) que pueda asegurarse el control sobre ella en función de la concurrencia de una serie de indicadores como la titularidad del capital, control del consejo de administración, acción de oro, etc. (apartado 2.38); c) que se trate de una entidad "no de mercado", es decir, que ofrece toda o la mayor parte de su producción a terceros de forma gratuita o a precios económicamente no significativos (apartado 20.29). En el ámbito de la contratación pública, el concepto de sector público local se contiene en el artículo 3.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en el cual se emplean criterios similares a los anteriores en su delimitación.

9.2. Tipología de entes y clasificación

85. Las entidades que forman parte del sector público institucional local, atendiendo a su naturaleza jurídica, pueden agruparse en dos categorías: las entidades con personalidad jurídico–pública y las entidades con personalidad jurídico–privada.

86. Un primer grupo sería el formado por aquellas que poseen **personalidad jurídica pública** que estaría formado por organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales (art. 85.2 A) LBRL), que se regirán por lo dispuesto en la LBRL y en la LRJSP (*supra* § 8.24-29), tal y como se desprende del artículo 85 bis LBRL. Son organismos autónomos, frecuentemente, los "patronatos deportivos" municipales. Las entidades públicas empresariales (que producen bienes y servicios económicos y se rigen fundamentalmente por Derecho privado) son menos frecuentes: un ejemplo es el Instituto Municipal de Cultura de Barcelona. Como es propio del régimen jurídico general de las entidades públicas empresariales, sus órganos administrativos pueden ejercer algunas potestades administrativas (así, en relación con la EPE Bilbao Zerbitzuak–Servicios, encargada de la gestión del cementerio: STJ–País Vasco de 19 de octubre de 2015, ECLI:ES.TSJPV:2015:3397).

87. El segundo grupo comprendería a entidades **con personalidad jurídica privada**, en concreto, sociedades mercantiles locales (art. 85.2.A) d) LBRL) y fundaciones **públicas locales que, si bien no se enumeran en el artículo 85 LBRL**, su

creación puede llevarse a cabo al amparo de lo dispuesto en la legislación autonómica (*supra* § 8. 24-29). Entre las **sociedades municipales** hay que distinguir entre las que tienen por fin la gestión directa de un **servicio público local** (art. 85.2 b) LBRL), como la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, y las que actúan como **empresas productoras de bienes y servicios económicos** (art. 86 LBRL), como la Sociedad de Gestión del Patrimonio Inmobiliario Municipal de Alcobendas, que actúa en régimen de competencia con empresas privadas. Las **fundaciones municipales**, como la Fundación Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Valladolid, se rigen por el régimen general de las fundaciones, si bien sus **órganos de gobierno** están ocupados por cargos electos municipales.

88. Debe tenerse en cuenta que no existe un concepto legal preciso de **sociedad mercantil pública**, empleándose, para hacer referencia, no sólo a las sociedades íntegramente públicas, a las que se refiere el artículo 85.2 A) d) LBRL sino también a aquellas que cuentan con capital mixto, respecto de las cuales, su pertenencia al sector público local se determina, habitualmente, utilizando el **criterio de la influencia dominante**, propio del concepto de sector público manejado por la normativa presupuestaria y de contratación pública a la que se ha hecho referencia anteriormente (SANTIAGO, 2017: 155; LÓPEZ DE CASTRO, 2021: 336).

89. En respuesta a la crisis económica y financiera de 2008, la LRSAL de 2013 introdujo una serie de medidas destinadas a reordenar *pro futuro* el sector público local. En primer lugar, la LRSAL **prohibió constituir entes de segundo nivel**. De acuerdo con el apartado tercero de la DA 9ª LBRL introducida por la LRSAL, los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados en dependencia, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, de cualquiera de las entidades locales del citado artículo 3.1 LBRL o de sus organismos autónomos no podrán constituir; participar en la constitución o adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional. En segundo lugar, **limitó la creación de nuevas entidades instrumentales** (DA 9.ª LBRL). En tercer lugar, la nueva redacción dada por la LRSAL al artículo 85.2 LBRL establece una serie de limitaciones a la utilización de **sociedades íntegramente públicas y de entidades públicas empresariales locales** para la gestión directa de servicios municipales, de tal manera que, en caso de que sea esta la fórmula elegida por el ente local, es necesario acreditar, mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que resultan más sostenibles y eficientes que la gestión por la propia entidad local o por organismos autónomos, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. Bibliografía citada

Marcos ALMEIDA CERREDA, "Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19 (2023), pp. 59-81.

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Las áreas metropolitanas*, Civitas–Instituto García–Oviedo, Madrid, 1993.

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, "La situación actual de las diputaciones: los extremos esenciales de un debate por resolver", en Antonio ARROYO GIL (Coordinador); Luciano José PAREJO ALFONSO (Director), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, pp. 315-360.

Eloísa CARBONELL PORRAS, "¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia", *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, núm. 15 (2021), pp. 58-70.

José Luis CARRO FERNÁNDEZ–VAMAYOR, "Autoorganización autonómica y entes locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 270 (1996), pp. 305-326.

José Luis CARRO FERNÁNDEZ–VAMAYOR, "La cláusula general de competencia municipal", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1 (1999-2000), pp. 37-60.

Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Civitas, Madrid, 2022.

Silvia DÍEZ SASTRE, "Organización municipal", en Francisco VELASCO CABALLERO (Director), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 257-286.

Silvia DÍEZ SASTRE y Ester MARCO PEÑAS, "La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria", *Revista CEF–legal*, núm. 223-224 (2019), pp. 75-112.

Rafael ENTRENA CUESTA, "La comarca", en *La comarca y la Administración territorial*, Instituto de Estudios de Administración Local, Granada, 1986.

Javier FERREIRA FERNÁNDEZ, *El régimen jurídico de la comarca en el sistema autonómico español*, Cedecs, Barcelona, 1999.

Alfredo GALÁN GALÁN, "La provincia como parte de un sistema de administraciones públicas: la necesaria articulación competencial", en L. PAREJO ALFONSO (dir.), *El futuro de la Administración local y el papel de los gobiernos locales intermedios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona–Madrid, 2017, pp. 383-412.

Alfredo GALÁN GALÁN y Ramón GALINDO CALDÉS, "Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio", en Marcos ALMEIDA CERREDA, Claudia TUBERTINI y Pedro GONÇALVES (Directores), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters–Civitas, Madrid, 2015, pp. 47-103.

María HERNANDO RYDINGS, "Las mancomunidades y los consorcios", en Marcos ALMEIDA CERREDA, Claudia TUBERTINI y Pedro GONÇALVES (Directores), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters–Civitas, Madrid, 2015, pp. 139-174.

Ramón MARTÍN MATEO, *Entes locales complejos*, Trivium, Madrid, 1987.

Luis MIGUEZ MACHO, "La provincia como Administración local en Galicia", en José Luis CARRO FERNÁNDEZ–VALMAYOR y Luis MÍGUEZ MACHO (Directores), *Derecho Local de Galicia*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 293-327.

Enrique ORDUÑA PRADA, "La planta local", en Francisco VELASCO CABALLERO (Director), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 37-72.

José Luis RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 2014.

Francisco TOSCANO GIL, *El fenómeno metropolitano y sus soluciones jurídicas*, Iustel, Madrid, 2010.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Juicio Constitucional sobre la LRSAL: punto final", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 10 (2017), pp. 21-44.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Municipios urbanos versus municipios rurales: homogeneidad y diversidad en el régimen local", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 13 (2020), pp. 21-53.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Constitución y gobierno local", en *Tratado de Derecho Local*, Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), Madrid, Marcial Pons, 2021.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Reformas en el régimen local general: el inicio de un nuevo ciclo", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 15 (2022), pp. 23-48.

10.2. Bibliografía complementaria recomendada

Marcos ALMEIDA CERREDA, "La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la administración local", en Juan José DÍEZ SÁNCHEZ (Coordinador), *La planta*

del gobierno local: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid–Barcelona, 2013, pp. 61-122.

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, "Los conceptos de Mancomunidades y Consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 45 (2002), pp. 81-120.

Eloísa CARBONELL PORRAS, "Sobre la reforma local y las competencias municipales propias", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100 (2014), pp. 765-781.

Tomàs FONT I LLOVET, "Perspectivas de organización supramunicipal", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 226 (1985), pp. 315-344.

Tomàs FONT I LLOVET, "Els governs locals intermedis i la seva projecció metropolitana", *Revista Catalana de Dreto Public*, núm. 57 (2018), pp. 32-50.

Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA–MORATO, "El sector público local", en Francisco VELASCO CABALLERO (Director), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 317-356.

Luis MORELL OCAÑA, *Estructuras locales y ordenación del espacio*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972.

Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Las mancomunidades en nuestro derecho local*, INAP, 1990.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios Locales, Madrid, 1981.

Francisco VELASCO CABALLERO y Carles VIVER I PI–SUNYER, "Competencias para la reforma de la planta local", en *Documento técnico: Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012, pp. 110-156.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 305-324
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L12
© Susana de la Sierra
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 12

LA ADMINISTRACIÓN EUROPEA

Susana de la Sierra
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EUROPEA: UNA REALIDAD HETEROGÉNEA: 1.1. La división de poderes en la Unión Europea: el poder ejecutivo y la Administración; 1.2. Concepto y clasificaciones. En particular, Administración directa y Administración indirecta; 1.3. Principios constitucionales de la Administración europea.—2. LA ADMINISTRACIÓN DIRECTA: 2.1. La Comisión Europea; 2.2. Las agencias; 2.3. La comitología; 2.4 Las competencias ejecutivas del Consejo; 2.5. Otras instituciones y órganos especializados.—3. LA ADMINISTRACIÓN INDIRECTA: 3.1. Las Administraciones nacionales como Administración europea; 3.2. La unión administrativa europea.—4. BIBLIOGRAFÍA: 4.1. Bibliografía citada; 4.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EUROPEA: UNA REALIDAD HETEROGÉNEA

1. En la Lección 1 se expuso el concepto de Administración Pública o, simplemente, Administración, entendiendo que "es fundamentalmente una **organización instrumental**: un conjunto ordenado de empleados públicos y de recursos materiales que, bajo la dirección o programación de un órgano político, lleva a cabo tareas muy diversas y cambiantes a lo largo del tiempo" (*supra* § 1.1). La noción de Administración en el Derecho nacional guarda un vínculo estrecho con la **teoría tradicional de**

la división de poderes, aunque quizás en los últimos tiempos esta afirmación pueda ser matizada, dado que el poder está diluido en más órganos, los poderes clásicos presentan relaciones más estrechas entre sí en algunos casos y los sistemas de contrapesos operan de forma distinta a como lo hacían en los inicios del constitucionalismo.

2. Las Administraciones públicas españolas son organizaciones **ejecutivas** (*supra* § 1.5). Esto significa que tienen encomendada la puesta en práctica de las **políticas públicas** que se diseñan en la totalidad del ordenamiento jurídico, desde las normas internacionales o supranacionales vinculantes para España hasta una ordenanza municipal, en el caso de la Administración local. El **poder legislativo** entendido en un sentido amplio —en todos los niveles de gobierno— fija el marco esencial en el que desarrollan su actividad las Administraciones públicas españolas, que están sometidas, entre otros principios, al de legalidad. Este marco se completa con las normas que adopta la propia Administración, así como con otras directrices no normativas que, de forma creciente, condicionan la actividad administrativa. Además de las normas y directrices internas, también la Unión Europea dirige la actuación de las Administraciones españolas mediante normas y otras directrices no normativas (planes, estrategias, agendas).

3. Por su parte, y también desde la perspectiva de la división de poderes, los jueces y tribunales, es decir, el **poder judicial**, son los órganos que de forma prioritaria realizan el control de legalidad de la actuación administrativa. En España, ese control compete de forma preferente a la jurisdicción contencioso–administrativa, pero en ocasiones otros órdenes jurisdiccionales tienen competencias concretas sobre aspectos específicos (*infra* § 34.3). Además, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) controlan en última instancia la conformidad a Derecho de la actuación de las Administraciones españolas, siquiera de forma indirecta, siempre que la materia entre en su ámbito competencial.

1.1. La división de poderes en la Unión Europea: el poder ejecutivo y la Administración

4. Visto ya que la Administración española se entiende desde la lógica de la división de poderes, en el ámbito de la Unión Europea la cuestión ha de afrontarse de una manera necesariamente distinta, ya que no existe una **división de poderes** en el sentido clásico. Es cierto que, por esa razón, no conviene obsesionarse por trasladar el marco conceptual nacional al entorno supranacional. Sin embargo, el esquema clásico (órganos que producen normas —órganos que las ejecutan con efectos *ad extra*— órganos de naturaleza jurisdiccional que controlan) sigue siendo válido como referencia. Por eso, abordar la Administración europea desde la división de poderes es adecuado desde un punto de vista explicativo, si bien con las precisiones que se han realizado y con las particularidades que se expondrán en esta lección.

5. Conviene recordar que **en Europa coexisten varias organizaciones internacionales**: la Unión Europea (con origen en la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, 1951, así como en la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, ambas de 1957), el Consejo de Europa (1947) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 1960), organización internacional que trasciende las fronteras europeas, pero que tiene su sede en París, que surgió vinculada a Europa y que comparte diversos objetivos con la Unión Europea. La presente lección se centra en la Administración que ejecuta el Derecho de la Unión Europea. La **Unión Europea** es objeto de estudio en varias asignaturas del Grado en Derecho y otras titulaciones afines. Esto es así porque su acción es transversal y afecta a todas las ramas del Derecho. Sus perfiles como organización internacional con personalidad jurídica propia (art. 47 del Tratado de la Unión Europea/TUE) interesan especialmente al Derecho Internacional Público y sus rasgos institucionales generales, así como el sistema de fuentes y el funcionamiento se estudian hoy también en asignaturas específicas sobre el Derecho de la Unión. Sin embargo, este Derecho ha crecido de forma ingente desde el nacimiento de la Comunidad Económica Europea en 1957, el germen de la actual Unión Europea. Así, su impronta es evidente en ámbitos como el Derecho tributario (por ejemplo, el Impuesto sobre el Valor Añadido, IVA, tiene una regulación esencialmente europea), el Derecho mercantil (la libre competencia entre las empresas es uno de los pilares del Derecho de la Unión), el Derecho laboral (piénsese, en primer término, en la libre circulación de trabajadores) o, desde luego, el Derecho constitucional y el administrativo.

6. La Unión Europea cuenta con un **Derecho propio**, tanto primario como secundario. Los tratados reciben la calificación de **Derecho originario** y constituyen el marco constitucional básico de la acción de las instituciones, así como de los Estados miembros cuando ejecutan Derecho de la Unión. Por su parte el **Derecho derivado** viene compuesto fundamentalmente por las **directivas**, los **reglamentos** y las **decisiones**, que suponen el siguiente escalón. Los reglamentos de alcance general, así como las directivas (con las particularidades de este tipo de normas, que incluyen obligaciones de resultado), serían el equivalente *mutatis mutandis* a las normas con rango de ley en los Derechos nacionales. Las decisiones, por su parte, se rigen por un marco jurídico particular y, aun cuando en ocasiones pueden tener efectos generales, no vinculan a terceros, sino únicamente a las instituciones, los organismos y los órganos que las han adoptado (SARMIENTO, 2022: 290). Directivas, reglamentos y decisiones adoptados conforme al procedimiento legislativo previsto en los Tratados son **actos legislativos** (art. 289, apartados 1 y 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE).

7. Buena parte del Derecho de la Unión es Derecho administrativo. Lo es, desde luego, el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno de la Unión Europea, pero también una parte muy relevante de las normas de contenido sustantivo aprobadas por la Unión o por los Estados miembros para la ejecución de las políticas públicas europeas. Las ayudas públicas (*infra* § 24) y la contratación pública (*infra* § 19) se rigen de una manera intensa por el Derecho de la Unión, pero también las actividades de ordenación y de regulación (*infra* § 22), así como el marco jurídico del servicio público (*infra* § 23). El concepto de **Derecho administrativo europeo** expresa esa realidad heterogénea, que fundamentalmente se reconduce a dos componentes: 1) el Derecho administrativo que rige el funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea; 2) el Derecho administrativo nacional "europeizado" (DE LA SIERRA, 2004: 84-97).

8. Como se verá a lo largo de esta lección, todo el Derecho interno ha de entenderse en el marco del Derecho europeo. También las **constituciones** de los Estados miembros han de leerse en clave europea, pues el **Derecho de la Unión** prevalece sobre las mismas y los Estados han transferido competencias soberanas propias del Estado–nación. Del mismo modo, todos los poderes públicos, también las Administraciones, se encuentran vinculados de forma prioritaria por este Derecho. Gran parte de las cuestiones que nos afectan son competencia de la Unión Europea y, por ello, se plasman en normas o en políticas públicas europeas. El programa *Erasmus*, los derechos de las personas consumidoras, la publicidad emitida en televisión, las limitaciones a la actividad de las redes sociales, las ayudas a las empresas para afrontar una crisis: todas son materias afectadas de una u otra manera por el Derecho de la Unión Europea.

9. Para ejecutar las normas del Derecho de la Unión se requiere una Administración o, por expresarlo de forma más precisa, un conjunto de Administraciones que, en su totalidad, componen el concepto de **Administración europea**. En esta lección la Administración europea viene referida a la Administración de la Unión Europea (excluyendo otras organizaciones internacionales), es decir, a la Administración que ejecuta y aplica el Derecho de la Unión Europea, pero que también complementa con normas de desarrollo aquellas de rango legislativo adoptadas por las instituciones de la Unión. Es, de este modo, el brazo ejecutivo en el contexto de la Unión. Sin embargo, esta Administración tiene unas características muy peculiares, que la diferencian de las Administraciones nacionales. Es en realidad un **conjunto de personas jurídicas y de órganos de naturaleza variada**. Comprende tanto instituciones y órganos de la Unión como Administraciones nacionales, amén de estructuras de naturaleza mixta. El art. 298 del TFUE se refiere parcialmente al concepto y alude a una Administración europea "**abierta, eficaz e independiente**", que apoyará a las instituciones, los órganos y los organismos en el cumplimiento de sus funciones.

1.2. Concepto y clasificaciones. En particular, Administración directa y Administración indirecta

10. En **Derecho nacional**, la clasificación del concepto de Administración suele venir determinada por razones **territoriales** (Administración General del Estado, Administración autonómica, Administración local) o bien por **razones funcionales y por los fines perseguidos** (Administración institucional) (*supra* § 8.21-39). Además, es frecuente adjetivar a la Administración por referencia al ámbito sectorial concreto en el que ejerce sus competencias (Administración sanitaria, Administración educativa, Administración cultural, Administración ambiental, Administración tributaria).

11. En el ámbito de la Unión Europea, la clasificación más relevante es la que distingue entre Administración directa y Administración indirecta y responde a la pregunta "¿quién y cómo ejecuta el Derecho de la Unión Europea?" La **ejecución**

directa es aquella que llevan a cabo las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, mientras que la **ejecución indirecta** la tienen encomendada los Estados —fundamentalmente sus Administraciones— y es la forma mayoritaria de ejecución.

12. La **competencia ejecutiva de los Estados** ha de entenderse como una garantía o una salvaguarda para compensar la cesión de competencias a la Unión, dado que los Estados conservarían de este modo un importante margen de actuación (FUENTETAJA, 2019: 57-59). De este modo, los Estados entregan la competencia sobre una determinada materia, pero mantienen la ejecución de las normas que se adopten. Es cierto que la ejecución es obligada, pero en muchas ocasiones existe margen de discrecionalidad en la ejecución y, en consecuencia, los Estados se encuentran más cómodos con ese margen.

13. En consonancia con todo lo anterior, el legislador europeo determinará los casos en los que, de forma extraordinaria, resulte pertinente "europeizar" la ejecución del Derecho y, en consecuencia, atribuir la competencia de ejecución a las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Ello viene reforzado por el **principio de subsidiariedad**, recogido en el artículo 5.3 TUE, que dispone lo siguiente: "En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión". Dicho artículo se complementa con el Protocolo núm. 2 al Tratado, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y **proporcionalidad**, principio este último que también rige la acción administrativa en la ejecución del Derecho de la Unión, conforme dispone el artículo 5.1 TUE.

1.3. Principios constitucionales de la Administración europea

14. La Administración pública nacional actúa en un marco constitucional que se ha teorizado en diversos ordenamientos jurídicos en torno al concepto de "**bases constitucionales del Derecho administrativo**". En la Unión Europea no existe una Constitución en sentido estricto, pues la naturaleza jurídica de la Unión es la de una organización supranacional, aun cuando sea especial o *sui generis*, mientras que la Constitución es el instrumento jurídico–político básico de los Estados. Sin embargo, existe consenso en la doctrina en considerar que las normas básicas del Derecho de la Unión (el Derecho primario europeo) son normas constitucionales en sentido lato, es decir, normas fundamentales que se sitúan en la cúspide de la pirámide normativa y que determinan la actuación de las instituciones, los organismos y los órganos de la Unión, pero también de las Administraciones nacionales cuando aplican el Derecho de la Unión. Son normas fundamentales, en consecuencia, para el funcionamiento de la Administración europea.

15. Mención especial requiere la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (CDFUE), dado que contiene referencias específicas de relevancia para la Administración europea, más allá de que el conjunto de la Carta haya de ser respetado por todas las instituciones públicas (nacionales o de la Unión) que apliquen Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, se han de destacar el **derecho a una buena administración** (art. 41), **el derecho de acceso a los documentos** (art. 42) o el **derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial** (art. 47), en aquellos supuestos en que hayan sido violados los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión. Este grupo de derechos positivizados en la Carta concretan siquiera parcialmente el **principio de eficacia** del Derecho la Unión y de la Administración europea, así como el **principio de legalidad**. En tanto que "Comunidad de Derecho" (STJ *Parlement Européen/Les Verts*), ECLI:EU:C:1986:166), la Administración europea actúa en ese marco jurídico y abraza los postulados del Estado de Derecho. En fin, se ha de recordar que, tal y como establece el artículo 6.3 TUE, los derechos fundamentales que garantiza el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** y los que son fruto de las **tradiciones constitucionales comunes** a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

16. Junto a todo ello, entre las "bases constitucionales" de la Unión Europea ocupa un lugar especial el **principio de cooperación**, que es con alta probabilidad el más característico del Derecho administrativo europeo, porque apunta a una estructura en red propia de la Administración europea (*infra* § 12.61). Presente desde las primeras versiones de los tratados, el actual artículo 4.3 TUE afirma que "[c]onforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados."

2. LA ADMINISTRACIÓN DIRECTA

17. El artículo 13 TUE y los artículos 223 a 287 TFUE regulan las **instituciones** de la Unión y enumeran las siguientes: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que se divide internamente en un Tribunal de Justicia y un Tribunal General), el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas. La estructura de la Unión guarda un equilibrio entre instituciones y funciones, si bien —como se ha indicado— no reproduce la estructura clásica de la división de poderes que se ha utilizado en el interior de los Estados como clave explicativa del Derecho Administrativo. El **poder legislativo** en la Unión vendría constituido por el Parlamento Europeo y el Consejo, mientras que el **poder ejecutivo** *stricto sensu* correspondería a la Comisión Europea. Sin embargo, en realidad la respuesta ha de ser algo más matizada. Así, por ejemplo, y además de otras precisiones que se realizarán en las siguientes líneas, el Banco Central Europeo dispone de personalidad jurídica propia y puede dotarse de normas que lo disciplinen, algo que por otra parte era anteriormente lo propio en la regulación de los bancos centrales de los Estados miembros. Además, junto a las instituciones

existen diversos **órganos** y **organismos**, ocupando un lugar destacado las **agencias**, a las que nos referiremos más adelante.

18. El poder judicial que controla la actuación de la Administración europea es, como la propia Administración europea, un poder judicial complejo o en red. Así, el control judicial lo ejercen tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como los órganos jurisdiccionales nacionales. Estos últimos velan por la correcta aplicación del Derecho de la Unión en y por los Estados miembros, mientras que el TJUE tiene encomendado —además de los anterior— el control de legalidad de los actos de las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión Europea. Como hemos adelantado ya, el TJUE es una denominación común para albergar distintos tribunales: el Tribunal de Justicia (sin el añadido "de la Unión Europea"), el Tribunal General y —eventualmente— los tribunales especializados. Cada Tribunal tiene sus propias competencias y se ha de señalar que los tribunales especializados, a pesar de estar previstos en el artículo 257 TFUE, no existen hoy en día. En el pasado sí operó un Tribunal de la Función Pública, competente para conocer de litigios en relación con la función pública en las instituciones europeas. Sin embargo, en el año 2016 los jueces de dicho tribunal se integraron en el Tribunal General.

19. La función pública de la UE constituye el grueso del personal al servicio de las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión Europea. Del mismo modo que en las Administraciones nacionales existen empleados públicos (funcionarios y contratados), también en las instituciones, los organismos y los órganos de la UE prestan sus servicios personas que, dependiendo de cada caso, tienen un vínculo jurídico permanente o bien de naturaleza temporal. En el ámbito de la UE, junto a los funcionarios públicos se encuentra la categoría de "agentes" (temporales, locales y contractuales), así como otras figuras, entre los que cabe destacar los consejeros especiales (FUENTETAJA, 2019: 267-268). Desde los inicios de las entonces Comunidades Europeas, este personal ha contado con una regulación de su estatuto jurídico, plasmado en el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) núm. 259/68 del Consejo, de 29 de febrero, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión. El reglamento se ha visto modificado en sucesivas ocasiones, si bien hasta la fecha no se ha producido la consolidación oficial de la normativa.

20. La Comisión Europea constituye un **poder ejecutivo *sui generis*** por varios motivos. Por un lado, tal y como se ha indicado, la ejecución ordinaria del Derecho de la Unión corresponde a los Estados miembros, que se erigen así en Administración indirecta. Por otro lado, las competencias de la Comisión exceden en algunas ocasiones aquello que suele ser habitual para los poderes ejecutivos en los Estados.

21. Así, el artículo 17.1 TUE subraya la función de la Comisión como **guardiana de los Tratados**, dado que ha de velar por que sean aplicados, así como por que lo sean las medidas adoptadas por las instituciones en ejecución de los mismos. Junto a competencias propias también de los ejecutivos nacionales (ejecutar el presupuesto y ejecutar programas; ejercer funciones de coordinación, ejecución y gestión;

asumir la representación exterior de la Unión, con alguna salvedad), se trata de una institución que opera a modo de bisagra o quicio en el conjunto de la Unión, dado que se le encomienda adoptar determinadas iniciativas "con el fin de alcanzar **acuerdos institucionales**". Además, se incorpora un poder singular, dado que el artículo 17.2 TUE dispone que los actos legislativos sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión. La **iniciativa legislativa** corresponde como regla general a la Comisión, si bien con posterioridad son el Parlamento y el Consejo las instituciones que han de aprobar el acto legislativo correspondiente. En relación con los actos de otra naturaleza, estos se adoptarán a propuesta de la Comisión no como regla de principio, sino cuando así lo establezcan los tratados.

22. La Comisión también puede, en ciertas condiciones, adoptar **actos delegados** y **actos de ejecución,** en los términos previstos, respectivamente, en los artículos 290 y 291 TFUE. Conforme al artículo 290 TFUE, un acto legislativo del Consejo, o del Consejo y el Parlamento europeo, podrá delegar en la Comisión los **poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general** que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. Se trataría, en consecuencia, de una competencia normativa. Por su parte, el artículo 291.2 TFUE recoge la posibilidad de que los actos jurídicamente vinculantes de la Unión confieran competencias de ejecución a la Comisión, cuando se requieran **condiciones uniformes de ejecución**. En este caso, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán previamente, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas y principios generales relativos a las **modalidades de control**, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. A esto se refiere la "comitología" a la que se hace referencia más adelante (*infra* § 12.37).

23. La Comisión Europea ha evolucionado desde su creación en los tratados originarios. Se creó desde el principio conforme a un esquema que recordaba a la Administración francesa clásica, aquella que heredamos en España, es decir, un **aparato unitario jerarquizado**, dividido por ámbitos de competencia (hoy, agricultura, digitalización, educación, aduanas, etc.). En la cúspide de la organización se encuentra una persona titular de la presidencia, a quien acompaña un conjunto de comisarios y comisarias, representando en su conjunto a la totalidad de los Estados miembros. Este conjunto se denomina "Colegio de Comisarios" y es habitual referirse a esta formación con el nombre de quien la preside (Comisión "Delors", Comisión "Santer", Comisión "Prodi", Comisión "Von der Leyen", etcétera).

24. El Tratado de Niza (2001) comportó una modificación importante en la estructura de la Unión Europea y, en particular, en la estructura y las competencias de la Comisión. El Tratado, que operó los cambios necesarios para proceder a una generosa ampliación de la Unión, fortaleció el **vínculo entre la Comisión Europea y el Parlamento**, dotando así a este último además de una mayor legitimidad democrática. Tras la reforma operada por el Tratado de Niza, el Parlamento pasó a tener mayor protagonismo en la elección del presidente de la Comisión. Así, si bien el Consejo continuaría manteniendo la competencia para designar este cargo por mayoría cualificada, sólo podría confirmarse con la aprobación del Parlamento. De igual modo, el resto de miembros del Colegio de Comisarios, una vez propuestos por el Consejo con mayoría cualificada, y de acuerdo con la persona propuesta para la

presidencia, tendrán que contar con la aprobación del Parlamento. Este es el régimen "constitucional" de la Comisión conforme al artículo 17 TUE.

25. La Comisión actual es la segunda Comisión "Von der Leyen", presidida por la antigua ministra de defensa alemana Ursula von der Leyen, que repite mandato. Con carácter general, cada **comisario y comisaria** ocupa una cartera y alguno caso es posible desempeñar al mismo tiempo funciones de **vicepresidencia**. En la actual conformación de la Comisión, es el caso de la exministra y exvicepresidenta española Teresa Ribera, ahora vicepresidenta ejecutiva con la cartera "Transición Limpia, Justa y Competitiva". A su lado —como en el caso de otros comisarios— trabajan varios colaboradores que componen la **parte más política y menos administrativa** de la estructura.

26. La Comisión se divide internamente en **direcciones generales** (DG), del mismo modo que se estructuran internamente los ministerios en España, pero también han proliferado otras formas de organización, como las agencias ejecutivas (a las que nos referiremos más adelante) o diversos servicios sin personalidad jurídica propia. Conviven direcciones generales (DG) de corte más clásico —como la DG de Asuntos Económicos y Financieros, la DG de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes o la DG de Traducción— con otras que reflejan un contenido que se vincula con competencias más recientes para la Unión —como la DG de Justicia y Consumidores, la DG de Servicios Digitales o la DG de Industria de defensa y espacio—. En este sentido, las Direcciones Generales —que se dividen, a su vez, en unidades menores— ejemplifican la evolución de las competencias y la acción de la Unión.

27. Hoy existe, por ejemplo, una **Dirección General de Acción por el Clima**, que tiene como objetivo cumplir con el Pacto Verde Europeo, así como desarrollar políticas públicas dirigidas a combatir el cambio climático y a convertir a Europa en el primer continente climáticamente neutro. Su objetivo —inexistente en los orígenes de la Unión Europea— es ambicioso, dado que con esta acción la Unión Europea pretende liderar una política a nivel global, en ejercicio práctico del denominado "efecto Bruselas" teorizado por Anu Bradford. Esta autora considera que la acción regulatoria de la Unión Europea en determinados ámbitos ejerce un efecto tractor en otras áreas del mundo, de modo que las instituciones de la Unión operarían así como una suerte de poderes públicos globales que impondrían en otras áreas geográficas una forma de regular y de aplicar el Derecho.

2.1. Las agencias

28. Una de las particularidades de la estructura administrativa de la Unión Europea hoy es un conjunto de **agencias** que se han ido creando desde los años setenta del pasado siglo, que proliferaron en la década de los noventa y que desempeñan distintas funciones. El término "agencia" remite a una fórmula organizativa heterogénea, caracterizada en esencia por cierto grado de autonomía (presupuestaria, de organización, de dirección) respecto del ente matriz (*supra* § 1.34), que en este caso es, en principio, la Comisión Europea en tanto que principal institución ejecutiva de la Unión Europea. Como clave explicativa de algunos tipos de agencias, la Comisión afirmó lo siguiente en el año 2008, en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo "Agencias europeas – orientaciones para el futuro" en el año 2008: "Existen varias razones para la creciente utilización de agencias. Ayudan a la Comisión a centrarse en las tareas más importantes, permitiéndole así delegar determinadas funciones operativas en organismos externos. Contribuyen al proceso de toma de de-

cisiones centralizando los conocimientos técnicos o especializados disponibles a nivel europeo y nacional. Y la implantación de agencias fuera de Bruselas y Luxemburgo contribuye a la relevancia de la Unión."

29. A pesar de la heterogeneidad de las agencias, sí cabe reconducirlas a tipologías. Principalmente, cabe distinguir entre **agencias ejecutivas y agencias descentralizadas.** Mientras que las segundas se caracterizan por la nota de la independencia, las primeras no dejan de ser un elemento de la estructura en rama de la Comisión Europea y tienen encomendada la ejecución de una política pública o de un programa concreto, pero carecen de personalidad jurídica propia.

30. El origen de las **agencias ejecutivas** se encuentra en un informe de expertos independientes de 1999 (CRAIG, 2018: 62), del que se deduce la necesidad de una forma jurídica de estas características a efectos de ganar en **especialización y agilidad**, si bien preservando el control de la actividad, dada la dependencia de la agencia respecto de la Comisión. Tras una aproximación inicial en la regulación financiera correspondiente al año 2002 (CHITI, 2018: 761), su régimen jurídico se codificó en el Reglamento (CE) núm. 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios. A su servicio trabajan funcionarios de la Comisión Europea, incluyendo la persona encargada de la dirección de la agencia.

31. Como ejemplo de este tipo de agencias puede mencionarse la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA), que es la agencia encargada desde 2005 de gestionar el programa Erasmus+, además de otros programas como "Europa Creativa", el fondo de la Unión Europea para la cultura. También, y entre otras, cabe referirse a la Agencia Ejecutiva Europea de Clima, Infraestructuras y Medio Ambiente (CINEA), que gestiona diversos programas de la Comisión Europea que contribuyen a la descarbonización y al crecimiento sostenible, como el Mecanismo de financiación de energías renovables de la Unión Europea o el Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura.

32. Las **agencias descentralizadas** surgieron inicialmente como agencias reguladoras o como agencias independientes. Finalmente, ha cobrado fortuna la denominación de agencias descentralizadas y se caracterizan porque aparecen dotadas de la nota de la autonomía o independencia tanto respecto de las instituciones de la UE como de los Estados miembros. Dicha independencia, por otra parte, se ha ido incrementando en los últimos tiempos. Las razones para crear agencias dotadas de independencia son variadas, pero en general guardan relación con la necesidad de crear entidades especializadas en ámbitos de elevada complejidad técnica, científica o jurídica en los que se persigue evitar que las decisiones se adopten por criterios políticos. Por ejemplo, la Agencia Europea del Medicamento (EMA), con sede en Ámsterdam, evalúa, autoriza y hace seguimiento de los medicamentos en la Unión Europea, así como en el Espacio Económico Europeo. Las agencias descentralizadas no sólo presentan una descentralización funcional, sino también territorial (están distribuidas por los Estados miembros), mientras que las agencias ejecutivas puede entenderse que son agencias "centralizadas", tanto funcional como territorialmente, dado que —carentes de personalidad jurídica propia— tienen su sede en Bruselas.

33. De un total de 52 agencias descentralizadas en la UE, **en España** tienen sede cinco de ellas: el Centro de Satélites de la Unión Europea (con sede en Torrejón de Ardoz, Madrid), la Agencia Europea

de Control de la Pesca (con sede en Vigo), la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (con sede en Bilbao), la Agencia de EURATOM "Fusión para la Energía" (con sede en Barcelona), cuyo fin es investigar para avalar la viabilidad científica y tecnológica de la energía de fusión nuclear, y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (con sede en Alicante).

34. Pese a la independencia de las agencias descentralizadas, estas se encuentran unidas en la **Red de Agencias de la UE** (EU Agencies Network | Extranet), creada en el año 2012. Tras su primera Estrategia Plurianual, la denominada Agenda de Dublín (2015), la Red ha adoptado sucesivas estrategias, en las que se insta a compartir conocimiento y recursos, además de fijar otros objetivos vinculados fundamentalmente con la noción de eficiencia. Recientemente se ha hecho público el Plan de Trabajo para el periodo 2025-2026, insistiendo en la noción de "excelencia administrativa".

35. Las particularidades de cada agencia descentralizada hacen que resulte complejo encontrar un marco jurídico unificado. Sin embargo, la necesidad de fijar unas notas comunes que determinen su creación, su funcionamiento y el sistema de controles ha llevado a la aprobación de instrumentos de distinto tipo. Entre todos ellos destaca la Declaración Común y el Planteamiento Común del Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea sobre la ubicación de las agencias descentralizadas, de 19 de julio de 2012.

36. Una mención singular requiere la **Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (FRA). Se trata de una agencia independiente con sede en Viena cuyo cometido es contribuir a la protección y fortalecimiento de los derechos en la Unión Europea. No se trata de un órgano jurisdiccional, sino que su función es esencialmente de apoyo y asesoramiento a las instituciones y a los Estados miembros en lo concerniente a la aplicación y la optimización de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en general de los derechos fundamentales en el sentido indicado por el artículo 6 TUE. La FRA fue creada por el Reglamento (CE) núm. 168/2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el año en el que la Carta adquirió naturaleza jurídica vinculante con el Tratado de Lisboa.

37. Algunas modificaciones relevantes han sido introducidas por el Reglamento (UE) 2022/555 del Consejo de 5 de abril, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 168/2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En particular, se extiende la competencia de la agencia a la cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal, se reforma el sistema de gobernanza, detallándolo más e intensificando por ejemplo la colaboración con el Consejo de Europa y, en general, se ajusta el reglamento a diversos instrumentos (jurídicos y parajurídicos) adoptados desde 2007 que repercuten en el funcionamiento de la agencia. Se excluyen de forma expresa del ámbito de actuación de la Agencia los actos o actividades de la Unión o de los Estados miembros en relación con la política exterior y de seguridad común. Ello no obstante, se reserva la posibilidad de que la Agencia proporcione ayuda o asesoramiento, incluidas actividades de formación, en cuestiones relativas a los derechos fundamentales, también a instituciones, órganos y organismos de la Unión que trabajen en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

2.2. La comitología

38. La **comitología** es un término acuñado en los primeros años de la década de los sesenta del siglo xx, es decir, en época bien temprana en el proyecto europeo (CRAIG, 2018: 115). El fenómeno guarda relación con el **desarrollo y la ejecución del Derecho de la Unión por sus propias instituciones**. Recuérdese que las Administraciones públicas, incluida la europea, tienen competencias de ejecución no sólo de naturaleza estrictamente administrativa, sino también en ocasiones de naturaleza reglamentaria o normativa (*supra* § 6.36 y § 16). En consecuencia, adoptan actos administrativos y, cuando tienen atribuida la competencia, pueden producir normas jurídicas. Es precisamente en la aprobación de normas ejecutivas o de desarrollo donde actúa la llamada "comitología" de la Unión Europea. En esencia, mediante la comitología los Estados miembros participan en la elaboración de normas de ejecución o desarrollo que aprueba la Comisión. A continuación, se describe esta producción normativa de la Comisión, como ámbito característico de la comitología.

39. Los actos legislativos europeos (directivas, reglamentos o decisiones) necesitan ir acompañados de otros que las concreten, más aún en los tiempos actuales, dado que la realidad es muy compleja y es complejo regular con detalle. En el ámbito de la Unión, la **potestad para dictar normas de rango reglamentario o secundarias** no ha ofrecido tradicionalmente tanta claridad como la existente en los Estados miembros.

40. Debido al delicado equilibrio de poderes en la Unión Europea, los Estados miembros restringieron inicialmente en gran medida los poderes de la Comisión y, en particular, sus competencias para adoptar tanto actos delegados como actos de ejecución. De este modo, se establecieron desde el principio **limitaciones** *de facto* en la regulación de la **delegación de la competencia** a la Comisión por parte del Consejo para adoptar actos de ejecución, sobre la base del artículo 155 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). Así, dicho artículo disponía que, además de otras competencias (velar por la aplicación del Tratado y de las disposiciones adoptadas por las instituciones, formular recomendaciones e informes, toma de decisiones y participación en la formación de los actos del Consejo y de la entonces Asamblea), la Comisión ejercería las competencias que le fueran conferidas por el Consejo para la ejecución de las reglas que esta última institución estableciera.

41. Inicialmente, la comitología surgió en el ámbito de la **Política Agrícola Común** con el establecimiento de un procedimiento singular para que la Comisión aprobara actos de ejecución. En el marco de este procedimiento destacaba la **constitución de un comité**, del que formarían parte expertos designados por los Estados miembros que habrían de deliberar con la Comisión para la adopción de las normas correspondientes. La Comisión tomaría la decisión definitiva teniendo en cuenta la posición del comité. De no ser así, se remitiría al Consejo el acto en cuestión, quien podría tomar una decisión diferente por mayoría cualificada en el plazo de un mes. Este sistema se fue extendiendo de forma paulatina a otros sectores, aun cuando se fueron estableciendo asimismo matices en casos concretos y no fue un proceso lineal.

42. La complejidad de la ejecución de las normas europeas aumentó con los años y ello supuso la necesidad de dotar de claridad al marco jurídico. El Acta Única Europea (1986) modificó el artículo 145 TCEE e introdujo una base jurídica expresa para la delegación del ejercicio de competencias de ejecución por parte del Consejo a la Comisión, que además invitaba a ello, si bien establecía requisitos. Poco después, el 13 de julio de 1987, el Consejo adoptó la Decisión 87/373/CEE, por la que se establecen las modalidades del ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, indicando que procedía limitar los tipos de modalidades a los que el Consejo podría recurrir en el futuro.

43. Con la Decisión se limitaron los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución a las siguientes modalidades: 1) de carácter consultivo; 2) de gestión; y 3) de reglamentación. En todos los casos, la Comisión está asistida (y vigilada) por "comités". Integran cada comité un representante por cada Estado miembro y un representante de la Comisión. Esta composición da cuenta de la naturaleza mixta de estos órganos al servicio de estos procedimientos normativos y de ejecución. Como puede comprobarse, se trata de una organización atípica o *sui generis* y estos órganos sólo de forma lejana pueden asemejarse a los existentes en Derecho nacional.

44. Tras la Decisión de 1987 se sucedieron otras reformas normativas (en 1999, en 2011, y existe una pendiente que data de 2017), que fueron perfeccionando el modelo, especialmente a instancia de un Parlamento Europeo cada vez más celoso de sus competencias y de una mayor participación en el proceso de producción normativa.

2.3. Las competencias ejecutivas del Consejo

45. El **Consejo** es una institución de la Unión Europea en la que se encuentran representados los Estados miembros a través de las personas titulares de puestos con rango ministerial y facultados para comprometer al Gobierno del Estado miembro que representen (art. 16 TUE). Entre sus competencias destaca su liderazgo en la función legislativa, que ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo, así como la función presupuestaria. Eso sí, como se ha indicado, los actos legislativos de la Unión sólo se adoptarán a propuesta de la Comisión Europea, a menos que los tratados dispongan algo distinto.

46. Más allá de esto, el Consejo dispone también de **competencias ejecutivas**, que han ido aumentando con el tiempo. Las competencias ejecutivas del Consejo son de dos tipos y tienen un marco jurídico diferenciado, así como un aparato administrativo en ocasiones también distinto: 1) aquellas competencias ejecutivas que se enmarcan en sentido estricto en los **ámbitos competenciales de la Unión**; 2) y las competencias referidas a las **políticas intergubernamentales**, sometidas a otro marco jurídico (es el caso, por ejemplo, de la Administración de la Política Exterior y de Seguridad Común, así como del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, art. 67 TFUE).

47. El órgano a través del cual se ejercen las competencias es la **Secretaría General** del Consejo, que en la práctica se ha acabado convirtiendo en un órgano administrativo que rivaliza en ciertos aspectos con la Comisión Europea, algo que temieron algunos de los padres fundadores del proyecto europeo (FUENTETAJA, 2019: 166). La razón de este temor obedece a que la Comisión Europea representa el interés de la Unión, mientras que el Consejo no dejan de ser los Estados miembros.

48. Más allá de lo anterior, el Consejo presenta una organización interna heterogénea, debido justamente a sus funciones plurales. El órgano interno más relevante es el Comité de Representantes Permanentes de los Estados miembros (**COREPER**), que es el que da apoyo continuado en todas las materias al Consejo, dado que tiene universalidad de funciones. Para garantizar la especialización en ámbitos singularmente complejos, existen **comités** específicos, como el Comité Especial de Agricultura, el Comité Económico y Financiero o el Comité de Política Económica. De carácter inferior, los **grupos de trabajo** son las unidades que, de una manera aún más especializada, se ocupan de ámbitos específicos.

2.4. Otras instituciones y órganos especializados

49. Además de las instituciones clásicas, se ha de citar también el **Banco Central Europeo (BCE)**, que posee personalidad jurídica propia (art. 282.3 TFUE), tiene encomendada la política monetaria y dispone de un aparato administrativo con ramificaciones que se han ido desarrollando a lo largo de los años. Así, el Banco Central, con sede en Frankfurt, forma parte del **Sistema Europeo de Bancos Centrales**, ejerce la presidencia de la Junta Europea de Riesgo Sistémico y participa en el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

50. Distinto del Banco Central Europeo es el **Banco Europeo de Inversiones (BEI)**, con sede en Luxemburgo, que no es una institución europea en sentido estricto, sino un órgano, pero sí goza de personalidad jurídica propia (art. 308 TFUE). Su modelo de gobernanza es un modelo de corte clásico, donde los representantes de los Estados miembros fijan el marco para la concesión de préstamos. Como en el caso anterior, no se trata de Administraciones al uso. El Banco Central Europeo sería equivalente al Banco de España en la época en la que éste conservaba las competencias para la concepción y el desarrollo de la política monetaria. Entraría en el concepto de Administración *lato sensu*, siendo así que el personal a su servicio no se selecciona por los cauces característicos y con la libertad propia de la empresa privada, porque gestionan caudales públicos y porque adoptan actos jurídicos que, el menos parcialmente, se someten al Derecho administrativo. Por su parte, el BEI tendría como equivalente interno al Instituto de Crédito Oficial (ICO), una institución de Derecho Público que concede préstamos a interés reducido con diversas finalidades y que, como el BEI, capta sus fondos de los mercados de capitales.

51. En último lugar cabe realizar una referencia a la figura del **Defensor del Pueblo Europeo**, de relevancia por su contribución al desarrollo del Derecho admi-

nistrativo a través del control de la "mala administración". Contemplada esta figura en el artículo 228 TFUE, su régimen jurídico sigue el modelo habitual de estas figuras en los Estados miembros. Elegido por el Parlamento Europeo, actúa con independencia, bien por reclamación bien por iniciativa propia para velar por el adecuado funcionamiento de las instituciones, los organismos y los órganos de la Unión, con la salvedad del Tribunal de Justicia. Su Estatuto viene definido por un reglamento aprobado por el Parlamento Europeo. Las funciones del Defensor del Pueblo Europeo han de leerse en relación con todo el marco jurídico que determina el funcionamiento de la Administración europea, pero fundamentalmente con el artículo 41 de la CDFUE. Sin embargo, su alcance es mucho mayor, extendiéndose en particular a fomentar la transparencia, la eficacia y la rendición de cuentas en la Unión Europea.

3. LA ADMINISTRACIÓN INDIRECTA

3.1. Las Administraciones nacionales como Administración europea

52. En la práctica, la ejecución del Derecho de la Unión Europea tiene lugar, de ordinario, a través de los aparatos administrativos de los Estados miembros. Esta ejecución le corresponde, en consecuencia, a la denominada "**Administración indirecta**", por cuanto no se residencia en las instituciones de la Unión. Además, con el tiempo se han creado estructuras y procedimientos de naturaleza mixta (instituciones de la Unión–Estados miembros), que completan el panorama de la Administración indirecta, aun cuando las instituciones se encuentren también presentes de alguna manera.

53. El Derecho de la Unión dispone, en consecuencia, de una multiplicidad de actores que ejecutarán sus normas, algunas de ellas de forma inmediata (como es el caso, por ejemplo, de los reglamentos europeos) y otras de forma mediata (como es el caso de las directivas, que han de ser transpuestas y sólo de forma excepcional, ante el incumplimiento de la obligación de transposición por parte de un Estado, cabe entender que resultan de aplicación directa). Estos **actores múltiples** son esencialmente las Administraciones públicas nacionales en todas sus dimensiones territoriales e institucionales. Así, tanto el ayuntamiento de un pequeño municipio polaco como el Gobierno alemán habrán de ejecutar el Derecho de la Unión en la parte que les corresponda. Y la misma afirmación es válida para la Administración institucional: por ejemplo, todos los entes que en España componen el denominado **sector público** se ven obligados a aplicar la Ley de Contratos, que no deja de ser la transposición de Directivas europeas (*infra* § 19.47-51).

54. Dado que las Administraciones nacionales están vinculadas tanto al Derecho nacional como al Derecho europeo, cobra aquí especial relevancia el principio de primacía del Derecho europeo. Es este el principio más característico y propio de la Unión Europea, por cuanto determina que el Derecho de la Unión prevalece siempre y en todo caso frente a cualesquiera normas nacionales, incluidas las normas de rango constitucional. Proclamado en la temprana sentencia *Costa/ENEL* (6/64,

EU:C:1964:66), opera tanto en su vertiente normativa como en la aplicativa (SARMIENTO, 2022: 357 ss.), siendo esta segunda la que presenta mayor relevancia en este momento, dado que viene referida a la ejecución del Derecho. Una Administración nacional ha de aplicar el Derecho de la Unión en su actividad cotidiana, si la materia entra dentro del ámbito de sus competencias, incluso pretiriendo normas de Derecho nacional que resulten contrarias o incompatibles.

55. Como contrapeso, en cierta medida, al principio de primacía, existe en el ámbito de la Unión Europea el principio de autonomía institucional y procedimental. Este principio no aparece enunciado en sentido estricto en los Tratados, pero sí fue utilizado por el TJUE desde fechas tempranas, para indicar que los Estados miembros pueden organizarse internamente como estimen oportuno para aplicar el Derecho de la Unión y que pueden hacerlo con los procedimientos administrativos que consideren adecuados. El corolario de esta afirmación es que —con carácter general— el Derecho de la Unión no exige una determinada organización interna y tampoco procedimientos administrativos o judiciales concretos, siempre y cuando se garanticen las disposiciones del Derecho de la Unión en cada caso. Este principio, sin embargo, se ha ido matizando en la práctica y en ocasiones los Estados han debido adaptar su organización interna y/o sus procedimientos, para dar cumplimiento a normas de Derecho europeo, como es el caso destacado, entre otros, del Derecho de la contratación pública.

56. En la organización jurídico–pública nacional presentan singular importancia desde la óptica de la Unión Europea los denominados organismos reguladores nacionales. Los organismos reguladores son **Administraciones independientes** (*supra* § 9.78-82), esto es, son organizaciones administrativas que han de tener jurídicamente garantizada la independencia principalmente respecto del Gobierno y que velan por el adecuado funcionamiento de un determinado sector económico. En gran parte de los casos, estos **sectores regulados** afectan a servicios que históricamente se prestaban en régimen de monopolio por parte del Estado (energía, telecomunicaciones, servicios postales). Con el proceso de liberalización impulsado principalmente por la Unión Europea, estos servicios pasaron a ser prestados en régimen de mercado (por empresas públicas o privadas en competencia: *infra* § 23.28), si bien con matices y limitaciones, debido al interés público evidente en varios de sus aspectos desde la perspectiva del **Estado social**. Su régimen jurídico viene determinado fundamentalmente por el Derecho de la Unión. Además, la dimensión económica de las empresas que actúan en estos sectores hace que no se trate de sujetos ordinarios en el mercado, sino que el poder que pueden llegar a acumular exige una supervisión seria desde el punto de vista de la competencia y de la tutela de las personas consumidoras, entre otros aspectos.

57. Para el desarrollo de las funciones de **regulación y supervisión** a lo largo de los años se han creado organismos independientes, en buena parte por exigencias del Derecho de la Unión en la regulación sectorial correspondiente. En España, el organismo regulador por excelencia es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), fruto de la fusión de otros organismos existentes con

anterioridad (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía, Comisión Nacional del Sector Postal, Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria) y de la asunción de competencias de algún organismo que no se llegó a crear (Consejo Estatal de Medios Audiovisuales).

58. La fusión operada en el año 2013 que creaba la **CNMC** planteaba dudas de conformidad con el Derecho de la Unión por diversos motivos y, en especial, se ponía en duda la **independencia del regulador**. Sin embargo, y pese a que esta fusión parece contradecir el espíritu de este tipo de organismos, dicha conformidad fue avalada con carácter general por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 19 de octubre de 2016, *asunto Xabier Ormaetxea Garai y Bernardo Lorenzo Almendros contra Administración del Estado*, C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, que sí afeó a España el cese anticipado del presidente y un consejero de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Además de la CNMC, pueden citarse otros organismos de estas características, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) o el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN). Próximamente la Comisión Nacional de la Energía adquirirá de nuevo independencia respecto de la CNMC.

59. Un modelo de organización de estas características podría estar extendiéndose a otros ámbitos sectoriales específicos. Es el caso reciente, por ejemplo, de la regulación y la supervisión de los **servicios digitales** (por ejemplo, el uso de una *app* para buscar un alojamiento turístico, comprar un libro, trasladarse de un sitio a otro, comunicarse con otras personas, concertar un partido de tenis o conocer a otras personas). La importancia creciente de este tipo de servicios en el mercado interior ha llevado a la adopción del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Con el reglamento se crea un modelo de gobernanza particular. Tanto la Comisión Europea como los Estados miembros disponen de competencias para ejecutar el reglamento y, en particular, para supervisar y hacer cumplir dicho reglamento. Se crea la figura de la "**autoridad competente** responsable de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y de la ejecución el reglamento". Si existe más de una en un Estado miembro, este habrá de designar una de ellas como "**coordinador de servicios digitales**". En cualquier caso, las autoridades habrán de actuar con absoluta independencia. El reglamento prevé un sistema de asistencia mutua entre la Comisión y las autoridades nacionales, otros mecanismos de colaboración e, incluso, un grupo consultivo independiente (la Junta Europea de Servicios Digitales).

60. La relevancia de estos organismos desde la óptica europea es evidente, por las razones señaladas, es decir, porque el régimen jurídico de los sectores que regulan y supervisan es un régimen jurídico procedente en esencia del Derecho de la Unión. Presenta particular y destacada importancia el **Derecho de la Competencia**, donde las autoridades nacionales forman parte de una red que, junto con la Comisión, compone una estructura administrativa *sui generis*. Así, la política de competencia es una de las pocas competencias exclusivas de la Unión Europea (art. 3.1.b) TFUE) y su ejecución la tiene encomendada fundamentalmente la Comisión Europea. Sin embargo, ello ha de realizarse en colaboración con las autoridades independientes nacionales, siendo dicha independencia una de las notas esenciales. Tan es así, que la Unión Europea ha buscado preservarla y fomentarla con la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

61. Las autoridades independientes se encuentran sometidas a control judicial en los Estados miembros, conforme a sus propias normas procedimentales y procesales y sin perjuicio del modelo de control que en cada Estado se haya establecido. En España, por ejemplo, las autoridades independientes se encuentran sometidas a la jurisdicción contencioso–administrativa y, con carácter general, es la Sala Tercera de la Audiencia Nacional quien conoce en única instancia de las resoluciones de estos organismos, resoluciones que en ocasiones pueden constituir sanciones con cuantías elevadas. Queda naturalmente expedita la vía del recurso de casación contencioso–administrativo, que sin embargo no es un recurso ordinario, sino extraordinario: cabe únicamente en los casos en que quede acreditado un "interés casacional objetivo" que presente interés para la formación de jurisprudencia. Por ello, en muchas ocasiones las resoluciones de las administraciones independientes únicamente serán conocidas en primera y única instancia por un órgano jurisdiccional, la Audiencia Nacional, sin que se encuentre reconocida la doble instancia en este ámbito, algo que es una exigencia sólo en el orden penal. La naturaleza cuasipenal de las sanciones cuantiosas, sin embargo, obliga a realizar una reflexión sobre esta materia y ha sido objeto de atención por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha puesto de manifiesto en la sentencia *Sachetti Iglesias c. España*, de 30 de junio de 2020, que la gravedad de determinadas sanciones conlleva la aplicación del sistema de garantías jurídico–penales, con independencia de su concreta calificación por el legislador (BOUAZZA, 2022).

3.2. La unión administrativa europea

62. Como se ha explicado a lo largo de esta lección, y como se ha apreciado especialmente en el epígrafe anterior, la estructura de la Administración europea es una **estructura en red**, donde no deja ser frecuente la colaboración entre distintos entes u órganos. Un ejemplo de ello son algunas agencias que cuentan con participación estatal o el sistema de la comitología (*supra* § 12.37). También la política de competencia comporta en su ejecución una colaboración entre distintos órganos y organismos tanto de la Administración directa, la Comisión, como de los Estados miembros a través de los organismos reguladores.

63. La colaboración puede darse bien a través de la composición mixta Estados–instituciones de la Unión Europea en un órgano o entidad (**formas organizativas compuestas**), pero también con la configuración de procedimientos administrativos asimismo compuestos, en los que participan en distintos momentos tanto los Estados como las instituciones de la Unión Europea (**procedimientos administrativos compuestos**).

64. Una forma *sui generis* de colaboración es la que tiene lugar entre Administraciones independientes de las mencionadas *supra* § 12.57 y que adquieren distintas formas jurídicas. Así, por ejemplo, la Agencia para la Cooperación de Reguladores de Energía es una agencia descentralizada (*supra* § 12.32), mientras que el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas no es una agencia, pero sí es también un organismo de la Unión Europea, estando además asistido por una agencia para el cumplimiento de sus funciones. Un perfil singular presenta la Plataforma Europea de Organismos Reguladores, que aglutina en su seno a las autoridades nacionales competentes en materia audiovisual. Su ámbito de actuación no se circunscribe a la Unión Europea, sino que son miembros también otros Estados europeos y todos ellos participan de la regulación y de la supervisión del sector audiovisual, un sector que cuenta con normativa específica de la Unión Europea, vinculante, por tanto, para todos sus Estados miembros de la UE (DE LA SIERRA, 2022: 22-28).

65. Estas formas organizativas mixtas y estos procedimientos compuestos son abundantes y no reconducibles a la unidad. Esta "**unión administrativa europea**"

(VELASCO y SCHNEIDER, 2008) es, por tanto, heterogénea, pero sí han existido algunos intentos de sistematización, así como estudios desde sectores concretos del ordenamiento jurídico en los que esta forma de actuación es más acusada (medio ambiente o energía, por ejemplo).

66. La colaboración en red de las Administraciones públicas no siempre se encuentra exenta de dificultades, más aún cuando dicha colaboración se produce entre Administraciones de distintos Estados o, incluso, con instituciones, órganos u organismos pertenecientes a una organización supranacional. Uno de los desafíos es el concerniente a la tutela judicial, así como a las garantías procedimentales y procesales de la ciudadanía en relación con la actividad de estas estructuras en red. En ocasiones, tal problema no se plantea, dado que una parte importante de su actuación carece de efectos jurídicos directos frente a terceros (intercambio de experiencias y buenas prácticas, intercambio de información). Sin embargo, en la medida en que se adopten resoluciones con efectos directos frente a terceros, bien en la vertiente normativa bien en la vertiente aplicativa, la claridad del estatuto jurídico procesal de dichas resoluciones resulta imprescindible.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Bibliografía citada

Omar BOUAZZA ARIÑO, "Sanciones administrativas y garantías del proceso penal en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 72 (2022), pp. 521-545.

Edoardo CHITI, *Decentralized Implementation: European Agencies*, en Robert SCHÜTZE/Takis TRIDIMAS (Editores), *Oxford Principles of European Union Law: The European Union Legal Order*, vol, I, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 748-776.

Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 3ª ed., 2018.

Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 4ª ed., 2019.

Daniel SARMIENTO, *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 4ª ed., 2022.

Susana DE LA SIERRA, "European Courts as Digital Media Regulators", en Evangelia PSYCHOGIOPOULOU/Susana DE LA SIERRA, *Digital Media Governance and Supranational Courts*, Elgar, Cheltenham, 2022, pp. 17-35.

Susana DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

Francisco VELASCO CABALLERO/Jens–Peter SCHNEIDER (Coordinadores), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

4.2. Bibliografía complementaria recomendada

Sergio ALONSO DE LEÓN, *Composite administrative procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1 (2020), pp. 175-206.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: Mito y realidad", *Revista de Administración Pública*, núm. 191 (2013), pp. 159-197.

Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998.

Isaac MARTÍN DELGADO/Marcos ALMEIDA CERREDA/Francesca DI LASCIO (Coordinadores), *La europeización del Derecho Administrativo. Una evaluación desde el ordenamiento español*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

Eva NIETO GARRIDO/Isaac MARTÍN DELGADO, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Procedimiento administrativo español para la aplicación del Derecho Comunitario", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28 (2009), pp. 433-474.

Susana VIÑUALES FERREIRO, *El procedimiento administrativo de la administración europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 325-350
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L13
© Marcos Almeida Cerreda
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 13
LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Marcos Almeida Cerreda
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN, TIPOLOGÍA Y RELEVANCIA SISTÉMICA.—2. LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN: 2.1. Aproximación: definición y caracterización general; 2.2. Los principios que rigen las relaciones de colaboración; 2.3. La tipología de las relaciones de colaboración: *2.3.1. Las relaciones de auxilio y asistencia*; *2.3.2. Las relaciones de cooperación; 2.3.3. Las relaciones de coordinación*; 2.4. Los instrumentos técnicos a través de los cuales se canalizan las relaciones de colaboración: *2.4.1. Instrumentos de colaboración de naturaleza funcional; 2.4.2. Instrumentos de colaboración de naturaleza orgánica.*—3. LAS RELACIONES DE CONTROL: 3.1. Aproximación: caracterización general y tipología; 3.2. Las relaciones de control entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas; 3.3. Las relaciones de control entre la Administración General del Estado/Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales.—4. LAS RELACIONES DE CONFLICTO: 4.1. Aproximación: caracterización general y taxonomía; 4.2. Las relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas o entre las Administraciones generales de las comunidades autónomas; 4.3. Las relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado/Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales; 4.4. Las relaciones de conflicto entre Entidades locales.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía recomendada.

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN, TIPOLOGÍA Y RELEVANCIA SISTÉMICA

1. Las distintas **entidades territoriales** que componen España (el Estado central, las comunidades autónomas, las provincias, los municipios, las islas y otras posibles entidades locales, como las comarcas) mantienen diversas relaciones políticas y jurídicas entre sí. La ciencia política habla aquí, de forma genérica, de "relaciones intergubernamentales". La mayoría de estas relaciones entre entidades territoriales son, propiamente, **relaciones interadministrativas**. Y ello es así, porque los sujetos implicados son normalmente las Administraciones públicas de aquellas entidades territoriales (la Administración General del Estado o la Administración general de una comunidad autónoma) o porque aquellas entidades territoriales son, en sí mismas, Administraciones públicas (como ocurre con las Administraciones locales). Sentada esta premisa, las relaciones interadministrativas se pueden definir como aquellas **relaciones jurídicas que entablan entre sí dos o más Administraciones** públicas territoriales o generales, de forma directa o indirecta (a través de un ente instrumental, como un organismo autónomo, una agencia o una entidad pública empresarial: *supra* § 8.2), en el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, le corresponden a cada una de ellas, para garantizar la efectiva y correcta actuación de dichas facultades.

2. En el Derecho español **no existe una regulación unitaria** de este particular tipo de relaciones jurídicas. En esta lección se va a analizar, fundamentalmente, la regulación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Pero esta ley no abarca todo el régimen de las relaciones interadministrativas. Su disciplina se halla fragmentada en diferentes normas, cuya aplicación depende, por una parte, del tipo de relación de que se trate —tradicionalmente, atendiendo a su contenido, se han dividido en relaciones de **colaboración**, de **control** y de **conflicto**— y, por otra parte, de las Administraciones que, en cada caso, intervienen. Como guía para una comprensión sistemática de las distintas relaciones interadministrativas, la presente lección se puede sintetizar en el siguiente esquema:

CLASES	SUBCLASES	TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS
Colaboración	Asistencia y auxilio	Convenio
	Cooperación	Plan
	Coordinación	Órganos mixtos
Control	Administrativo	Requerimiento de información, suspensión, órdenes e instrucciones, sustitución, aprobación superior
	Judicial	Suspensión y anulación
Conflicto	Constitucional Contencioso–admvo	Suspensión y anulación

3. Sin ánimo de exhaustividad, se puede señalar que, en la actualidad, la **regulación de las relaciones interadministrativas** se puede encontrar en: la Constitución de 1978 (en adelante, CE), donde hay distintos preceptos que inciden sobre diversos aspectos de las mismas, como los artículos 103, 145, etc…; la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC); la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL); la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa (en adelante, LJCA) y la ya mencionada LRJSP. Además, a estas normas generales, hay que añadir numerosas leyes sectoriales que dedican parte de su articulado a la disciplina de las relaciones interadministrativas en los concretos sectores que regulan; se trata tanto de disposiciones estatales (como, por ejemplo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que las contempla en su Título VIII), como autonómicas.

4. En general, la regulación de las relaciones interadministrativas, contenida en la **LRJSP de 2015**, constituye una ordenación mucho más detallada y precisa que la recogida en la previa Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). La antedicha norma procede a una notable individuación y definición de los principios que las rigen y de las técnicas a través de las cuales operan dichos principios, lo cual supone un considerable avance respecto de la parca enumeración que se realizaba en la LRJPAC, si bien todavía no se puede considerar que estemos ante una normación madura, porque el resultado alcanzado aún presenta algunas **imprecisiones y lagunas** que es necesario aclarar y colmar. Ha de advertirse, en primer lugar, que el enunciado del Título III de la LRJSP, resulta equívoco, en cuanto reduccionista; ya que esa Ley **no regula todas las relaciones interadministrativas**, sino sólo las de colaboración en sus diferentes especies, pero no las de control o conflicto. Por otro lado, se debe señalar que el artículo 140.1.c) LRJSP contiene un concepto impreciso de colaboración interadministrativa (*infra* § 13.17).

5. Es necesario subrayar el hecho de que la LRJSP, en el campo que le es propio (las relaciones interadministrativas de colaboración), **cambia el orden de prelación de las fuentes** en el ámbito de las relaciones de las entidades locales con otras Administraciones. Así, de acuerdo con el derogado art. 9 de la LRJPAC, las relaciones entre la Administración General del Estado y/o las Administraciones generales de las comunidades autónomas y las Entidades locales se regían, en primer término, por la normativa en materia de régimen local, y, supletoriamente, por la regulación de las relaciones interadministrativas contenida en el Título I de la LRJPAC; ahora, por el contrario, el artículo 140.2 LRJSP establece que, en lo no previsto en el Título III de la misma, las relaciones entre la Administración General del Estado y/o las Administraciones generales de las comunidades autónomas y las Entidades locales se ordenarán por la normativa en materia de régimen local.

6. Por otro lado, en segundo lugar, hay que resaltar el hecho de que la Disposición Adicional Tercera "Relaciones con las ciudades de Ceuta y Melilla" ordena que lo dispuesto en la LRJSP sobre las relaciones entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas sea de aplicación a las relaciones con las **Ciudades de Ceuta y Melilla** en la medida en que afecte al ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas por estas.

7. Para concluir esta breve aproximación al objeto de la presente lección, es necesario destacar la **creciente importancia** de este tipo de relaciones en los Estados modernos. Su cada vez mayor relevancia deriva del **tránsito** del **Estado totalitario preconstitucional** al **Estado democrático constitucional**.

8. El **Estado totalitario preconstitucional** se fundaba sobre los **principios de centralismo** (que postula que la consecución de todos los intereses de la colectividad social deben corresponder a una sola Administración territorial, la Administración estatal —de la cual los entes locales son meras extensiones— para lo que el ordenamiento jurídico ha de otorgar a la misma la totalidad de las potestades públicas) y **jerarquía** (según el cual las diferentes personas jurídico–públicas han de hallarse en

relación de subordinación —en concreto, los entes locales respecto de la Administración estatal—).

9. El **Estado democrático constitucional**, que se puede definir como un **Estado compuesto**, se basa en el **principio de descentralización** (el cual exige que, para la mejor y más eficiente consecución de los intereses de la colectividad social, la prosecución de estos debe corresponder a distintas personas jurídico–públicas —en el caso español, aglutinadas en torno a tres niveles territoriales: estatal, autonómico y local—, para lo cual el ordenamiento jurídico debe atribuir a cada una de dichas instancias las competencias precisas y otorgarle las potestades públicas necesarias) y en el **principio de autonomía** (que impone la atribución, por parte del ordenamiento jurídico, de una esfera de intereses propios para su gobierno y administración a cada persona jurídico–pública a la que la Constitución le reconoce autonomía, en un determinado ámbito territorial, y que implica la concesión a las mismas de la capacidad de gestión independiente de los asuntos relacionados con dichos intereses propios, en particular, de la facultad de autonormarse).

10. Como es obvio, en el caso del **Estado preconstitucional**, la unidad, la coherencia y, de forma correlativa, la eficiencia de la acción pública, estaban garantizadas, en la medida en que aquella se hallaba encomendada, en esencia, a una sola persona pública, la Administración del Estado, que, además, gozaba, sin duda alguna, de una posición jerárquicamente superior a las demás Administraciones, las cuales estaban subordinadas a sus dictados y sometidas a fuertes controles por la misma. En consecuencia, una Administración ejecutaba la mayor parte de las políticas públicas y dirigía y controlaba de manera rígida aquellas otras que decidía dejar en manos de las demás; así, lógicamente, el marco para la existencia de relaciones de colaboración interadministrativa era mínimo, muy pequeño el ámbito de las relaciones de conflicto (que, como es evidente, sólo podían tener lugar entre las Administraciones subordinadas y no entre la Administración supraordenada y las subordinadas), y, por el contrario, era muy amplio el espectro de las relaciones de control, tanto por su número como por su naturaleza.

11. En el actual **Estado constitucional compuesto**, la situación descrita cambia de modo radical. La existencia de una **pluralidad de entidades territoriales** que, constitucionalmente, tienen garantizada su autonomía (si bien es cierto que disfrutan de diferentes niveles de autonomía —las comunidades autónomas gozan de un mayor grado de autonomía que los entes locales—) implica que, a cada una de ellas, el ordenamiento jurídico les confiere determinadas funciones y poderes para el logro de concretos y específicos fines de interés de la colectividad social de referencia de las mismas (principio de competencia: *supra* § 8.4). A partir de aquí, cada Administración pública (la Administración General del Estado, la Administración de cada comunidad autónoma, cada Administración local) actúa dentro del marco competencial asignado a la entidad territorial autónoma de la que forman parte (Estado central, comunidad autónoma, provincia, municipio, isla, comarca, etc.). Pero la distribución teórica y técnica de dichas atribuciones y potestades efectuada por el ordenamiento nunca es perfecta; y ello es así, porque no siempre es posible deslindar, de forma exhaustiva, los intereses de cada concreta colectividad territorial sobre una misma realidad fáctica (personal y territorial), los cuales muchas veces, de manera inevitable, se entrecruzan; surgiendo, en consecuencia, **superposiciones de ámbitos competenciales** o **vacíos competenciales**.

12. En definitiva, la autonomía reconocida a las diferentes entidades territoriales, sobre la base de la necesariamente imperfecta distribución competencial, se traduce, en la práctica: por una parte, en una fuerte tendencia de las correspondientes Administraciones públicas a la **actuación independiente** para la consecución de sus particulares fines, sin consideración de los objetivos de interés público perseguidos por las demás (y ello pese al deber constitucional de colaborar entre sí, consagrado en el art. 140.1.c) LRJSP), y, por otra parte, al **conflicto** por la defensa de los respectivos ámbitos de actuación (entendidos muchas veces de forma extensa).

13. La solución a la problemática de la ineficacia e ineficiencia de la acción pública que ocasionan estos comportamientos no puede ser ya la aplicación del principio de jerarquía y, en consecuencia, el recurso a la superior dirección de una Administración pública sobre las demás, como ha señalado, de modo reiterado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tampoco parece posible acudir, genéricamente, a una versión dulcificada de dicho principio, cual sería el **principio de primacía de unas Administraciones territoriales sobre otras** —derivado, a su vez, del principio de unidad consagrado en el artículo 2 CE—, en virtud de una "jerarquización natural de los intereses", cuya consecución tienen encomendadas cada una de ellas. Esto es así, porque no es fácil sostener que exista y cómo se presenta tal jerarquización.

14. A la luz del **principio de autonomía** (en virtud del cual, cada Administración territorial, en un plano de paridad, tiene, constitucional y legalmente, reconocido un ámbito de actuación propio), del **principio democrático** (según el cual en un Estado constitucional democrático ninguna decisión tomada por mayoría puede anular radicalmente los derechos de las minorías) y del **principio de subsidiariedad** (de acuerdo con el que es necesario garantizar que las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano, siendo preciso controlar, de forma permanente, que las actuaciones que se van a realizar a nivel estatal/autonómico se justifican ante la ausencia de adecuadas posibilidades de actuación en el nivel autonómico/local), es posible defender que no todas las decisiones que una Administración territorial superior pretenda adoptar para la consecución de un interés, cuya tutela le haya sido atribuida, va a **prevalecer** siempre, y en todo caso, sobre las decisiones que tengan intención de poner en marcha otras instancias territoriales para la defensa de los intereses cuya realización les haya sido encomendada.

15. En todo caso, **la jerarquización de intereses**, no parece que pueda ser meramente tácita, sino que ha de venir **fijada por la Constitución y las normas** (explícita o implícitamente); y sólo cuando estas establezcan la prevalencia de unos intereses sobre otros podrá pretenderse hacer valer la misma. Además, esta solución de la **prevalencia**, por imperativo del principio constitucional de colaboración interadministrativa (*infra* § 13.17), sólo podrá ser empleada como ***ultima ratio***. Se aplicará, de forma exclusiva, en los supuestos donde no sea posible armonizar, de algún modo, todos los intereses presentes; siendo la máxima de la ponderación de todos los intereses públicos afectados, la regla general a seguir (es decir, en el caso de que entren en conflicto dos o más intereses públicos, la solución no será imponer uno sobre otro, sino logar la satisfacción de ambos en el máximo grado posible).

16. Por otra parte, y como argumento *a fortiori*, hay que subrayar que la opción de una Administración de hacer primar una determinada decisión, porque tiene atribuido un interés prevalente, no cuenta con la misma fuerza, jurídica y fáctica, que, en su momento —en el seno del Estado preconstitucional—, tenían las actuaciones de la Administración jerárquicamente superior, ya que dicha decisión puede ser combatida por las demás Administraciones implicadas. En consecuencia, la solución a los citados problemas de ineficacia e ineficiencia de la actuación administrativa y, por ende, la clave para que el Estado constitucional compuesto funcione de manera adecuada se halla, en primer lugar, en **articular normativamente la mejor distribución posible** de las competencias y en definir la importancia relativa de los diferentes intereses en juego en cada caso, y, por otra parte, en diseñar y poner en práctica un completo **sistema de relaciones interadministrativas**, creando (y perfeccionando continuamente) los necesarios mecanismos y técnicas de colaboración, control y conflicto.

2. LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN

2.1. Aproximación: definición y caracterización general

17. Desde los inicios del actual Estado constitucional ha existido una alta imprecisión en torno a los conceptos de **"coordinación", "colaboración" y "cooperación"** interadministrativas. Tradicionalmente, antes de la aprobación de la vigente LRJSP en 2015, la jurisprudencia, las leyes y la práctica administrativa utilizaban el término "colaboración" en un sentido amplio. Por un lado, la jurisprudencia constitucional se refería al "deber de colaboración" que incumbe a todas las Administraciones públicas (STC 18/1982) a fin de conseguir una actuación pública coherente o "coordinada". Y se asumía con naturalidad que el cumplimiento de ese deber constitucional genérico de colaboración se produjera mediante instrumentos cooperativos o voluntarios, como los llamados "convenios de colaboración" (regulados en el art. 8 LRJPAC de 1992). Aún hoy, la LBRL mantiene una comprensión amplia de la colaboración interadministrativa (arts. 10.1, 58.1, 103, 117.1 LBRL) que bien se puede expresar mediante "órganos de cooperación conjuntos" (art. 120 *bis* LBRL).

18. La idea de colaboración como un deber constitucional general está hoy expresamente presente en el art. 140.1.c) LRJSP, que define la **colaboración** como el **deber** que tiene toda Administración pública de **actuar de forma conjunta** con el resto de entidades del sector público para el logro de **fines comunes**. Sin embargo, en el artículo 142 LRJSP se enuncian unas concretas "técnicas de colaboración" distintas de las técnicas de cooperación (arts. 145-154 LRJSP). Parecería entonces que el deber constitucional de colaboración no se alcanza ya mediante instrumentos de cooperación (como los convenios o los órganos mixtos) sino por las técnicas específicas (de auxilio, intercambio de datos, etc.) a los que el artículo 142 LRJSP califica como "técnicas de colaboración". A fin de hacer coherente la LRJSP con el concepto de colaboración en la jurisprudencia constitucional, así como con el concepto de colaboración y cooperación presente en otras leyes administrativas (como la LBRL), se puede considerar que el artículo 140.1.c) LRJSP, al calificar a la colaboración como "deber" se refiere a aquel deber genérico de colaboración entre todas las Administraciones públicas enunciado en la jurisprudencia constitucional. Este deber general de colaboración tanto se puede cumplir mediante técnicas de cooperación interadmi-

nistrativa voluntaria (*infra* § 13.28) como a través de diversas técnicas de asistencia o auxilio a las que el art. 142 LRJSP denomina "técnicas de colaboración" (*infra* § 13.27). En suma, en esta lección se considera que el genérico deber de colaboración que enuncia el artículo 140.1.c) LRJSP tanto se puede cumplir mediante las "técnicas de colaboración" a las que se refiere el artículo 142 LRJSP como mediante otros instrumentos de cooperación voluntaria (como los convenios interadministrativos regulados en el art. 47 LRJSP).

19. Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que **las relaciones interadministrativas de colaboración** son aquellas conexiones que entablan entre sí varias entidades del sector público, **voluntaria o forzosamente**, para ordenar el ejercicio conjunto, simultáneo o sucesivo, de sus competencias, con el fin de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actividades que pretenden desarrollar para perseguir la realización de concretos objetivos de interés público, cuya consecución el ordenamiento jurídico les ha encomendado, de modo que dichas actuaciones alcancen la mayor eficacia y/o eficiencia posible en la obtención de tales resultados.

2.2. Los principios que rigen las relaciones de colaboración

20. Las relaciones de colaboración interadministrativa se asientan en un metaprincipio, la "**lealtad institucional**" (individuado, inicialmente, por la jurisprudencia constitucional, y, a continuación, positivizado, primero, en el art. 4.1 LRJPAC y en el art. 55 LBRL, y, actualmente, en el art. 3.1.e) LRJSP) que opera a través de dos apotegmas esenciales: el principio de respeto competencial y el principio de buena coadministración.

21. El **principio de respeto competencial** impone a las Administraciones públicas el cumplimiento de dos obligaciones en su actuación: una positiva y otra negativa. En sentido positivo, en el desarrollo de sus funciones, las entidades del sector público han de adecuarse al orden de distribución de competencias establecido en la Constitución y en los estatutos de autonomía y en la normativa del régimen local (art. 140.1.b) LRJSP). En sentido negativo, a la hora de realizar las tareas que tienen encomendadas, las Administraciones han de respetar el ejercicio legítimo por las otras entidades públicas de sus competencias (art. 141.1.a) LRJSP) y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias (art. 55.a) LBRL). Esto es, ninguna de ellas debe obstaculizar, o dificultar con su actuación, la ejecución de las funciones propias de otra Administración (STC 64/1990).

22. El **principio de buena coadministración** es una declinación del principio de buena administración propia de los Estados compuestos. En general, el citado apotegma exige que los poderes públicos sirvan con objetividad a los intereses generales, adoptando, de forma transparente, participativa y motivada, las decisiones que, de manera más eficaz y eficiente posible, permitan la consecución efectiva de los mismos. En los Estados con una estructura multinivel, esto implica, además,

que la actividad de las diferentes Administraciones, con competencias en un mismo ámbito de interés general, ha de realizarse de forma concertada, para garantizar que se alcance, del mejor modo posible, la satisfacción de aquel. En sentido estricto, realmente, bajo esta denominación de principio de buena coadministración, no se halla una única pauta; sino un haz de criterios de actuación, de alcance y contenido muy diversos. De entre ellos, cabe destacar los siguientes, individuados en la LRJSP: el canon de actuación sistémica coherente, el canon de actuación sistémica eficiente y el canon de actuación sistémica responsable, igualitaria y solidaria.

23. De acuerdo con el **canon de actuación sistémica coherente**, las Administraciones han de **ponderar**, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras entidades del sector público (art. 141.1.b) LRJSP y art.55.b) LBRL). Además, en este ámbito, la LBRL grava a las entidades locales con el deber de valorar el impacto que sus actuaciones, en materia presupuestaria y financiera, pudieran provocar en el resto de Administraciones públicas (art. 55.c) LBRL). Por otro lado, para la efectiva realización de este principio, la LRJSP, en su artículo 141.1.c), impone a todas las Administraciones la obligación de facilitar a las demás las referencias que precisen sobre la actividad que las mismas desarrollan en el ejercicio de las facultades que tienen atribuidas. En el mismo sentido, el artículo 55.d) LBRL obliga a las entidades locales a facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por estas de sus cometidos. La antedicha información sólo podrá negarse motivadamente cuando los datos solicitados tengan carácter confidencial o reservado (art. 141.2 LRJSP, en el mismo sentido se pronuncia el art. 14.1.k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno). La obligación de información de las entidades locales a las Administraciones generales del Estado y de las comunidades autónomas se halla reforzada en el artículo 56 LBRL, el cual exige la remisión de todos sus actos o acuerdos y de toda la información e informes que se les soliciten, con el fin de permitir el control de aquellas por estas.

24. El principio general de lealtad institucional, así como los concretos mandatos de respeto y ponderación de las competencias e intereses de otras Administraciones públicas puede **determinar la invalidez** de decisiones administrativas. Así, un plan urbanístico municipal que prevé una nueva urbanización muy próxima al municipio vecino debe necesariamente ponderar los intereses de este otro municipio. De no hacerlo así, el plan urbanístico infringe el artículo 3.1.e) LRJSP y, por tanto, es nulo.

25. A su vez, para la consecución óptima del **canon de actuación sistémica eficiente**, la LRJSP impone, entre otras, dos cargas concretas a las entidades del sector público. En primer lugar, la LRJSP, en general, ordena a todas las Administraciones **prestar**, en el ámbito propio, **la asistencia que otras pudieran solicitar** para el eficaz ejercicio de sus competencias (art. 141.1.d), en el mismo sentido se pronuncia el artículo 55.d) LBRL). Este deber se reitera, de forma específica, para la Administración General del Estado, las de las comunidades autónomas y las entidades locales, en relación con la ejecución de los actos que hayan de realizarse o tengan efectos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales (art. 141.3 LRJSP). Ahora bien, esta obligación de asistencia o auxilio puntual tiene ciertos límites, establecidos, de modo

taxativo, en la propia LRJSP. Así, el artículo 141.2 LRJSP establece que la colaboración y ayuda requeridas podrán negarse cuando el organismo público o la entidad del que se solicitan no esté facultado para prestarlas, de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, se causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones. En estos supuestos, de conformidad con el citado precepto, la negativa a prestar la asistencia se comunicará motivadamente a la Administración solicitante. En segundo lugar, en un ámbito específico, el de los recursos públicos, la LRJSP, en aras a lograr un funcionamiento sistémico eficiente, impone **compartir el uso de recursos comunes**, salvo que no resulte posible o que se justifique su empleo individual en términos de mejor aprovechamiento de los citados medios (art. 140.1.f) LRJSP).

26. De conformidad con el **canon de actuación sistémica responsable, igualitaria y solidaria**, las diferentes Administraciones públicas actúan y se relacionan con otras entidades del sector público: en primer lugar, asumiendo plena responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones y compromisos que hayan adquirido (art. 140.1.g) LRJSP); en segundo lugar, garantizando la igualdad en el ejercicio efectivo de sus derechos a todos los ciudadanos, sin permitir trabas o complicaciones derivadas de la articulación compuesta del Estado (art. 140.1.h) LRJSP), y, en tercer lugar, asegurando la efectividad de la solidaridad interterritorial consagrada por la Constitución (art. 140.1.i) LRJSP).

2.3. La tipología de las relaciones de colaboración

2.3.1. Las relaciones de auxilio y asistencia

27. Las relaciones de auxilio y asistencia se entablan cuando, en un caso concreto, una Administración no se halla en condiciones para llevar a cabo el completo y correcto desempeño de una función propia, por lo que se ve obligada a solicitar a otra u otras entidades públicas, apelando al **principio de lealtad institucional** (**canon de actuación sistémica eficiente**), las ayudas puntuales necesarias para lograr la adecuada ejecución de la misma. En este sentido, el artículo 55.e) LBRL establece que la Administración General del Estado, las Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales, de acuerdo con el principio de lealtad institucional, en sus relaciones recíprocas, deberán prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas. Los instrumentos jurídicos para el auxilio o asistencia pueden ser más o menos formales. Los actos jurídicos más formalizados a través de los cuales se encauzan estas relaciones de auxilio y asistencia son, fundamentalmente, las **encomiendas de gestión** intersubjetivas (*supra* § 8.4) y los **convenios** interadministrativos (*infra* § 13.46), el objeto de los cuales es muy variado: la asistencia técnica, jurídica y el asesoramiento en general, la cesión de bienes o recursos humanos, etc. Aparte de estas asistencias o auxilios más formalizados, la

asistencia o auxilio puede consistir en una **simple solicitud o requerimiento** de una Administración pública a otra, que la receptora está obligada a atender (art. 141.2 LRJSP). Por ejemplo, durante la última fase de la pandemia de Covid-19 (terminado el estado de alarma), las limitaciones horarias fijadas por las autoridades sanitarias autonómicas contaban, para su efectivo cumplimiento, con la asistencia de las policías locales (dependientes de sus correspondientes ayuntamientos).

2.3.2. Las relaciones de cooperación

28. Las relaciones de cooperación tienen lugar cuando varias Administraciones **persiguen un mismo fin de interés público**, bien porque todas ellas tienen atribuido el cometido de ejercer una misma potestad sobre una determinada materia (como la promoción del turismo en una comarca, para la cual son competentes tanto el Estado, como una comunidad autónoma, la provincia y los municipios concernidos) o bien porque una entidad tiene encomendada la función de actuar una competencia sobre dicha materia y otra u otras tienen como facultad la cooperación en tal desempeño. Un ejemplo de esto último es la competencia provincial de "cooperación jurídica, económica y técnica" con los municipios [de su territorio]" (art. 36.1.b) LBRL). En cualquiera de estos supuestos, estas Administraciones, en virtud del principio de lealtad institucional —canon de actuación sistémica eficiente (*supra* § 13.25)—, han de **obrar conjuntamente**, contribuyendo en paridad de condiciones a las acciones en que se concrete la ejecución de la competencia de que se trate, con el fin último de reunir los medios necesarios para su ejercicio o de optimizar el uso de los recursos existentes. Los instrumentos a través de los cuales, normalmente, se articulan las relaciones de cooperación son los **planes** (*infra* § 13.51), y los **convenios** interadministrativos (*infra* § 13.46). Actualmente, los arts. 140.1.d) y 143.2 LRJSP disponen que la formalización de relaciones de cooperación requerirá la **aceptación expresa** de las partes, formulada en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios.

2.3.3. Las relaciones de coordinación

29. El artículo 140.1.e) LRJSP se refiere expresamente a la coordinación como una **obligación administrativa**, la de "garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común". A partir de aquí, y a falta de mayor regulación expresa en la LRJSP, se puede afirmar que las relaciones de coordinación se producen cuando varias Administraciones públicas que ostentan **distintas competencias** que inciden sobre una misma realidad, atribuidas a cada una de ellas para la tutela de **diferentes objetivos públicos**, pretenden actuar para ejercer tales facultades. En estos supuestos, dichas Administraciones, por imperativo constitucional, **han de colaborar** ordenando el ejercicio de sus potestades de modo que logren una única solución global que satisfaga, en la mayor medida posible, todos los intereses generales

presentes, de la forma más eficaz y eficiente. Se trata de evitar, por una parte, la ejecución de actividades aisladas (ya que, en ocasiones, la misma conlleva la reiteración de actuaciones, lo que, consecuentemente, determina una disminución del grado de eficiencia de la gestión pública) y, por otra parte, la realización de actividades divergentes, en la medida en que muchas veces estas se neutralizan entre sí, al buscar resultados total o parcialmente opuestos, dando lugar, así, a situaciones de ineficacia de la acción pública.

30. A falta de mayor regulación en la LRJSP, se puede considerar que las relaciones de coordinación se pueden presentar bajo dos especies, en función de las competencias substantivas o estructurales que ostentan las Administraciones implicadas. Se distingue así entre **autocoordinación y heterocoordinación**, Aunque el artículo 140.1.e) LRJSP parece sugerir que en las relaciones de coordinación hay una Administración pública ("singularmente la Administración General del Estado") en una posición superior, directiva o supraordenada, lo que se puede calificar como heterocoordinación, nuestro Derecho también contempla relaciones de coordinación en las que varias Administraciones públicas se encuentran en posición de igualdad (autocoordinación).

31. Las relaciones de coordinación, en su especie de **autocoordinación**, aparecen cuando todas las Administraciones implicadas poseen distintas competencias substantivas en asuntos específicos relacionados con la misma realidad fáctica.

32. En estos casos, las entidades actuantes, que se encuentran en **posición paritaria**, han de disciplinar unitaria y coherentemente las actividades a realizar para lograr la consecución de todos los intereses presentes, mediante el empleo de técnicas de colaboración voluntaria, como, por ejemplo, los convenios interadministrativos (*infra* § 13.46), los planes o programas conjuntos de actuación (*infra* § 13.12) o la articulación de órganos de composición mixta (*infra* § 13.57).

33. Un ejemplo de este supuesto de **autocoodinación** ante el entrecruzamiento de competencias substantivas se puede encontrar en la planificación y ejecución de **infraestructuras de carácter general** (como puertos y aeropuertos), donde se entrelazan las funciones de la Administración General del Estado relativas a su localización y las facultades de las comunidades autónomas (y entidades locales) sobre urbanismo y/o ordenación del territorio y protección del medio ambiente. En estos casos, las Administraciones interesadas deben, utilizando alguna de las técnicas antes indicadas, encontrar una solución pactada que satisfaga, de forma adecuada, todos los intereses públicos presentes (*vid*. las SSTC 56/1986, 227/1988, 149/1991, 36/1994, 77/1994, 13/1998, 40/1998, 166/2000, 164/2001, 204/2002, etc.).

34. La LRJSP, de modo poco preciso, no contempla de forma individualizada este tipo de relaciones, sino que engloba esta forma de coordinación dentro de un **concepto amplio de cooperación**, al definir esta como aquellos supuestos en los que dos o más Administraciones públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común (art. 140.1.d). La diferencia entre un supuesto de cooperación y un supuesto de autocoordinación radica en que, en el primero, si no se llega a un acuerdo, tan sólo se da lugar a la imposibilidad de llevar a cabo la acción de modo conjunto, con la consiguiente violación abstracta del deber de colaboración, pero sin que se pueda recurrir a un cauce jurídico de reacción para reclamar el cumplimiento del mismo; mientras que, en el segundo caso, en el de la autocoordinación, si no se alcanza un consenso sobre el modo en que cada una de las Administraciones debe ejercer sus competencias, y, en consecuencia, no se logra la autocoordinación, se pasará a una situación de desavenencia, que se habrá de resolver por las vías específicas que contempla la normativa reguladora de las relaciones interadministrativas de conflicto.

35. Las relaciones de coordinación, en su especie de **heterocoordinación**, surgen cuando una de las Administraciones públicas presentes posee una **competencia estructural**, como puede ser la garantía de la coherencia y unidad del sistema administrativo global o sectorial, estatal o autonómico (con independencia de que esta entidad pueda ser también titular de facultades materiales en juego en dicha situación) y las demás Administraciones públicas ostentan distintas **competencias substantivas** que inciden sobre la misma realidad. En estos casos, la Administración que tiene atribuida la competencia estructural asume el papel de ente coordinador y goza, en consecuencia, de **poderes de dirección**, más o menos amplios, que se traducen en la posibilidad de dictar directrices, elaborar planes, etc. Así, por ejemplo, las diputaciones provinciales (*supra* § 11.5) tienen atribuida la competencia de "coordinación de la prestación unificada" de ciertos servicios municipales, como los de tratamiento de residuos (art. 36.1.c) LBRL).

36. La **mayor o menor intensidad** de las prerrogativas que ostenta la Administración coordinadora depende de los niveles territoriales que se hallen implicados. Así, hay que distinguir la orientación que la Administración General del Estado puede realizar respecto de la actividad de las comunidades autónomas y la dirección que la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas, a su vez, pueden realizar sobre la actuación de los entes locales radicados en su territorio.

37. En el primer supuesto, la **Administración General del Estado** goza de facultades de coordinación sobre la acción de las comunidades autónomas en virtud de lo establecido en el artículo 149.1 CE números: 13, "coordinación de la planificación general de la actividad económica"; 15, "coordinación general de la investigación científica y técnica" y 16, "coordinación general de la sanidad". Aunque, además, el Tribunal Constitucional ha reconocido supuestos de coordinación de la actividad de las comunidades autónomas por la Administración General del Estado que no están directa y específicamente previstos en la Constitución, pero con conexión y anclaje en algunos de los allí contenidos (SSTC 134/2011, 215/2014, 101/2016, 79/2017 y 14/2018). Estas potestades de coordinación de la Administración General del Estado pueden traducirse en diferentes modalidades de intervención como la aprobación de ordenaciones técnicas (SSTC 32 y 34/1983), el establecimiento de actos de homologación y de registro (SSTC 71/1983, 87/1985, 157/1985 y 111/1986), la imposición de la elaboración de planes económico–financieros (STC 134/2011) o la retención de recursos económicos (STC 101/2016).

38. En el segundo supuesto, la coordinación del ejercicio **de las funciones de las entidades locales** entre sí y respecto de las competencias de las demás Administraciones públicas, realizada por la Administración General del Estado y por las Administraciones generales de las comunidades autónomas, o la coordinación por una entidad local (como la provincia) del ejercicio de las funciones de otras entidades locales (como los municipios), podrá tener lugar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10, 59 y 62 LBRL, cuando una ley confiera a dichas Administraciones tal facultad. Este apoderamiento, generalmente, se concreta en la atribución de la capacidad de aprobar planes sectoriales, de obligado cumplimiento para los entes locales. En esta categoría se pueden incluir, entre otros, los planes o proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal, al amparo de los cuales se han realizado actuaciones industriales, residenciales, dotacionales, etcétera.

39. Como se puede inferir de lo que se acaba de exponer, en nuestro sistema, la utilización de técnicas e instrumentos de heterocoordinación requiere la observancia **de cinco límites**.

40. Primero.– se exige que los supuestos de heterocoordinación estén **expresamente previstos** en el ordenamiento jurídico, en forma de atribuciones competenciales constitucional, estatutaria o legalmente encomendadas a la Administración llamada a ejercer las funciones de Administración coordinadora y que dichas atribuciones sean **suficientemente predeterminadas**, esto es, que se hallen previstas con suficiente grado de detalle, en especial, lo que se refiere a las condiciones y límites de la heterocoordinación (SSTC 32/1983, 80/1985, 27/1987, 111/2016 y 82/2020).

41. Segundo.– la atribución de una función de heterocoordinación ha de responder a la **protección de intereses generales superiores** (SSTC 111/2016 y 82/2020). Así, en el momento de fijar normativamente los supuestos en los que procede la heterocoordinación y en el acto de poner en marcha los mecanismos para actuarla es necesario asegurarse, en el primero de los casos, de que existen, y, en el segundo de los supuestos, de que concurren, los presupuestos que permiten el recurso a la misma: la necesidad de garantizar la coherencia y unidad de un sistema administrativo para salvaguardar intereses generales superiores, cuando se hallan presentes diferentes intereses públicos, cuya tutela se encuentra atribuida a distintas Administraciones públicas.

42. Tercero.– a la hora de conferir una potestad de heterocoordinación ha de ponderarse el **criterio de subsidiariedad de la heterocoordinación** frente a la autocoordinación (art. 59 LBRL y las SSTC 14/2018 y 82/2020). Ha de verificarse que los procedimientos de autocoordinación son ineficaces o manifiestamente inadecuados. La heterocoordinación tiene que presentarse como la alternativa eficaz menos restrictiva para la salvaguardia de intereses generales superiores y como la que produce más beneficios que perjuicios desde el punto de vista de la autonomía.

43. Cuarto.– en el diseño y en la actuación del concreto mecanismo de heterocoordinación que pretenda emplearse, ha de observarse el **principio de proporcionalidad** (SSTC 154/2015, 111/2016 y 82/2020). Así, la configuración de dicho instrumento debe ser lo menos lesiva posible para la autonomía de las entidades coordinadas (en ningún caso se puede llegar a situarlas en una posición de dependencia jerárquica o cuasijerárquica; en esta línea: STC 27/1987) y su alcance ha de ser el estrictamente indispensable para lograr la armonización de la actuación de todas las Administraciones implicadas. Por tanto, las herramientas de heterocoordinación deben fijar el marco dentro del cual han de operar las Administraciones coordinadas y establecer las directrices conforme a las cuales estas deben obrar dentro de dicho cuadro, siendo tales limitaciones negativas y positivas las mínimas indispensables para lograr un resultado coherente y armónico, eficaz y eficiente; de modo que, necesariamente, tras la activación de los citados engranajes, las entidades coordinadas gocen de un ámbito propio de acción en el que ejercer sus propias competencias (SSTC 306/2000 y 45/2001). Dicho ámbito ha de ser mayor o menor en función del grado de autonomía constitucionalmente reconocida a los entes coordinados en cada caso (STC 14/2018).

44. Quinto.- en la formulación y en la aplicación del instrumento de heterocoordinación por el que se opte, ha de observarse el **principio de participación**. Este exige, por una parte, que los entes coordinados conozcan, con carácter previo, el

contenido del instrumento de heterocoordinación, y, por otra parte, que dichos entes puedan intervenir de forma efectiva, para tratar de armonizar sus intereses con los intereses generales superiores que con la heterocoordinación se tratan de salvaguardar (*vid.* la STC 82/2020). Así, por ejemplo si la coordinación consiste en la aprobación de un plan que armoniza las actuaciones de las Administraciones coordinadas, estas últimas han de poder participar en la elaboración del plan.

2.4. Los instrumentos técnicos a través de los cuales se canalizan las relaciones de colaboración

45. El catálogo de los sistemas de colaboración entre Administraciones **no es un elenco cerrado**, como se puede deducir, claramente, del artículo 144.1 LRJSP. Los mecanismos que, hoy en día, emplean las entidades públicas para llevar a cabo la colaboración entre ellas se pueden clasificar, de acuerdo con su carácter, en **instrumentos informales**, que son aquellos que no se concretan en ningún tipo de actuación administrativa normativamente definida y que consisten, en esencia, en reuniones y contactos entre los responsables de las diferentes Administraciones (estos podrían tener, en la actualidad, un amplio campo de aplicación al amparo del artículo 144.1.e) LRJSP que prevé como una técnica: la colaboración interadministrativa para la aplicación coordinada de la normativa reguladora de una determinada materia), e **instrumentos formales**, que responden a un tipo concreto de actividad administrativa legal o reglamentariamente preestablecida. Estos instrumentos formales, en función de cuál sea su tipo de articulación, se pueden dividir en: a) **instrumentos de naturaleza funcional**, que son aquellos que no implican la creación de una estructura administrativa para su desarrollo y b) **instrumentos de naturaleza orgánica**, que son aquellos que conllevan la creación de una estructura administrativa para su actuación. Hay que señalar que existe una **cierta preferencia normativa por el empleo de instrumentos de naturaleza funcional** frente a instrumentos de naturaleza orgánica, debido a su menor impacto económico. Así, por ejemplo, el artículo 57.3 LBRL establece que la constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la colaboración no se pueda formalizar a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquella permita una asignación más eficiente de los recursos económicos.

2.4.1. Instrumentos de colaboración de naturaleza funcional

46. Los **convenios interadministrativos de colaboración** se pueden definir como aquellos negocios jurídicos vinculantes, bilaterales o plurilaterales, que: a) celebran entre sí, en posición de igualdad, las entidades del sector público de Derecho público (no ligadas por una relación de instrumentalidad), en cuanto tales; b) tienen por objeto la disciplina del ejercicio conjunto de sus competencias (propias o delegadas) o de la utilización conjunta de los medios, servicios y recursos necesarios para su ejercicio (no teniendo por objeto, en consecuencia, en ningún caso, prestaciones

propias de los contratos del sector público); c) no implican la cesión de competencias, en modo alguno; y d) buscan como fin coordinarse, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de concretas actividades de utilidad pública que pretenden desarrollar para perseguir un objetivo común de interés público, de tal forma que dichas actuaciones conjuntas alcancen la mayor eficacia y eficiencia posible en la consecución de tal resultado, y, por ende, que se mejore la gestión pública, al tiempo que se cumple con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

47. Los convenios interadministrativos son una especie del género de los **acuerdos interadministrativos de colaboración** dentro de la cual destacan **los protocolos generales de actuación** (o protocolos), que son meros acuerdos de carácter declarativo o programático, en la medida en la que solo contienen declaraciones de intenciones de carácter general o simplemente expresan la voluntad de las partes suscriptoras para actuar. Se limitan, en consecuencia, a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de las entidades firmantes en una cuestión común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés. Así, estos acuerdos no contienen cláusulas que impliquen actuaciones concretas, y, por lo tanto, no suponen la formalización de compromisos jurídicos precisos y exigibles. Como ejemplo, de este tipo de pactos se puede citar el Protocolo general de actuación entre el consorcio para el tratamiento de los residuos urbanos de Navarra, la mancomunidad de la comarca de Pamplona y el gobierno de Navarra para la colaboración en actividades sobre residuos domésticos y comerciales.

48. Dentro del conjunto de los convenios interadministrativos de colaboración, en función de su grado de vinculatoriedad es posible distinguir entre: a) **convenios marco**, que son acuerdos que, si bien contienen cláusulas susceptibles de generar obligaciones jurídicas, exigen de forma expresa para la efectividad de las mismas, la formalización de convenios de colaboración de desarrollo en los que se concreten y especifiquen dichas obligaciones; y b) **convenios de colaboración o convenios de cooperación**, que son pactos en cuyas cláusulas se establecen obligaciones jurídicas concretas, perfectamente delimitadas, como, por ejemplo, aportar específicos medios económicos, materiales o personales, elaborar programas o ejecutar determinadas actuaciones.

49. La regulación de los **convenios interadministrativos de colaboración**, contenida en la LRJSP, se aplica a todos los tipos de estos salvo a: a) los convenios interadministrativos suscritos **entre dos o más comunidades autónomas** para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos estatutos de autonomía. El artículo 145.2 CE establece, por una parte, que los estatutos de las diferentes comunidades autónomas podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las mismas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación de estos a las Cortes Generales, y, por otra parte, que, en los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las comunidades autónomas necesitarán la autorización de las

Cortes Generales; b) los convenios interadministrativos de colaboración que se subscriban con **Administraciones públicas extranjeras** o con sujetos de Derecho internacional, en este supuesto, tales acuerdos estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes, en la medida en que no son ni tratados internacionales, ni acuerdos internacionales administrativos, ni acuerdos internacionales no normativos. En esta última categoría pueden encajar los convenios de cooperación transfronteriza de comunidades autónomas y entidades locales con entidades territoriales extranjeras para la prestación conjunta de servicios públicos.

50. La antedicha **disciplina general de los convenios interadministrativos de colaboración**, contenida en los artículos 48 a 53 LRJSP regula algunos aspectos esenciales de estos instrumentos jurídicos como: sus requisitos de validez y eficacia (en especial, desde el punto de vista financiero); su contenido mínimo; los trámites preceptivos para su suscripción, entre los que destaca la elaboración de una memoria justificativa; su remisión al Tribunal de Cuentas; sus efectos; su extinción, por cumplimiento o resolución y los efectos de esta. Además, el artículo 57 LBRL complementa este marco normativo añadiendo que, en el ámbito local, la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Si en otro tiempo hubo dudas sobre la **vinculación de las partes** a lo acordado en un convenio administrativo, tanto la jurisprudencia como implícitamente los artículos 47.1, 49 d) y 51 c) LRJSP han dejado claro que las Administraciones públicas partes en un convenio están obligadas a su cumplimiento, y lo pueden demandar ante la jurisdicción contencioso–administrativa (STS de 18 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:474).

51. Los **planes y programas conjuntos** son instrumentos que las Administraciones emplean para tratar de satisfacer intereses públicos cuya consecución requiere el desarrollo de un grupo de proyectos concomitantes, aunque diversos. Con carácter general, estos instrumentos suelen contener: un diagnóstico de la situación existente en un determinado ámbito; un pronóstico de la evolución de la misma; los objetivos de interés público a alcanzar en dicho ámbito, estableciendo un cuadro de prioridades; un programa sistemático de actuación en función de aquellos, donde se especifiquen las actividades a realizar, las aportaciones de medios personales, materiales y financieros necesarios y los órganos responsables de su realización o aportación; la duración del plan o programa, anual o plurianual, y los mecanismos de seguimiento, evaluación y modificación del mismo. En este sentido, en el artículo 151 LRJSP se prevé que las conferencias sectoriales podrán adoptar planes conjuntos, de carácter multilateral, entre la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas, para comprometer actuaciones conjuntas para la consecución de los objetivos comunes, que tendrán la naturaleza de Acuerdo de la Conferencia Sectorial y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado (*infr*a § 13.59).

52. Los **procedimientos conjuntos** consisten en la participación de una o varias Administraciones en un procedimiento que le corresponde instruir a otro ente público, pudiendo articularse dicha intervención mediante la colaboración en con-

sultas, la formulación de alegaciones o la emisión de informes preceptivos o facultativos. En la actualidad, se puede afirmar que, implícitamente, estos mecanismos de colaboración han sido reconocidos, con alcance general, en el artículo 144.f) LRJSP, al prever este precepto la emisión de informes no preceptivos con el fin de que las diferentes Administraciones expresen su criterio sobre propuestas o actuaciones que incidan en sus competencias. En este sentido, el artículo 56.3 LBRL dispone que la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas deberán facilitar el acceso de los representantes legales de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente, y el artículo 58.2 LBRL establece: a) que las Administraciones que tengan atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una participación que permita armonizar los intereses públicos afectados y b) que, en la determinación de usos y en la adopción de resoluciones en materia de concesiones o autorizaciones relativa al dominio público, será requisito indispensable para su aprobación el informe previo de los municipios en cuyo territorio se encuentre dicho dominio público.

53. Finalmente, como otros instrumentos de colaboración de naturaleza funcional, se pueden mencionar: las encomiendas de gestión, disciplinadas en el art. 11 LRJSP (*supra* § 8.4), el encargo a medios propios, la transferencia de tecnología entre Administraciones y la reutilización de sistemas y aplicaciones por las mismas, reguladas en los artículos 158 y 157 LRJSP o el suministro de información, datos, documentos o medios probatorios que se hallen a disposición del organismo o la entidad a que se dirige la solicitud y que la Administración demandante precise disponer para el ejercicio de sus competencias, previsto en el artículo142.a) y b LRJSP. En particular, este último instrumento cuenta con una disciplina específica en el artículo 155 LRJSP, intitulado "Transmisiones de datos entre Administraciones públicas", referida al cumplimiento de las exigencias del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2.4.2. Instrumentos de colaboración de naturaleza orgánica

54. Los mecanismos formales de naturaleza orgánica pueden desagregarse en dos grupos, en función de **si la estructura administrativa creada tiene personalidad jurídica** o no. Dentro de los primeros, se engloban las mancomunidades, los consorcios, las sociedades interadministrativas, las fundaciones interadministrativas y las asociaciones privadas de entes públicos (*supra* § 8.4). La LRJSP no consagra expresamente la eventualidad de que dos o más Administraciones constituyan una de estas entidades, cosa que sucede en la práctica desde hace décadas, sino que tan sólo contempla la posibilidad de que una entidad pública participe en organismos o entes dependientes o vinculados a otra Administración diferente (art. 144 c) LRJSP). Por

su lado, la LBRL, en su artículo 57, sí que dispone que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones General del Estado y de las comunidades autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, podrá tener lugar mediante la constitución de consorcios.

55. A su vez, en el segundo conjunto (**instrumentos de naturaleza orgánica sin personalidad jurídica**), es necesario hacer una última dicotomía entre mecanismos orgánicos no tipificados y mecanismos orgánicos tipificados, dependiendo de si los mismos han sido incluidos o no, de forma expresa, en el elenco de los recogidos en la LRJSP, en la LBRL o en normas autonómicas.

56. Dentro del conjunto de órganos no tipificados por la LRJSP, el más relevante es, sin duda alguna, la **Conferencia de Gobiernos de las Comunidades Autónomas**. Esta se configura como un órgano de colaboración horizontal (esto es, sin la participación del Gobierno de la Nación) entre los diferentes gobiernos autonómicos cuya finalidad es asegurar la autocoordinación de las competencias comunes a todas las comunidades autónomas intervinientes (en este sentido, cabe destacar que han abordado cuestiones como la incidencia de la actividad subvencional del Estado en las competencias autonómicas o el diseño del proceso de formación de la voluntad del Estado ante la Unión Europea).

57. La LRJSP, respecto de los **instrumentos de naturaleza orgánica sin personalidad jurídica,** contempla tanto la constitución por las entidades del sector público de órganos de colaboración, con el fin de deliberar y, en su caso, acordar medidas en materias sobre las que tengan competencias las diferentes Administraciones públicas (144.1.a) LRJSP), como la participación en órganos consultivos de otras Administraciones públicas (144.1.b) LRJSP). Acto seguido, esta norma fija las bases comunes aplicables a los órganos de colaboración, definiéndolos y configurándolos como un *numerus apertus* (art. 145.1 LRJSP), estableciendo su régimen jurídico, en general (art. 145.2 LRJSP), y, en especial para aquellos en los que participe la Administración General del Estado (art. 145.3 LRJSP), y fijando unas normas mínimas de funcionamiento (arts. 145.4 LRJSP y 147.3 LRJSP). El elenco de órganos de colaboración tipificados por la LRJSP se integra por: la Conferencia de Presidentes, las conferencias sectoriales, las comisiones bilaterales de cooperación y las comisiones territoriales de cooperación.

58. La **Conferencia de Presidentes** es, según el artículo 146 LRJSP, un órgano de colaboración multilateral entre el Gobierno de la Nación y los respectivos gobiernos de las comunidades y ciudades autónomas que tiene por objeto la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para todos ellos.

59. Las **conferencias sectoriales** constituyen órganos de colaboración, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado, que reúnen, como presidente, al miembro del Gobierno que, en representación de la Administración General del Estado, resulte competente por razón de la materia que en cada una de ellas se aborda, y a los correspondientes miembros de los órganos de gobierno, en representación de las comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla (p.ej., conferencia sectorial de igualdad, conferencia sectorial de educación, conferencia sectorial de transformación digital o conferencia sectorial del plan nacional sobre drogas). Sus resoluciones pueden revestir la forma de recomendaciones, a través de las cuales se expresa la opinión de la conferencia sectorial en un asunto que se somete a su consideración, o acuerdos, que constituyen un compromiso de actuación, estos últimos son vinculantes y exigibles en los términos de la LJCA, para todos los miembros de la conferencia, si se trata de una materia en la que el Estado ejerce funciones de heterocoordinación, y, en los demás casos, exclusivamente, para quienes los suscriben (art. 151 LRJSP).

60. Las **comisiones bilaterales de cooperación**, según el artículo 153 LRJSP, son órganos de colaboración de composición bilateral que reúnen, por un número igual de representantes, a miembros del Gobierno y miembros del consejo de gobierno de la comunidad autónoma o representantes de la Ciudad de Ceuta o de la Ciudad de Melilla y que ejercen funciones de consulta y adopción de acuerdos que tengan por objeto la mejora de la autocoordinación entre las respectivas Administraciones en asuntos que afecten de forma singular a la comunidad o ciudad autónoma. Hay que subrayar que lo previsto en la LRJSP será de aplicación sin perjuicio de las peculiaridades que, de acuerdo con las finalidades básicas previstas, se establezcan en los estatutos de autonomía en materia de organización y funciones de las comisiones bilaterales. Por último, hay que destacar respecto de las comisiones bilaterales que estas tienen una importante función en el ámbito de la reducción de la conflictividad ante el Tribunal Constitucional por discrepancias sobre la constitucionalidad de las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, en la medida en la que constituyen una sede de negociación para alcanzar consensos interpretativos (art. 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: LOTC).

61. Las **comisiones territoriales de coordinación**, de conformidad con el artículo 154 LRJSP, se configuran como órganos de colaboración de composición multilateral, entre Administraciones cuyos territorios sean coincidentes o limítrofes, para mejorar la autocoordinación de la prestación de servicios, prevenir duplicidades y mejorar la eficiencia y calidad de los servicios.

62. El art. 58 LBRL disciplina los **órganos de colaboración entre la Administración General del Estado o las de las comunidades autónomas y los entes locales**. Este precepto establece que las leyes del Estado o de las comunidades autónomas podrán crear, para la coordinación administrativa, órganos de colaboración de las Administraciones correspondientes con las entidades locales. Estos órganos, que serán únicamente deliberantes o consultivos, podrán tener ámbito autonómico o provincial y carácter general o sectorial. Tanto la Administración General del Estado, como las de las comunidades autónomas podrán participar en los respectivos órganos de colaboración establecidos por cada una de ellas.

63. Actualmente, en el ámbito estatal existen órganos de encuentro permanente entre la **Administración General del Estado y los entes locales** (la Comisión Nacional de Administración Local, regulada en los artículos 117 a 119 LBRL y en el Real Decreto 427/2005, de 15 de abril, por el que se regula la composición, las funciones y el funcionamiento de la Comisión Nacional de Administración Local, y las comisiones provinciales de colaboración, disciplinadas en el Real Decreto 3489/2000, de 29 de diciembre, por el que se regula la naturaleza, composición y funciones de las comisiones provinciales de colaboración del Estado con las corporaciones locales) y entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y los entes locales (la Conferencia Sectorial de Asuntos Locales, contemplada en el art. 120 bis LBRL y la Conferencia de Ciudades**,** prevista en el art. 138 LBRL**)**. En cuanto a las comunidades autónomas, hay que señalar que también muchas de ellas han creado órganos de encuentro con las entidades locales radicadas en su territorio, como es el caso, por ejemplo, de las **comisiones autonómicas de Administración local**.

3. LAS RELACIONES DE CONTROL

3.1. Aproximación: caracterización general y tipología

64. Las relaciones de control son aquellas que se establecen entre dos Administraciones públicas, cuando una de ellas, que tiene atribuida, constitucional o legalmente, la competencia de **comprobar la adecuación al ordenamiento jurídico** de la actividad o inactividad de otra Administración, ejerce dicha facultad. No se

incluyen aquí otras relaciones interadministrativas, como las que derivan del control de eficacia o del control contable y de la gestión económica financiera (*infra* § 33.2).

65. El alcance de la competencia de control de unas Administraciones sobre otras, y, en consecuencia, la intensidad de la supervisión, varía en función de dos parámetros: el grado de autonomía de la Administración vigilada (así, el control de la Administración General del Estado sobre las Administraciones generales de las comunidades autónomas, que gozan del máximo nivel de autonomía política, no puede ser igual de intenso que la supervisión que la Administración General del Estado o las propias Administraciones generales de las comunidades autónomas ejercen sobre las entidades locales) y el objeto del control (la supervisión puede ser más amplia, intensa, cuando se trate de comprobar la corrección del ejercicio de competencias que la Administración controlada ejerce por delegación de la Administración controlante [*supra* § 8.4] y tendrá que ser menos intenso cuando la Administración controlante supervisa el ejercicio de competencias propias de la Administración controlada).

3.2. Las relaciones de control entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas

66. Como se ha apuntado, en el ejercicio de competencias propias, el grado de autonomía del que gozan las comunidades autónomas en nuestro sistema impide, de modo ordinario, el control administrativo de estas por parte de la Administración General del Estado. En consecuencia, este control sólo es posible, de forma absolutamente extraordinaria (*vid.* la STC 185/2016), como último recurso (STC 215/2014), cuando las vías generales de supervisión hayan resultado insuficientes para asegurar el orden constitucional (STC 89/2019).

67. El **artículo 155 CE** prevé que si una comunidad autónoma no cumple las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen, o actúa de forma que atente de modo grave contra el interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al presidente de la comunidad autónoma (de acuerdo con los requisitos individuados por la jurisprudencia constitucional: SSTC 89/2019 y 90/2019), y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, puede adoptar las medidas necesarias (esto es, cualquier disposición que, siendo precisa, resulte proporcionada y sea la menos gravosa posible), para obligar a la comunidad autónoma al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. Para la ejecución de dichas medidas, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las comunidades autónomas, en los términos marcados por las SSTC 89/2019 y 90/2019 (ambas referidas al Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que el Gobierno de España sustituye funcionalmente al Consejo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya).

68. Por el contrario, lo que sí es perfectamente posible es que la Administración General del Estado controle el ejercicio por las comunidades autónomas de las competencias que aquella halla **delegado** en estas. En este sentido, el artículo 153 b) CE establece que el control de la actividad de los órganos de las comunidades autónomas se ejercerá por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, cuando se trate del control del ejercicio de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que el Estado haya transferido o delegado en las comunidades

autónomas, mediante ley orgánica, de acuerdo con el artículo 150.2 CE; debiendo realizarse este control, en todo caso, con sujeción a las formas que se haya reservado el Estado en dicha ley. Así, el artículo 20 de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, prevé que "los actos y acuerdos que dicten las comunidades autónomas en el ejercicio de funciones delegadas, vulnerando las normas o disposiciones estatales, podrán ser suspendidos por el ministro de Transporte, Turismo y Comunicaciones".

3.3. Las relaciones de control entre la Administración General del Estado/Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales

69. Del tenor literal del artículo 7 de la LBRL se puede inferir que las entidades locales tienen **tres tipos de competencias**: atribuidas por delegación, "distintas de las propias" y competencias propias (*supra* § 13.11).

70. Respecto de las **competencias delegadas**, el artículo 7.3 LBRL precisa que estas se ejercen en los términos de la delegación, que puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad por parte de la Administración atribuyente (el Estado o la Comunidad Autónoma) que, en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de las entidades locales.

71. Por lo que atañe a las competencias que el artículo 7.4 LBRL denomina "distintas de las propias" (y que la STC 41/2016, FJ 10 d) ha calificado como competencias **"propias generales"**), el propio artículo 7.4 LBRL dispone que las entidades locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública (prohibición de duplicidad). A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración estatal o autonómica competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración (estatal o autonómica) que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

72. Estos **informes vinculantes**, introducidos en la reforma de la LBRL que llevó a cabo la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), en el contexto de lograr la superación de la Gran Recesión, tienen como finalidad limitar la asunción de competencias por las entidades locales; si bien, aunque el Tribunal Constitucional no los ha considerado un mecanismo de control (STC 41/2016), es posible defender, como hace Manuel Rebollo Puig (REBOLLO, 2019) que tal es su naturaleza. Se trata de controles previos de legalidad.

73. Por el contrario, respecto de las **competencias propias**, el artículo 7.2 LBRL dispone que se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución

con las demás Administraciones públicas. En consecuencia, se ha planteado en este ámbito de las competencias propias de los entes locales, si cabe el control de su ejercicio por otras Administraciones públicas, es decir, si los controles administrativos sobre los entes locales en el ejercicio de competencias propias son compatibles con su autonomía constitucionalmente garantizada y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, cuál ha de ser su configuración.

74. Para resolver estas cuestiones es necesario, por una parte, concretar, adaptándola al ámbito de las relaciones entre el Estado y/o las comunidades autónomas y las Entidades locales, la definición de las relaciones de control que se dio al inicio del presente epígrafe y, por otra parte, llevar a cabo un detallado estudio de dicha definición con el objetivo de individuar los elementos que caracterizan los controles sobre los entes locales, la taxonomía posible de dichos controles y sus principales manifestaciones.

75. Así, para comenzar, estas relaciones de control se pueden definir como aquellas relaciones que se establecen entre la Administración General del Estado o las Administraciones generales de las comunidades autónomas, por una parte, y las entidades locales, por otra parte, como consecuencia del ejercicio por las primeras de una competencia consistente en la confrontación por parte de las mismas de una o de un conjunto de acciones u omisiones o bien de una propuesta de acción de un ente local en ejercicio de una competencia propia con un referente, que puede ser un complejo normativo o una valoración de la realidad que sirve de soporte fáctico a la actividad o inactividad del ente local derivándose de dicha confrontación: en el caso de que se produzca una discordancia entre la actuación del ente local y el referente, bien la adopción de una medida por parte de las Administraciones controlantes o bien la producción automática de un efecto previsto por el ordenamiento jurídico para este supuesto; o, en el caso de que no haya tal discordancia, la manifestación, expresa o tácita, de conformidad con la citada actuación por parte de la Administración controlante.

76. Conforme a la jurisprudencia constitucional (entre otras: SSTC 4/1981 y 154/2015), los controles administrativos sobre los entes locales **son constitucionales** si: se hallan previstos en normas legales, son concretos y puntuales —no genéricos e indeterminados—, van precedidos de un requerimiento previo, tienen por objeto actos en los que incidan intereses supralocales y velan por la legalidad de la actuación local, y, sólo excepcionalmente, por su oportunidad, si existe justificación constitucional para ello.

77. En la actualidad, **la LBRL** regula, dentro de su Título V "Disposiciones comunes a las entidades locales", en el Capítulo II "Relaciones interadministrativas" y en el Capítulo III "Impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones", el sistema general de control sobre las Entidades locales. A través de estos preceptos se establece que, si la Administración General del Estado o las Administraciones generales de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, entienden que un acto de un ente local vulnera el ordenamiento jurídico (art. 65 LBRL), menoscaba sus competencias, interfiere en su ejercicio o excede de la com-

petencia de dicho ente (art. 66 LBRL), aquellas Administraciones han de recurrir a la jurisdicción contencioso–administrativa para que esta suspenda y anule tal acto.

78. Es decir, el legislador español ha optado, con carácter general, por reconducir el control interadministrativo sobre los entes locales a un **control judicial** sobre los entes locales, convirtiendo muchas relaciones de control interadministrativo en relaciones de conflicto interadministrativo, las cuales se explicarán más adelante. No obstante, la LBRL prevé tres mecanismos excepcionales de control administrativo genérico de los entes locales por las Administraciones territoriales superiores y un conjunto de controles administrativos específicos.

79. Los **mecanismos excepcionales** de control genérico son, en primer lugar, la **disolución** de los órganos de las corporaciones locales, acordada por el Consejo de Ministros, a iniciativa propia y con conocimiento del consejo de gobierno de la comunidad autónoma correspondiente o a solicitud de este y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, en el supuesto de que la gestión de dichos órganos, gravemente dañosa para los intereses generales, suponga un incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (art. 61 LBRL). Ese fue el caso, por ahora único, de la disolución del Ayuntamiento de Marbella por medio Real Decreto 421/2006, de 7 de abril.

80. En segundo lugar, la Administración General del Estado o las Administraciones generales de las comunidades autónomas, en sus respectivos ámbitos competenciales, pueden **subrogarse**, previo requerimiento, en el lugar de una entidad local que incumpla las obligaciones que le han sido impuestas por una norma legal, cuya cobertura económica se halle garantizada, en el supuesto de que tal incumplimiento afecte al ejercicio de las competencias estatales o autonómicas (art. 60 LBRL).

81. Y, en tercer lugar, el delegado del gobierno en la correspondiente comunidad autónoma, tras requerir, de manera infructuosa, la anulación de aquellos actos o acuerdos dictados por un Ente local, que atenten de forma grave contra el interés general de España, podrá **suspenderlos**, debiendo, a continuación, impugnarlos ante la jurisdicción contencioso–administrativa (art. 67 LBRL).

82. Por otra parte, como se ha dicho, en la LBRL se mantienen un conjunto de **controles administrativos puntuales**, ejercitables por las Administraciones territoriales superiores sobre los entes locales, en diversas materias, bajo la forma de autorizaciones (art. 71 LBRL) y aprobaciones (art. 86.3 LBRL) de determinados actos. Por ejemplo, conforme al artículo 57 de la Ley madrileña 9/2001, de 7 de julio, del Suelo, la Administración autonómica aprueba definitivamente los planes urbanísticos generales elaborados y aprobados inicialmente por el correspondiente ayuntamiento.

83. Por último, hay que señalar que este cuadro general de los controles administrativos sobre los entes locales, diseñado por la LBRL, se completa con los controles previstos en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (arts. 75 y 78), en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (art. 53) y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (arts. 18.5, 20.2 y 23.4).

84. Esta cuestión de los controles sobre el ejercicio de las competencias propias de los entes locales, al igual que la atribución de potestades de heterocoordinación (*supra* § 13.35), se hallan estrechamente vinculadas al concepto de interés local. En nuestro sistema, el legislador, estatal o autonómico, cuando atribuye competencias a las diferentes Administraciones públicas debe tener en cuenta los intereses presentes en cada materia. Por consiguiente, a la hora de conferir funciones sobre un determinado

sector, si en el mismo **sólo existe un interés local**, ha de atribuirse una competencia local propia y exclusiva —así, en principio, los entes territoriales superiores, en este campo, no deberían contar con poderes de control sobre la actuación de los entes locales, ya que no se ven afectados sus intereses—. Por el contrario, si en el campo en cuestión, el **interés local es prevalente**, pero no exclusivo, debería otorgarse una competencia propia a los entes locales; no obstante, al mismo tiempo, al resto de las Administraciones, que tienen encomendada la defensa de otros intereses implicados, tendrían que reconocérseles las consiguientes facultades de intervención en este ámbito —que se podrían traducir, entre otros mecanismos, en, facultades de heterocoordinación o de control sobre los entes locales (*supra* § 13.35)–. Finalmente, si los intereses que prevalecen son de **naturaleza supralocal**, la competencia debe atribuirse a una Administración territorialmente superior; eso sí, respetando la participación de los entes locales en defensa de los intereses locales presentes en esta materia. No obstante, en este último caso, puede ser conveniente que, si bien la Administración territorialmente superior tenga la titularidad de la competencia, en atención a los intereses locales implicados, y en aras a la mayor eficacia de la actuación pública y a la más intensa participación de los ciudadanos en la gestión pública, se traslade la competencia a los entes locales, a modo de transferencia o delegación, lo que puede implicar, correlativamente, que la Administración superior se reserve potestades de control sobre los entes locales.

4. LAS RELACIONES DE CONFLICTO

4.1. Aproximación: caracterización general y taxonomía

85. Las relaciones de conflicto son aquellas que se entablan entre dos Administraciones públicas como consecuencia de que una acción u omisión de una de ellas produce bien una **lesión para los intereses de la otra** o bien un quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

86. En el Derecho administrativo español, tampoco existe, en este subsector de las relaciones interadministrativas, una regulación unitaria. Su disciplina se contiene en diferentes normas cuya aplicación depende de las Administraciones que, en cada caso, entren en conflicto y del tipo de acción u omisión que ocasione el conflicto. Teniendo en cuenta estos parámetros, es posible distinguir los siguientes tipos de relaciones de conflicto: a) relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas o entre varias Administraciones generales de comunidades autónomas; b) relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado o las Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales y c) relaciones de conflicto entre varias entidades locales.

4.2. Las relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas o entre las Administraciones generales de las comunidades autónomas

87. De acuerdo con el artículo 161.1.c) CE, la resolución de los **conflictos de competencia** entre la Administración General del Estado y las Administraciones generales de las comunidades autónomas y los de estas entre sí corresponde al Tribunal Constitucional. El objeto de esta contienda es interpretar y fijar el orden com-

petencial contenido en la Constitución (SSTC 110/1983, 88/1989 y 155/1990), es decir, lo que se discute en esta disputa es la titularidad de una competencia. El planteamiento del conflicto puede ser consecuencia del dictado de una determinada disposición, resolución o acto (conflicto positivo), los cuales ambos litigantes entienden que es de su competencia, o la omisión de tal disposición, resolución o acto (conflicto negativo), en este caso, ninguno de los contendientes se considera facultado para adoptar la decisión de que se trate. La disciplina de estas controversias se halla contenida en los artículos 59 y siguientes de la LOTC.

88. Por el contrario, cuando lo que se discute es, exclusivamente, el ejercicio de la competencia a través de **resoluciones o actos administrativos** no procede la interposición de un conflicto constitucional de competencias, sino la interposición de un recurso contencioso–administrativo (STC 88/1989), de acuerdo con lo dispuesto en la LJCA, en particular, en su artículo 44.

4.3. Las relaciones de conflicto entre la Administración General del Estado/ Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales

89. Los conflictos entre la Administración General del Estado o las Administraciones generales de las comunidades autónomas y las entidades locales pueden surgir como consecuencia de la emanación de normas con rango de ley o bien como consecuencia del dictado de disposiciones, resoluciones o actos administrativos.

90. En el primer caso, dichos conflictos se solucionan por el Tribunal Constitucional, a través del denominado **"conflicto en defensa de la autonomía local"**, regulado en el Capítulo IV de la LOTC. En el segundo caso, los conflictos se resuelven, por la jurisdicción contencioso–administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa (LJCA), en particular, su art. 44, y de conformidad con lo establecido en los artículos 65 a 67 LBRL (*supra* § 13.77).

4.4. Las relaciones de conflicto entre entidades locales

91. De acuerdo con el artículo 50.2 LBRL, los conflictos de competencias, en sentido amplio, planteados entre diferentes Entidades locales serán resueltos por la Administración general de la comunidad autónoma o por la Administración General del Estado, previa audiencia de las comunidades autónomas afectadas, según se trate de entidades pertenecientes a la misma o a distinta comunidad, y sin perjuicio de la ulterior posibilidad de impugnar la resolución dictada ante la jurisdicción contencioso–administrativa.

92. En esta línea, el artículo 50.3 LBRL precepto regula un supuesto particular de conflicto: el del **deslinde territorial**. Esta norma establece, al respecto, que las cuestiones que se susciten entre municipios pertenecientes a distintas comunidades autónomas sobre deslinde de sus términos municipales se

resolverán por la Administración General del Estado, previo informe del Instituto Geográfico Nacional, audiencia de los municipios afectados y de las respectivas comunidades autónomas y dictamen del Consejo de Estado.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Manuel REBOLLO PUIG, "Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable", *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 6 (2019), pp. 43-80.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 33ª ed., Thomson–Civitas, Madrid, 2022.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 20ª ed., Thomson–Civitas, Madrid, 2022.

Eva GIMÉNEZ I CORRONS, *Los controles sobre los entes locales,* Marcial Pons–Instituto de Estudios Autonómicos, Madrid–Barcelona, 2001.

Pablo MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2000.

Ramón PARADA, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 26ª ed., Dykinson, 2019.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Íñigo SANZ RUBIALES, *El contencioso interadministrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, 5ª edición, Iustel, Madrid, 2018.

Joaquín TORNOS MAS, "La actividad de control sobre los Entes Locales", *Informe sobre el Gobierno local*, Ministerio para las Administraciones Públicas–Fundación Carles Pi i Sunyer, Madrid, 1992.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 351-374
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L14
© Clara Isabel Velasco Rico
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 14

EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Clara Isabel Velasco Rico
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD INTERNA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL FUNCIONAMIENTO INTERNO: 2.1. El principio de servicio efectivo como criterio orientador; 2.2. Principios vinculados a la racionalización y agilización de los procedimientos; 2.3. Principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa; 2.4. Principios orientados a garantizar el control de la actuación administrativa.—3. TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA INTERNA: 3.1. Autoorganización administrativa: *3.1.1. Concepto y atribución de la potestad de autoorganización; 3.1.2. Principios*; 3.2. Relaciones interorgánicas: *3.2.1. Instrucciones y órdenes de servicio; 3.2.2 Mecanismos de alteración de competencias*; 3.3. Actividad consultiva*: 3.3.1. Definición; 3.3.2. El dictamen*; 3.4. Actividad de control interno: 3*.4.1. Control interno; 3.4.2. Inspección de servicios y los distintos tipos de auditorías; 3.4.3. Control económico–financiero; 3.4.4. De la importancia de los planes y programas de* actuación.—4. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.—5. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA AUTOMATIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS.—6. BIBLIOGRAFÍA: 6.1. Bibliografía citada; 6.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD INTERNA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. La actividad de las Administraciones públicas está principalmente orientada hacia el exterior, hacia la ciudadanía y la sociedad. La Administración regula, ordena y controla la actividad de los particulares (*infra* § § 22.5 y 25.32), garantiza la prestación de servicios públicos (*infra* § 23) y fomenta la conducta de los ciudadanos que coadyuva al cumplimiento de fines de interés general (*infra* § 24.3). Sin embargo, para poder desarrollar todas estas funciones las Administraciones deben realizar una intensa **actividad** de planificación, autoorganización y coordinación **interna**, en el seno de la propia organización administrativa.

2. No existe una **definición** normativa de lo que debe ser considerado **actividad interna de la Administración**. Sin embargo, podemos describir la actividad interna de la Administración como el conjunto de actuaciones en múltiples ámbitos (básicamente relativas a la organización, las relaciones interorgánicas, la actividad consultiva y las actividades de control interno) cuyo destinatario primero y primordial es la propia Administración pública actuante.

3. La actividad interna de las Administraciones públicas tiene la **finalidad** de organizar, instruir, dirigir, orientar o coordinar a los propios órganos administrativos integrantes de una Administración (sobre el concepto de órgano administrativo véase *supra* § 8.43). Es una actividad reflexiva, en principio, dirigida a desarrollar una función de **trascendencia** meramente doméstica. Ello no significa, no obstante, que la actividad interna de la Administración opere al margen del Derecho, particularmente del **Derecho administrativo** o de sus principios, ni que quede excluida de los procesos o sistemas de control de la actuación administrativa establecidos, en cada caso, por el ordenamiento jurídico. A diferencia de la actividad externa de la Administración, es decir, de aquella dirigida a producir efectos en la esfera de situaciones jurídicas, derechos o intereses de terceros, ya sean personas físicas o jurídicas privadas, u otras Administraciones públicas, la actividad interna surte directos y plenos efectos en el seno de la misma Administración que la desarrolla, aunque pueda tener repercusiones más allá de este ámbito como veremos.

4. Tradicionalmente, funcionamiento interno de la Administración pública ha sido una materia jurídica de segundo orden (Ortega, 1997:269). El Derecho administrativo se centraba en las relaciones jurídicas con los ciudadanos y en el control judicial de la actividad administrativa, como dimensiones fundamentales del Estado de Derecho. Sin embargo, la **corriente renovadora del Derecho administrativo** presta mayor atención al funcionamiento interno de la Administración (a su organización y sus procedimientos de actuación), pues en muchos ámbitos complejos de la realidad contemporánea la actividad administrativa ya no es programable o dirigible mediante normas condicionales (las que definen lo que puede o debe hacer la Administración), sino sólo mediante **normas organizativas o procedimentales** (definiendo estructuras organizativas y procedimientos idóneos para el funcionamiento de la Administración en cada sector de la realidad) (SCHMIDT–ASSMANN, 2003: 258). Esto es especialmente cierto en todos los ámbitos presididos por la incertidumbre científica, donde la ley no puede definir con precisión qué puede o debe hacer la Administración (ESTEVE, 2020) y en la Administración del Estado social (donde difícilmente la ley puede programar con precisión actuaciones

prestacionales que dependen de la situación específica de cada persona) (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 125).

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL FUNCIONAMIENTO INTERNO

5. Más allá de los **principios** consagrados en la Constitución Española de 1978 de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, y sometimiento pleno a la ley y al Derecho (sobre estos principios véase *supra* § 4), en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) se han establecido otra serie de principios, como la planificación, la racionalización, la eficacia, la economía y la eficiencia, que también han de regir la actuación y las relaciones de las Administraciones públicas (*infra* § 14.10). Algunos de estos principios ya figuraban en la derogada Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, sin embargo, la actual LRJSP ha extendido su aplicación al conjunto de las Administraciones públicas españolas.

6. Los principios generales de la actuación administrativa contemplados en el artículo 3.1. LRJSP determinan claramente el **funcionamiento interno** de las Administraciones públicas. Esto es, establecen cómo deben actuar las Administraciones en su esfera doméstica para acomodarse a los requerimientos legales. Sin embargo, no puede soslayarse que muchos de estos principios también tienen una clara aplicabilidad respecto de las actuaciones administrativas externas.

7. Téngase en cuenta también que la doctrina considera que el **principio de eficacia** no se ve reflejado únicamente en la vertiente externa de la actuación administrativa, sino que en el ámbito doméstico o interno de la administración, en su esfera organizativa, este principio se materializa en "el resultado del correcto funcionamiento de los procesos internos que le permiten adaptarse al medio y alcanzar sus objetivos" (Uranga, 1989: 97). De hecho, la reforma administrativa operada en el año 2015, mediante la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la LRJSP, se ha criticado precisamente porque se considera que se ha centrado casi en exclusiva en intentar mejorar el funcionamiento interno de las Administraciones, dejando a un lado la necesaria reforma de las herramientas de relación con los ciudadanos/administrados (SANTAMARÍA, 2015:3).

8. Los **principios** que examinaremos son, en primer lugar, el principio de **servicio efectivo** como criterio orientador del funcionamiento interno de la estructura administrativa; en segundo lugar, analizaremos el principio de **racionalización y agilización** de los procedimientos y su relación con los principios de simplificación, buena regulación, simplicidad, claridad y proximidad al ciudadano como principios que deben orientar la tramitación interna de los procedimientos y el funcionamiento interno de los servicios; en tercer lugar, trataremos los principios de **objetividad y transparencia** de la actuación administrativa y su proyección en la actuación interna de la Administración; finalmente, abordaremos aquellos principios orientados a garantizar el control de la actuación administrativa, en particular, el principio de **responsabilidad** por la gestión. Todos estos principios tienen en común que, si bien

se refieren al funcionamiento interno de la Administración, sitúan al ciudadano en el centro del quehacer diario de nuestras Administraciones (GAMERO y FERNÁNDEZ, 2016: 97).

2.1. El principio de servicio efectivo como criterio orientador

9. El primero de los principios que debemos examinar es el **principio de servicio efectivo**, que actúa como **criterio orientador** del funcionamiento interno, de la estructura administrativa y de la gestión de servicios. Este principio es novedoso en nuestro ordenamiento jurídico y proviene de ámbito del *management* (de la gestión de las organizaciones) y ha sido estudiado tradicionalmente por las Ciencias de la Administración e incorporado a la teoría del *New Public Managament*. Sin embargo, determinar el alcance de este principio y su encaje en el acervo de criterios rectores del funcionamiento de las Administraciones —organizaciones extremadamente complejas y poliédricas— no es sencillo.

10. La efectividad en la prestación del servicio está estrechamente relacionada con los principios de **eficacia y eficiencia** (*supra* § 4.48) pero no es sinónimo de ninguno de ellos. Implica que la Administración cuando desarrolla su labor de gestión interna y de provisión de los servicios ha de hacer lo que corresponde, lo correcto, teniendo en cuenta aquellos elementos relevantes para servir al interés general. El principio de servicio efectivo se vincula a la legitimación de la Administración pública desde un punto de vista social (*supra* § 1.29 y § 2.15). La efectividad es un antídoto contra la desafección que pueden profesar los ciudadanos frente a las instituciones públicas. La Administración debe servir a la sociedad. Y la sociedad debe poder visualizar que este objetivo se cumple correctamente, de acuerdo con la realidad y ajustándose a las necesidades sociales de cada momento.

11. Druckner consideró que "La efectividad es el fundamento del éxito: la eficiencia es una condición mínima de su pervivencia después de alcanzado el éxito. La eficiencia se preocupa de hacer bien las cosas. La efectividad de hacer las cosas que corresponden." (DRUCKNER: 1983: 33). En palabras de Arenilla: "La organización pública debe buscar la efectividad, que se remite al futuro mediante la planificación estratégica, entendida como criterio sociopolítico, que contempla los referentes de actuación para la resolución de un problema. (…) La efectividad puede ser pasiva, y entonces solo responderá o corresponderá a las demandas o exigencias de la sociedad (criterio político), o activa, en cuyo caso los poderes públicos se adelantarán a los acontecimientos y educarán a la ciudadanía para poder dar una respuesta apropiada a los nuevos tiempos y las nuevas exigencias (criterio social) para construir de manera conjunta una sociedad futura mejor (…)" (ARENILLA, 2014: 38).

12. En la actualidad las Administraciones públicas incorporan diversos instrumentos de gestión interna que permiten conocer y mejorar el grado de cumplimiento de este principio. Por un lado, la prestación efectiva del servicio **se mide**, por ejemplo, a través de la implantación de **estándares de funcionamiento** objetivamente evaluables —por órganos internos o por organizaciones externas especializadas— que determinan la calidad en el desarrollo de una determinada actividad y el grado de consecución de los niveles óptimos de funcionamiento de la Administración pública (normas ISO o mediante la aplicación del modelo europeo de calidad EFQM). Un

ejemplo de evaluación externa —y relativamente independiente— de la actividad administrativa es el que ejerce la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas, regulada por la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado. Por otro lado, la prestación efectiva del servicio **se promueve** mediante la elaboración y adopción de **planes estratégicos**. La planificación estratégica para las Administraciones públicas es un instrumento que permite establecer prioridades, objetivos y estrategias que definan los medios necesarios, teniendo en cuenta los recursos disponibles, para lograr los resultados esperados.

13. Por ejemplo, la Estrategia Regional de la Comunidad Autónoma de Cantabria frente al reto demográfico y lucha contra la despoblación (2021-2027) contiene un diagnóstico exhaustivo de la despoblación en esa región y seguidamente enumera una larga serie de medidas con los que hacer frente al problema. Algunas de esas posibles medidas exigen reformas legislativas o reglamentarias, otras requieren simplemente de la actuación administrativa. Aunque la Estrategia se aprobó por el acuerdo del Gobierno de Cantabria, **no tiene eficacia normativa**: no define situaciones jurídicas, y su cumplimiento no es exigible ante los tribunales: simplemente dirige o promueve la actuación de la Administración cántabra.

2.2. Principios vinculados a la racionalización y agilización de los procedimientos

14. El artículo 3.1 d) de la LRJSP consagra los principios de **racionalización y de agilidad** no solo respecto de los procedimientos administrativos (relaciones *ad extra*) sino también respecto de las actuaciones materiales y gestiones internas que la Administración haya de llevar a cabo para dar curso a dichos procedimientos y demás actividades.

15. La **agilización de los procedimientos** está directamente relacionada con la **simplificación** y con la **reducción de cargas administrativas**, lo que obliga a sopesar la necesidad o no de incluir determinados trámites burocráticos o cargas documentales ya sean exigibles —a nivel externo— a los ciudadanos que se relacionen con la Administración, o bien sean exigibles —a nivel interno— al propio órgano actuante o a otros órganos o unidades cuya actuación sea necesaria para la gestión de un procedimiento o de cualquier otro tipo de actuación administrativa. La agilización y racionalización del procedimiento también pasan por **reducir** determinados **plazos** de resolución, por **obligar** a la Administración a **inscribir de oficio** determinadas autorizaciones en los registros públicos, cuando dicha inscripción sea necesaria para el inicio de una determinada actividad, y por **modificar** el carácter preceptivo de determinados **informes**, para que sean simplemente, facultativos.

16. Por ejemplo, la reducción de la carga documental —medida tendente a agilizar los procedimientos administrativos— puede articularse mediante la eliminación normativa de la exigencia de presentar de determinados títulos o documentos. En este sentido, véase el Real Decreto 522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes. En la exposición de motivos de la citada norma se lee lo siguiente: "La exigencia de aportar fotocopia del DNI o del documento equivalente, si bien constituyó en su momento

un importante avance para los ciudadanos al sustituir la necesidad de aportar otros documentos (certificados de nacimiento...) de obtención más complicada, ha quedado claramente obsoleta y discordante con una situación administrativa y social decididamente orientada a disminuir las cargas y barreras burocráticas mediante un uso racional de las técnicas y recursos disponibles".”

17. La **racionalización de la actividad administrativa** también está relacionada con el **principio de claridad**, que debe presidir no sólo la redacción de las normas que aprueba la administración (reglamentos) sino también la de cualquier documento administrativo. El principio de claridad implica que la Administración debe utilizar un lenguaje comprensible y accesible para el común de la ciudadanía, evitando expresiones rituales y jerga jurídica innecesaria. Igualmente, el principio de claridad obliga al legislador y la Administración a que los procedimientos administrativos tengan un diseño y un desarrollo igualmente comprensibles para la ciudadanía.

18. Finalmente, el **principio de proximidad al ciudadano** y su irradiación a la actividad interna de la administración implica que esta deba organizarse de suerte que sus oficinas de atención al público se sitúen y se desplieguen en el territorio de forma equilibrada para dar servicio al conjunto de la población de forma cercana. Otra interpretación de este principio pone el foco en el trato que los ciudadanos reciben de los servidores públicos que por mandato legal debería ser igualmente cercano.

2.3. Principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa.

19. Para la materialización del **principio de objetividad** que consagra la Constitución Española de 1978 (CE), en su artículo 103.1, y también la LRJSP, en su artículo 3.1, deben concurrir dos **requisitos**: por un lado, que toda actuación de la Administración en ejercicio de las potestades que le son atribuidas por el ordenamiento jurídico respete los fines de la potestad ejercida, y por otro, que dicha actuación haya tenido en cuenta y haya ponderado todos aquellos intereses protegidos por el ordenamiento jurídico en cada caso concreto (SANTAMARÍA, 1991: 250-251). La proclamación del principio de objetividad implica, consiguientemente, la proscripción de cualquier actuación arbitraria o carente de fundamentación. Mientras que la objetividad en sentido estricto se predica de la actuación administrativa, la **imparcialidad** se exige al funcionario o servidor público (*supra* § 4.54) y le obliga a evitar tratos de favor o de disfavor a los ciudadanos que no estén contemplados o habilitados por el ordenamiento jurídico.

20. El **principio de transparencia** que también se incluye en el catálogo de criterios del art. artículo 3.1 LRJSP no solo se aplica a las Administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos, sino que deja su impronta igualmente en el ámbito interno de la Administración. Concretamente, su actividad interna debe desarrollarse teniendo en cuenta el principio de transparencia por defecto y por diseño. Esto es, los procesos, aplicativos y otros elementos que coadyuvan a la gestión del procedimiento y de cualquier otra actuación administrativa, así como de los documentos e información pública, deben diseñarse para garantizar que los interesados y los ciudadanos

puedan conocer, en tiempo y forma, qué actuaciones ha realizado la Administración, cómo las ha realizado y cuál es su justificación (*infra* § 28.50). El correlato de este deber de la Administración en el ámbito de la actuación externa o relacional se encuentra en La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) y en la normativa autonómica concordante, donde se garantiza el derecho de acceso a la información pública y se establecen mecanismos de sanción en caso de incumplimiento de sus previsiones (*infra* § 28.53).

2.4. Principios orientados a garantizar el control de la actuación administrativa

21. El **principio de responsabilidad por la gestión pública** consagrado en el artículo 3.1.f) LRJSP determina que los servidores públicos quedan sujetos a los deberes y limitaciones que les impone el ordenamiento jurídico en el desempeño de sus labores. Igualmente, este principio conlleva el establecimiento de mecanismos que permitan evaluar y medir si el desempeño de la actividad administrativa se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico y a la planificación que para cada sector haya establecido la propia Administración, y a su vez, de mecanismos de rendición de cuentas y sancionadores, si procede, cuando se constate un incumplimiento.

3. TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA INTERNA

22. En este apartado examinaremos sumariamente los distintos tipos de actividad administrativa interna que podemos identificar. En primer lugar, describiremos la actividad de autoorganización; en segundo lugar, nos referiremos a las denominadas relaciones interorgánicas y pondremos especial énfasis en las instrucciones y órdenes de servicio como herramientas que permiten articular dichas relaciones; en tercer lugar, señalaremos la importancia de la actuación consultiva, para, finalmente, y, en cuarto lugar, centrarnos en las distintas clases de actividad que conforman el control interno de la Administración.

3.1. Autoorganización

3.1.1. Concepto y atribución de la potestad de autoorganización

23. La **potestad de autoorganización** 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 (*supra* § 8.14). La autoorganización administrativa, como decimos, es un concepto que se refiere a la capacidad de un ente para diseñar su propia estructura organizativa y tomar decisiones al respecto de manera autónoma sin la necesidad de

intervención externa, de acuerdo con los principios y con los límites que le marque el ordenamiento jurídico. En España, la autoorganización administrativa o el poder que ostentan las Administraciones públicas para organizar su estructura interna (potestad de autoorganización) siempre se ha considerado un aspecto importante de la gestión pública, orientado a la búsqueda de la eficiencia y la efectividad en la prestación de servicios a la ciudadanía.

24. El artículo 103.2 CE establece que los órganos de la Administración del Estado se crean, se rigen y son coordinados de acuerdo con la ley. Aunque este precepto explícitamente se refiere únicamente a la Administración del Estado, con base en la competencia estatal exclusiva sobre "las bases régimen jurídico de las Administraciones públicas" (art. 149.1.18 CE) se ha aprobado una **regulación mínima común** aplicable a los órganos de todas las Administraciones públicas con independencia del nivel territorial al que pertenezcan (estatal, autonómico o local), que se recoge en los artículos 5 y ss. de la LRJSP. Ello no impide, sin embargo, que se reconozca un **amplio margen de configuración organizativa** a las Administraciones territoriales o generales (*supra* § 8.20). En el artículo 5.2 de la LRJSP se dispone que compete a cada Administración pública delimitar, en su ámbito competencial, las unidades administrativas que conforman los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

25. En lo que atañe a las **Administraciones públicas autonómicas**, la competencia para establecer y diseñar su propia estructura organizativa deriva de la competencia de organización de su autogobierno reconocida en el artículo 148.1. 1ª CE (*supra* § 10.20).

26. Salvando las distancias, lo mismo sucede en el ámbito de las Administraciones locales, cuya potestad de autoorganización deriva de la autonomía local constitucionalmente reconocida (art. 137 CE) (*supra* § 11.16). Así, el artículo 4.1 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), reconoce a los municipios, a las provincias y a las islas, como Administraciones territoriales que son, la potestad de autoorganización, que puede extenderse a entidades territoriales de ámbito inferior o municipal, así como a las comarcas, áreas metropolitanas y otras entidades locales, de acuerdo con lo que establezcan las leyes de las comunidades autónomas, siempre respetando los órganos necesarios de los municipios y de las provincias establecidos en la LBRL.

27. Como se ha dicho, la potestad de autoorganización que el ordenamiento jurídico atribuye a cada Administración tiene algunas **limitaciones** establecidas por ley. Así, el artículo 5.3 de la LRJSP establece que "la creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate y su dependencia jerárquica; b) delimitación de sus funciones y competencias; c) dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento". Además, el apartado 4 del mismo precepto destaca que "no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos". Con el límite procedimental de que

"la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población". Esta regulación, que en nada menoscaba la potestad autoorganización, persigue que la estructura organizativa sea racional, a fin de **minimizar las duplicaciones y los gastos innecesarios** que pueden derivarse de un mal diseño organizativo. En definitiva, con ella se pretende que la creación de órganos administrativos responda a necesidades funcionales reales.

3.1.2. Principios

28. Los **principios relativos a la organización administrativa** pueden reconducirse a tres tipos. Por un lado, encontramos aquellos cuya incidencia se despliega fundamentalmente hacia el exterior de la organización administrativa (transparencia y participación), a los que no nos referiremos ahora; por otro lado, hay principios cuya incidencia se proyecta en el ámbito interno de la organización administrativa (principio de jerarquía, coordinación y desconcentración), a los que nos dedicaremos a continuación. Finalmente, podemos señalar otros principios que se relacionan con la funcionalidad de las organizaciones administrativas (eficacia, eficiencia y economía), cuyas notas principales han sido expuestas más arriba en lo tocante a la actividad interna de la administración (*supra* § 14.5).

29. Los principios de jerarquía, coordinación y desconcentración son capitales para la organización interna de cada una de nuestras Administraciones públicas puesto que facilitan su estructuración y arbitran las relaciones entre los distintos órganos que conforman una misma Administración.

30. El **principio de jerarquía** está previsto en el artículo 103.1 CE y es un principio tradicional de la organización administrativa. Se vincula con la **legitimidad democrática** de la Administración, pues permite formar una cadena o pirámide de legitimidad que va desde los gobiernos (que cuentan con legitimidad democrática al menos indirecta) hasta las más pequeñas unidades administrativas (*supra* § 4.49). Los órganos superiores de la pirámide son los que ostentan mayor legitimidad democrática – ya que el presidente de cada gobierno es elegido por un parlamento y responde ante este. Por eso, la obediencia de los órganos inferiores a las directrices de los órganos superiores permite extender la legitimidad democrática también a los órganos inferiores. Ciertamente, los órganos superiores tienen un poder de dirección sobre los inferiores, en una organización vertical de sus respectivas competencias. El principio de jerarquía, en un Estado descentralizado políticamente como el nuestro, solo puede manifestarse entre órganos que integran una misma Administración y no puede darse entre órganos integrantes de otros entes territoriales.

31. La **capacidad de dirigir** que ostentan los órganos administrativos superiores en el escalafón se manifiesta específicamente en una serie de **potestades** entre las que cabe señalar: la potestad de dirección de la actividad del órgano inferior mediante instrucciones u órdenes de servicio (art. 6 LRJSP); la potestad de delegar

competencias en órganos inferiores (art. 9 LRJSP); la potestad de avocar para si el ejercicio de las competencias de los órganos inferiores (art. 10 LRJSP); la potestad de resolución de conflictos entre órganos inferiores (art. 14 LRJSP); la potestad disciplinaria sobre los titulares de órganos inferiores (art. 54 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, EBEP); y la potestad de resolver los recursos de alzada interpuestos contra los actos dictados por los órganos inferiores (art. 121 LPAC).

32. El **principio de coordinación** viene a suplir las carencias del principio de jerarquía para conseguir una completa unidad en la actuación administrativa. El principio de coordinación en el ámbito interorgánico implica que la actuación de los distintos órganos integrantes de una misma Administración esté alineada para la consecución de unos fines que son únicos y compartidos por todo órgano integrante de la misma. El objetivo de la coordinación es reconducir a la unidad funcional los distintos órganos que conforman un mismo ente, evitando la proliferación de actuaciones separadas de los distintos órganos derivadas de la aplicación del principio de competencia. Es decir, el principio de coordinación refuerza la unidad administrativa funcional y pone el acento en que la satisfacción de los intereses generales perseguidos por una determinada Administración debe conseguirse mediante actuaciones coordinadas de todos los órganos que en ella se incardinan.

33. La **plasmación práctica** de este principio se traduce en la existencia de distintas técnicas que permiten articularlo. Estas técnicas se distinguen en función de si su incidencia se refiere a la organización administrativa (técnicas orgánicas) o a la función administrativa (técnicas funcionales). En cuanto a las **técnicas orgánicas** podemos destacar, por ejemplo, y en primer lugar, que los órganos superiores de la Administración coordinan la actuación de los órganos inferiores; en segundo lugar, puede mencionarse la creación de órganos colegiados cuya función sea la coordinación de otros órganos, órganos que normalmente están representados en el órgano colegiado. En lo tocante a las **técnicas funcionales**, podemos señalar, en primer lugar, que los órganos competentes para coordinar pueden aprobar planes y programas de actuación; en segundo lugar, existen obligaciones de información recíproca entre distintos órganos y/o de emisión de informes preceptivos que permiten la coordinación de diversas actuaciones, cuando los procedimientos administrativos son tramitados por otros órganos administrativos distintos.

34. El **principio de desconcentración** es un elemento vertebrador de la organización administrativa y permite la racionalización de esta. Este principio implica que se asigne de forma permanente el ejercicio de competencias del órgano superior a órganos inferiores, o bien que estas se atribuyan del órgano central a órganos periféricos integrantes de una misma Administración pública, con el objetivo de acercar los núcleos de toma decisiones administrativas a los ciudadanos. De esta forma los órganos situados en las zonas más bajas del escalafón y que se reputan más accesibles para los ciudadanos tienen garantizado un ámbito decisional.

35. Los principios de **desconcentración y descentralización** no son sinónimos, ni operan en el mismo ámbito. Mientras que el principio de descentralización

se proyecta en el ámbito de las relaciones entre distintas Administraciones e implica el reconocimiento de autonomía y la ausencia de jerarquía, el principio de desconcentración despliega sus efectos respecto de la organización interna de una única Administración, cuyos órganos seguirán rigiéndose en virtud del principio de jerarquía. El principio de desconcentración interorgánica está previsto en el artículo 8.2 LRJSP, que dispone que la titularidad y el ejercicio de las competencias que se hayan atribuido a los órganos administrativos podrán ser desconcentrados en otros que dependan jerárquicamente de aquellos de acuerdo con lo establecido en las propias normas de atribución competencial. Una competencia desconcentrada, en la medida en que ha pasado a ser "propia" del órgano desconcentrado, puede ser luego objeto de delegación por el propio órgano desconcentrado. Por ejemplo, una competencia de la ministra de Defensa que se desconcentra en la directora general de Armamento del Ministerio puede ser luego objeto de delegación (por la directora general) en el subdirector general de Adquisiciones de Armamento y Material. El artículo 8.2 LRJSP, por su propio carácter básico, no precisa si la desconcentración es una decisión que adopta el órgano titular de una competencia o si es una decisión normativa que adopta un órgano superior al órgano desconcentrante y al desconcentrado. En la práctica se encuentran las dos formas de desconcentración.

36. Por ejemplo, por Real Decreto 1053/2010, de 5 de agosto, el Consejo de Ministros acuerda la desconcentración de diversas competencias en el seno del Ministerio de Defensa, en materia de contratación. Así, determinadas competencias de contratación de la Secretaría de Estado de Defensa se desconcentran en la jefa del Estado Mayor Conjunto de la Defensa. Como se ve, en este caso es un órgano superior (el Consejo de Ministros) quien desconcentra competencias entre dos órganos inferiores. En cambio, al amparo del artículo 17.2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, la junta de gobierno municipal puede desconcentrar sus propias competencias en alguno de sus miembros, o en los demás concejales. En este caso no es un órgano superior, sino el propio titular de la competencia, el que decide su desconcentración.

3.2. Relaciones interorgánicas

37. El artículo 6 LRJSP regula las instrucciones y órdenes de servicio y los artículos 8 a 14 LRJSP se refieren a la competencia, la delegación de competencias, la avocación, la encomienda de gestión, la delegación de firma, la suplencia y las decisiones sobre competencia. Los **instrumentos de dirección** y las **técnicas de atribución y alteración de la competencia** mencionadas son determinantes en lo que se refiere a la actividad administrativa interna, porque una vez estructurada la organización interna de una Administración, es esencial distribuir las competencias asumidas por dicha Administración entre los órganos administrativos que la integran. Recuérdese que un órgano administrativo únicamente puede ejercer sus funciones válidamente en el ámbito competencial que se le haya reservado (art. 47.1 c) LPAC).

38. La distribución de competencias entre los distintos órganos de una Administración se lleva a cabo por las **normas** aprobadas a tal efecto (*supra* § 8.56). En defecto de dichas normas, debe estarse a la regla subsidiaria, contenida en el artículo 8.3 LRJSP, que dispone que si se atribuyesen competencias a un determinada Admi-

nistración sin determinar a qué órgano específicamente le son adjudicadas, se considerará que las facultades de instrucción y resolución de los procedimientos incumben a los órganos jerárquicamente inferiores por razón de la materia y el territorio. De acuerdo con el mismo precepto, cuando existan varios órganos inferiores por razón de la materia y del territorio, esta facultad corresponderá al superior jerárquico común de los mismos. Además, y según artículo 8.1 LRJSP, cuando se hayan asignado competencias propias a un determinado órgano, estas serán irrenunciables, sin perjuicio de la eventual desconcentración de su titularidad en órganos jerárquicamente dependientes, si lo permiten las normas atributivas lo permitan. Del mismo modo, el órgano administrativo al que se atribuya una competencia será quien la ejerza, excepto que se haya escogido recurrir a alguna de las distintas técnicas de traslado del ejercicio competencias que examinaremos más adelante.

3.2.1. Instrucciones y órdenes de servicio

39. La regulación de los principios generales y competencias de los órganos de las Administraciones públicas incluye también la definición de las instrucciones y órdenes de servicio. Como ya se ha dicho en referencia al principio de jerarquía, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 LRJSP, los órganos administrativos "podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio". Las **instrucciones y órdenes de servicio** no son normas o disposiciones administrativas de carácter general. No se integran en el ordenamiento jurídico (*infra* § 16.48). Su eficacia no se predica *erga omnes*, sino que sus destinatarios son los propios órganos administrativos, es decir la estructura interna de la Administración. Por tanto, las instrucciones y órdenes de servicio son meras **directrices de actuación** prescritas por un órgano administrativo en el ejercicio del poder jerárquico para fijar los criterios de aplicación e interpretación jurídica internos que los órganos jerárquicamente inferiores y dependientes deben respetar. Es decir, son **criterios que vinculan a los órganos inferiores jerárquicamente** y a los que deben ajustar su actuación, en una determinada materia o en un determinado ámbito. En el caso de que se produzca un incumplimiento por parte del órgano destinatario de tales criterios u órdenes de servicio, ello no afecta *per se* a la validez de los actos dictados por dicho órgano, pero es necesario tener en cuenta que el titular del órgano del órgano puede incurrir en un supuesto de responsabilidad disciplinaria por incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LRJSP.

40. En tanto que no se consideran reglamentos o disposiciones administrativas —no son normas jurídicas— no es necesaria su **publicación** para dotarlas de efectos, salvo que así lo establezca una disposición específica, o cuando por razón de los destinatarios y de los efectos que puedan producirse así se estime conveniente. En estos casos se publicarán en el diario oficial correspondiente. Téngase en cuenta que la LTBG, establece obligaciones de **publicidad** activa en este ámbito. Como decimos, de acuerdo con el artículo 6 LRJSP estas instrucciones y órdenes de servicio, no están revestidas de eficacia normativa y no son impugnables conforme a las normas

que articulan los recursos contra los reglamentos o disposiciones administrativas. Si un interesado quiere impugnar los criterios contenidos en las órdenes o en las instrucciones a las que nos referimos y que han regido una determinada actuación administrativa, que se acabe plasmando en una resolución administrativa de carácter general o particular, tendrá que impugnar la norma u acto de acuerdo con las normas que le habilitan a ello.

3.2.2. Mecanismos de alteración de competencias y de resolución de conflictos

41. Anteriormente, hemos afirmado que la competencia es irrenunciable una vez atribuida a un determinado órgano, salvo que se haya optado por utilizar un de los mecanismos de alteración de competencias previstos en la LRJSP (delegación, avocación, suplencia, delegación de firma y encomienda de gestión).

42. Efectivamente, de acuerdo con el artículo 9.4 LRJSP, la competencia se puede delegar en otros órganos de la misma Administración, aunque estos no sean jerárquicamente dependientes. Por ejemplo, la directora general de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de Castilla y León puede delegar el ejercicio de sus competencias sobre personal docente en las directoras provinciales de la misma consejería. También se podrán delegar competencias en organismos públicos o entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la misma Administración. Es necesario distinguir aquí entre la delegación intersubjetiva o interadministrativa, en la que el ejercicio de la competencia se traslada de una Administración pública a otra (distinta y no dependiente de la delegante) (*supra* § 8.62) y la **delegación orgánica —o interorgánica—** que puede definirse como el traslado a otro órgano de la misma Administración o de otro organismo vinculado o dependiente el ejercicio de una determina competencia del órgano delegante. Ello no implica que la titularidad de la competencia se transfiera, al contrario, ésta queda en manos del órgano delegante, así como la determinación de su alcance temporal y material, por lo que solo se **traslada su ejercicio**. Por ello, todos los actos dictados en virtud de la delegación se entienden dictados por el órgano delegante a todos los efectos, y la delegación puede ser revocada en cualquier momento (art. 9.1 LRJSP). En la resolución de la delegación, se pueden fijar o modular los términos exactos de la delegación y su alcance, incluso se pueden reservar algunas facultades de dirección y control en un determinado ámbito o materia al órgano delegante. La delegación puede alcanzar el ejercicio de cualquier competencia excepto las que una ley disponga. Además, tampoco se permite la subdelegación, salvo previsión expresa en una ley. Téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 9.2 LRJSP, no se podrán delegar en ningún caso las competencias relativas a: "a) Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, la Presidencia del Gobierno de la Nación, las Cortes Generales, las Presidencias de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas y las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas; b) La adopción de disposiciones de carácter general; c) La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso; d) Las materias en que así se determine por norma con rango de

Ley". Finalmente, hay que destacar que la delegación debe ser publicada en el diario o boletín oficial correspondiente (art. 9.6 LRJSP).

43. La **avocación** está regulada en el artículo 9.3 LRJSP y puede definirse como aquella decisión por la que un órgano superior se procura para sí la decisión sobre un asunto concreto —que no sobre la totalidad de la competencia— que corresponde a un órgano jerárquicamente inferior (*supra* § 8.64). La avocación puede ejercerse sobre cualquier competencia del órgano inferior, tanto sobre una competencia propia como sobre una desconcentrada o delegada. La avocación debe estar motivada en cada caso concreto por razones técnicas, económicas, sociales, jurídicas o territoriales que la hagan conveniente. Según lo previsto en la LRJSP, la avocación de un asunto debe ser notificada a los interesados con anterioridad o de forma simultánea a la resolución del procedimiento y el acto que se dicte en su virtud se imputa a todos los efectos al órgano superior que avocó la competencia. Pese a que la resolución de avocación no se puede recurrir, esta puede motivar el recurso que pueda quererse presentar contra el acto que ponga fin al procedimiento, en caso de que dicha avocación presente algún vicio.

44. El **juego combinado delegaciones y avocaciones** puede ser muy complejo. Así, por ejemplo, en el Ayuntamiento de Madrid son relativamente frecuentes las avocaciones y delegaciones encadenadas. Por ejemplo, por Acuerdo de 3 de mayo de 2018, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid acordó avocar, para un asunto concreto (la remodelación de la plaza de Lavapiés), el ejercicio de una competencia previamente delegada por la propia Junta de Gobierno en la Dirección General del Espacio Público, Obras e Infraestructuras. Seguidamente (en el mismo acuerdo), la Junta de Gobierno delegó en el concejal presidente del Distrito de Centro la competencia avocada en el apartado anterior del mismo acuerdo.

45. Por su parte, la **suplencia** implica la substitución del titular de un órgano (esto es, de la persona física que ejerce la competencia propia de un órgano) de forma temporal, y sin que ello conlleve una alteración de la titularidad de la competencia y sin que sea necesaria su publicación para otorgarle validez (*supra* § 8.70). De acuerdo con el artículo 13 LRJSP, los titulares de los órganos administrativos pueden ser suplidos temporalmente cuando se produzca una vacante o en casos de ausencia o enfermedad. También podrá producirse una suplencia cuando el titular del órgano se abstenga o sea recusado en el curso de un procedimiento administrativo concreto (*infra* § 15.33). Siempre que se produzca una suplencia, esta circunstancia se hará constar en las actas y resoluciones que se hayan dictado, con especificación de la titularidad del órgano suplido y de aquél que esté ejercicio la suplencia.

46. La **delegación de firma** está regulada en el artículo 12 LRJSP y consiste en la atribución a un órgano jerárquicamente inferior de la facultad de firmar las decisiones previamente adoptadas por el órgano delegante (*supra* § 8.69). Como puede comprobarse, la delegación de firma no afecta, en ningún caso, a la titularidad de la competencia y solo afecta a un elemento de detalle de su ejercicio. Pese a que para que una delegación de firma sea válida no es necesaria su publicación, sí está sometida a diversos límites. Concretamente, se le aplican los mismos límites establecidos para la delegación de competencias, aunque la LRJSP ha venido a suprimir el límite previsto en la anterior normativa por el que no era posible la delegación de firma en

los procedimientos administrativos sancionadores. A diferencia de la delegación interorgánica la simple delegación de firme puede hacerse a una "unidad administrativa" y no únicamente a un órgano administrativo (en el sentido estricto que expresa el art. 5.1 LRJSP: *supra* § 8.43).

47. Finalmente, según el artículo 11 LRJSP, la **encomienda de gestión** es un mecanismo que permite a un órgano solicitar la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios que son de su competencia a otros órganos o entidades de esta Administración, sin que ello implique ninguna alteración en la titularidad de la competencia (*supra* § 8.68). También pueden darse encomiendas de gestión entre distintas Administraciones Públicas (*supra* § 8. 64-65). Este mecanismo está previsto para aquellos supuestos en los que se considere que por razón de la eficacia o porque no se dispongan de los medios técnicos necesarios es conveniente que el órgano que recibe la encomienda lleve a cabo dichas actuaciones. Uno de los límites previstos para el uso de esta técnica implica que no puede ser objeto de encomienda de gestión aquello que resulta propio de las prestaciones de los contratos regulados en la legislación sobre contratos del sector público. En caso de que así fuera debería aplicarse esta última normativa. Es destacable que la encomienda de gestión debe realizarse mediante un acuerdo o convenio entre los órganos o entes implicados. Para dotar de eficacia a dicho acuerdo o convenio está prevista su publicación en el diario o boletín oficial correspondiente a la Administración a la que pertenezca el órgano que realiza la encomienda.

48. El Acuerdo de 22 de diciembre de 2022 (BOE–A-2023-116), de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias articula la decisión de su Consejo fechada el 27 de octubre de 2022, de delegar algunas de sus competencias a favor del presidente, el vicepresidente, el Comité Ejecutivo y los directores generales. En este Acuerdo puede comprobarse cómo el Consejo de la CNMV articula en función de cada uno de sus ámbitos competenciales una serie de delegaciones a los distintos órganos que lo integran. A modo de ejemplo podemos citar el artículo 3 del Acuerdo citado: "Artículo 3. Delegación de competencias en materia de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores. 1. Se delegan en el Presidente y en el Vicepresidente, que podrán ejercerlas de modo indistinto, las siguientes facultades atribuidas por la Ley del Mercado de Valores, y disposiciones dictadas en su desarrollo, en materia de ofertas públicas de adquisición de valores: a) Las relativas a la admisión a trámite de las ofertas públicas de adquisición de valores. b) La reiteración o ampliación de los anuncios de una oferta pública de adquisición. c) La autorización de las prórrogas del plazo de aceptación de una oferta pública de adquisición. d) La aprobación de modificaciones de las características de las Ofertas Públicas de Adquisición. e) La verificación de suplementos de folletos".

3.3. Actividad consultiva

3.3.1. Definición

49. Los procesos de toma decisiones en las Administraciones públicas son siempre complejos y requieren, en multitud de ocasiones, de la intervención de varios órganos para su tramitación y resolución. Los órganos activos de la Administración (Administración activa), es decir, aquellos que tienen atribuidas competencias resolutorias, requieren con frecuencia del apoyo técnico–jurídico de otros órganos para

adoptar sus decisiones, ya sean estas actos, reglamentos, convenios o contratos (*supra* § 8.50). La **actividad —o función— consultiva** consiste básicamente en proveer de ese apoyo técnico–jurídico a los órganos activos, esto es, en asesorar técnica o jurídicamente a los órganos activos para que estén en disposición de cumplir de la mejor manera posible con sus funciones. Hay que tener en cuenta que la intervención en los procedimientos administrativos de los órganos consultivos es una importante garantía del principio de legalidad y del interés general, así como en una garantía de los derechos y de los intereses legítimos de los interesados en el procedimiento (por todas, STC 204/1992 de 23 de diciembre). En principio, las opiniones de los órganos consultivos —expresadas en forma de dictamen— no son vinculantes, aunque su intervención en distintos procedimientos sí es **preceptiva** en diversos supuestos. Además, la LPAC establece que aquellos actos administrativos que se dicten apartándose del criterio del órgano consultivo cuyo dictamen se haya recabado deberán **motivarse** (art. 35.1.c) la LPAC), mientras que cuando el órgano activo acepte el criterio del órgano consultivo, plasmado en un dictamen o informe este servirá de motivación al acto (art. 88 LPAC). Las leyes también pueden disponer que el dictamen de un órgano consultivo sea **vinculante**.

50. Por lo general, y de acuerdo con el artículo 80 LPAC, los informes o dictámenes de los órganos consultados en la tramitación de un procedimiento, serán facultativos y no vinculantes, excepto que así se haya previsto en alguna otra norma o en algún otro precepto de la misma Ley. Pero, si nos fijamos en la regulación de los distintos procedimientos recogidos en la LPAC, observamos como la norma básica de procedimiento va estableciendo diferentes obligaciones en relación con la **necesaria participación de los órganos consultivos** en la fase de instrucción del procedimiento.

51. Así, por ejemplo, en el procedimiento de **responsabilidad patrimonial**, de acuerdo con el artículo 85 LPAC, deberá solicitarse un informe al órgano consultivo competente (ya sea el Consejo de Estado o el órgano análogo autonómico correspondiente) cuando "(…) las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (…)".

3.3.2. El dictamen

52. Los órganos consultivos suelen ser colegiados y, atendiendo a las normas que los gobiernan, están generalmente compuestos por profesionales de reconocido prestigio y con una experiencia profesional mínima (años de dedicación) fijada para cada órgano. La actividad de los órganos consultivos se basa en los **dictámenes de carácter técnico o jurídico** que emiten.

53. Un **dictamen** es un documento escrito emitido por especialistas o expertos en un tema determinado, que contiene una opinión, un juicio o una conclusión basada en su investigación y análisis. Un dictamen puede ser emitido en distintos campos, como derecho, contabilidad, ingeniería, medicina, entre otros, y se utiliza

para ayudar a tomar decisiones o resolver conflictos. Por ejemplo, un dictamen contable puede ser solicitado para determinar la situación financiera de una empresa, mientras que un dictamen médico puede ser requerido para determinar la causa de una lesión o enfermedad.

54. La **estructura formal de los dictámenes** será la que disponga cada una de las normas reguladoras del órgano consultivo en cuestión llamado a ejercer su actividad en función de cuál sea la Administración actuante en cada procedimiento y materia. Sin embargo, a modo de consuetud, es decir, de costumbre, los dictámenes jurídicos se estructuran formalmente como sigue: en primer lugar, el encabezamiento, donde constan los datos identificativos del procedimiento y de las partes; en segundo lugar, se recopilan los antecedentes fácticos o fundamentos de hecho; en tercer lugar, se incluyen las consideraciones jurídicas o fundamentos de derecho y finalmente se cierra el dictamen con unas conclusiones.

55. La CE establece, en su art. 107, que el máximo órgano consultivo del Gobierno de España es el Consejo de Estado. Así se presenta este órgano en su web: "El Consejo de Estado, fundado en 1526 por Carlos V, es el máximo órgano consultivo del Gobierno de España. Formado por la Comisión Permanente y el Pleno, el Consejo tiene relevancia constitucional y basa su actividad en la reflexión, el diálogo y la excelencia jurídica a la hora de emitir los dictámenes, mociones, informes y propuestas de reforma que le consulta el Gobierno u otros organismos previstos en la Ley Orgánica que lo regula. El Consejo sitúa en el centro de sus preocupaciones la lealtad constitucional y la defensa del Estado social y democrático de Derecho, como expresión de los derechos de la ciudadanía" (última consulta, 20.02.2023). De acuerdo con la Ley Orgánica Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, su labor es dictaminar sobre las consultas que le eleva el Gobierno, garantizando el respeto de la Constitución y del conjunto de ordenamiento jurídico, así como el buen funcionamiento de la Administración pública. El Consejo opina mediante sus dictámenes, emitidos previa solicitud. La intervención del Consejo puede ser preceptiva (obligatoria) o facultativa. Los dictámenes deben evacuarse, por regla general, en el plazo máximo de dos meses desde el registro de la solicitud en el Consejo de Estado, excepto que sea una petición de urgencia por parte del órgano consultante. En este caso el plazo será de quince días o inferior, de acuerdo con lo que haya establecido el Gobierno. Además, el Consejo elabora otros documentos —mociones— que traslada al Gobierno con propuestas que considera oportunas en asuntos de relevancia; así, publica y eleva estudios, informes, propuestas de reforma constitucional y además elabora una memoria anual.

3.4. Actividad de control interno

3.4.1. Control interno

56. Toda organización —también las Administraciones públicas— establece un conjunto de reglas de funcionamiento o de operatividad. El respeto a estas reglas garantiza un funcionamiento óptimo de la organización y su alineación con la consecución de unos objetivos previamente establecidos. La verificación del cumplimiento y acatamiento de esas directrices de funcionamiento o de operatividad corresponde a lo que ha venido a denominarse **control interno**. En este sentido, el control interno se refiere a un proceso de **revisión y evaluación sistemática** de las actividades y operaciones de una Administración pública, con el fin de garantizar que se estén cumpliendo los objetivos y metas establecidos, se estén aplicando las políticas y procedimientos adecuados, y se estén gestionando adecuadamente los recursos públicos. El control interno contribuye a mejorar la gestión de los servicios públicos y a aumentar

la transparencia en el funcionamiento de las Administraciones públicas, garantizando, a su vez, el uso adecuado de los recursos públicos.

57. Ciertamente, la actividad de control interno sirve, en primer lugar, para **evaluar la eficacia y eficiencia** de los procesos de gestión, control y gobierno de la Administración pública; en segundo lugar, permite **verificar** el cumplimiento de las normas y regulaciones aplicables a dicha Administración; en tercer lugar, facilita la **detección y prevención** de posibles fraudes, irregularidades o malas prácticas en la gestión de los recursos públicos; y, finalmente, puede proporcionar recomendaciones para mejorar los procesos y procedimientos internos de la propia Administración.

58. En el Estado autonómico, **cada Administración** —en función de su autonomía organizativa— establece en su respectiva normativa a qué órganos administrativos corresponde desarrollar las funciones de control interno y sus respectivos ámbitos de actuación. También les atribuye determinados medios materiales y humanos para desarrollarlas.

59. Como se explica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 799/2005, de 1 de julio, por el que se regulan las inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales, en el ámbito de la **Administración General del Estado** se ha establecido que "Las **inspecciones generales de servicios** de los departamentos ministeriales son los órganos de la Administración General del Estado especializados en el control interno y en la evaluación de los servicios de cada uno de los ministerios y de sus organismos públicos dependientes".

60. Es importante destacar que la actividad de control interno (ya sea esta desarrollada mediante auditorías o inspecciones) es una **función independiente y objetiva**, y se realiza dentro de la propia entidad pública. Esto significa que los inspectores no están involucrados en la gestión de las áreas que auditan, lo que les permite evaluar de manera imparcial y objetiva los procesos y procedimientos internos de la entidad.

3.4.2. Inspección de servicios y los distintitos tipos de auditorías

61 y 62. La **potestad administrativa de inspección** puede definirse como el "conjunto interrelacionado de actuaciones de comprobación e investigación con base en las que la Administración pública pretende dar efectividad a las normas que regulan [determinadas actividades] a cuyo efecto la Administración utiliza unas estructuras organizativas, unos medios instrumentales y unos procedimientos que concluyen en una resolución administrativa" (SÁNCHEZ, 1982:137-138), generalmente denominada acta u informe de inspección. Dicha resolución administrativa puede consistir en la constatación de que la actividad se desarrolla correctamente y de acuerdo con la regulación aplicable o, tras constatar el incumplimiento de esta, puede conllevar el inicio de ulteriores actuaciones administrativas de carácter sancionador.

63. Como se ha dicho, en el ámbito de la Administración General del Estado corresponde a las **inspecciones generales de servicios** "la tarea permanente de inspección de los servicios, el seguimiento de objetivos y el análisis de riesgos y debilidades de todas las unidades, órganos y organismos vinculados o dependientes de los departamentos ministeriales, atendiendo a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y calidad". Estas inspecciones generales de servicio actúan bajo "(…) la superior dirección del ministro correspondiente y la coordinación y dependencia directa del subsecretario (…)" (art. 1 del Real Decreto 799/2005, de 1 de julio, por el que se regulan las inspecciones generales de servicios

de los departamentos ministeriales). Las CCAA en sus respectivas normativas atribuyen estas tareas a distintos órganos.

64. Las **funciones** de la inspección de servicios vienen establecidas en el artículo 2 del Real Decreto 799/2005, de 1 de julio, por el que se regulan las inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales. Entre ellas cabe destacar, la inspección y supervisión de la actuación y el funcionamiento de las unidades, órganos y organismos vinculados o dependientes del departamento, para garantizar el cumplimiento de la normativa vigente, y el análisis de la estructura organizativa, proponer mejoras al respecto y evaluar el desempeño de los funcionarios públicos, y proponer, en su caso, medidas de reasignación de efectivos. Asimismo, debe enfatizarse que dicha inspección realiza auditorías en las unidades y servicio para verificar el desarrollo y cumplimiento de planes y programas de actuación, así como el ajuste de los resultados a los objetivos propuestos. Además, son las encargadas de examinar actuaciones presuntamente irregulares de los empleados públicos en el desempeño de sus funciones y proponer, en su caso, a los órganos competentes la adopción de las medidas oportunas. En una faceta preventiva, deben informar las solicitudes de compatibilidad de los empleados públicos de acuerdo con lo que establezcan las normas internas de su departamento y promover actuaciones que favorezcan la integridad profesional y comportamientos éticos de los empleados públicos y de las organizaciones.

65. Más allá de la inspección, una de las principales actuaciones de control interno que desarrollan las inspecciones de servicios son las denominadas **auditorías**. Las auditorías casi siempre son de **alcance parcial** y pretenden analizar determinados aspectos (organización, finanzas, procedimientos, sistemas de información) para que posteriormente puedan adoptarse decisiones al respecto.

66. Dependiendo del ámbito que sea objeto de control, se realizan, o pueden llevarse a cabo, distintas **clases de auditoría**. Las auditorías **de cumplimiento** se centran en el análisis del cumplimiento de la legalidad. Las auditorías **financieras** tienen por objetivo captar fielmente el estado de la situación económico–financiera de un servicio o unidad. Las auditorías **de procedimientos** operan una revisión metódica de determinados procedimientos de gestión. Finalmente, las auditorías **operativas o de gestión** están más orientadas a la garantía de la eficiencia y mediante ellas se lleva a cabo un análisis profundo de la gestión de un órgano o centro. Además de los tipos de auditorías hasta ahora mencionados, debe destacarse la auditoría **de funcionamiento** que, sin substituir al resto de auditorías, pretende analizar global y sistemáticamente el funcionamiento de los servicios, teniendo siempre presente que el ciudadano debe estar el centro del servicio. Estas auditorías pretenden integrar el análisis de los vectores relacionados con la eficacia, eficiencia, calidad, liderazgo, participación o responsabilidad (Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, 2009:8).

3.4.3. Control económico–financiero

67. El **control económico–financiero** de las Administraciones públicas se refiere al conjunto de medidas y herramientas que se utilizan para supervisar y garantizar que el uso de los recursos públicos se ajuste a los principios de eficacia, eficiencia, economía y legalidad (PÉREZ, 2005: 21-22). El control económico–financiero puede diferenciarse en dos tipos: el control previo y el control posterior.

68. El **control previo (*ex ante*)** se realiza antes de que se lleven a cabo las operaciones económicas y financieras, y tiene como objetivo verificar la legalidad, la regularidad y la adecuación presupuestaria de los actos y documentos que las autorizan. En el ámbito de la Administración General del Estado, este tipo de control se lleva a cabo principalmente por la Intervención General de la Administración del Estado (IAGE) (*infra* § 29.57). Cada Comunidad Autónoma establece en sus normas de organización y funcionamiento a quién corresponde el desarrollo de este tipo de actividad de control interno.

69. "La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) es el órgano de control interno del sector público estatal y el centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Como órgano de control, la IGAE es la encargada de verificar, mediante el control previo de legalidad, el control financiero permanente, la auditoría pública y el control financiero de subvenciones, que la actividad económico–financiera del sector público estatal se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia. Como centro gestor y directivo de la contabilidad pública le compete proporcionar información contable fiable, completa, profesional e independiente sobre la gestión pública. Y en este sentido tiene la responsabilidad de elaborar las cuentas económicas del sector público según la metodología del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales, cuyo más concreto y específico resultado es la determinación de la cifra, fundamental en la vida económica de la nación, de déficit público, tanto del total de las Administraciones públicas como de cada uno de sus subsectores" Véase su presentación en: Intervención General de la Administración del Estado (última consulta, 20.02.2023). Su actividad está regulada por el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.

70. Por otro lado, el **control posterior** se realiza después de que se hayan llevado a cabo las operaciones económicas y financieras, y tiene como objetivo verificar la corrección y regularidad de estas, así como el correcto cumplimiento de los objetivos y programas establecidos. Este tipo de control se realiza mediante de auditorías y revisiones por parte de la IAGE, y los órganos de control interno económico–financiero de las distintas comunidades autónomas.

71. En el ámbito de control económico–financiero, además, existen otros órganos, en este caso externos o independientes de la organización administrativa, que desarrollan el denominado **control externo** y que complementan la labor de la IAGE, como el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las distintas comunidades autónomas, que tienen competencias en materia de fiscalización y control de la gestión económico–financiera no sólo de las Administraciones estatal y autonómicas, sino también de las entidades locales y las empresas públicas dependientes. El Tribunal de Cuentas es el órgano fiscalizador superior de la gestión económica y financiera de la administración pública en España. El Tribunal de Cuentas tiene competencias para realizar la fiscalización de la gestión económica y financiera de las entidades locales y empresas públicas, así como el control financiero de las cuentas de la administración pública, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (*infra* § 29.63).

3.4.4. De la importancia de los planes y programas de actuación

72. Como hemos dicho anteriormente, la **planificación estratégica** para las Administraciones públicas es un instrumento que permite establecer prioridades, objetivos y estrategias que definan los medios necesarios, teniendo en cuenta los recursos disponibles, para lograr los resultados esperados (LÓPEZ, 1960: 73-82) (*infra* § 18.25).

73. Los planes y programas de actuación de las Administraciones públicas **son importantes por varias razones**. En primer lugar, porque permiten **orientar** la gestión pública, de tal modo que establecen objetivos, metas y acciones concretas que deben llevarse a cabo en un periodo determinado. Estos objetivos y acciones guían la gestión pública, permitiendo que los recursos disponibles se utilicen de manera eficiente y eficaz. En segundo lugar, pueden **mejorar la coordinación** entre distintos organismos y unidades administrativas, lo que fomenta el trabajo en equipo y la colaboración interinstitucional, contribuyendo asimismo a evitar duplicidades y a optimizar los recursos. En tercer lugar, los planes y programas de actuación permiten **incrementar la transparencia** y la participación ciudadana en la gestión pública puesto que son documentos públicos que deben ser accesibles a la ciudadanía y su elaboración suele implicar la consulta y la participación de diferentes actores sociales. Finalmente, estos planes y programas son imprescindibles en el momento de llevar a cabo cualquier actividad de control interno puesto que establecen **indicadores de desempeño y de impacto**, lo que permite medir los resultados y evaluar la eficacia de las políticas públicas. Esta información es fundamental para la toma de decisiones y para la rendición de cuentas. En definitiva, los planes y programas de actuación son herramientas fundamentales para la gestión pública eficiente y eficaz, que permiten orientar la acción pública, mejorar la coordinación, evaluar los resultados y fomentar la transparencia y la participación ciudadana.

4. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

74. Para analizar el funcionamiento interno de los órganos administrativos se puede distinguir, de forma estructural, entre los órganos unipersonales y los órganos colegiados (*supra* § 8.52). Por razones evidentes, el régimen y la operativa de los órganos colegiados es más compleja que la de los unipersonales, y su incumplimiento puede arrostrar vicios que priven de validez a las decisiones que se adoptan. Así, el artículo 47.1.e) LPAC llega a calificar como nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (*infra* § 17.71). Por reglas esenciales debe entenderse lo relativo a la convocatoria del órgano, al quórum de constitución, a las mayorías de decisión, y a algunos aspectos de funcionamiento de las sesiones. A este respecto, la LRJSP contiene una serie de preceptos básicos (arts. 15 a 18), que son aplicables a todo órgano colegiado administrativo, a excepción de la cabeza u órgano de gobierno de los tres niveles de Administración territorial (DA 21.ª). Es importante destacar que, de acuerdo con el artículo 15.3 de la LRJSP, "El acuerdo de creación y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados que dicten resoluciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros deberán ser publicados en el Boletín o Diario Oficial de la Administración Pública en que se integran". Igualmente, la Administración que crea el nuevo órgano podrá publicar estas resoluciones en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento. La ley también contiene prescripciones adicionales solo para el ámbito estatal (arts. 19 a 22), que en algún punto también se deberían considerar esenciales. Pero obsta para ello el criterio de la STC 50/1999, FFJJ 7 y 8, que tachó

de inconstitucional el grueso de los artículos 23 a 25 y 27 de la Ley 30/1992 sobre las funciones de los miembros de los órganos colegiados y el régimen de las actas por ser demasiado detallados y exhaustivos, sin mucha más argumentación.

75. Las **reglas aplicables a los órganos colegiados** se pueden agrupar en torno a la figura de cada uno de los sujetos que los integran (presidente, secretario y resto de miembros) y a la celebración de sus sesiones, tal como hace SÁNCHEZ MORÓN (2021: 243-245). Así, el **presidente** representa al órgano, acuerda su convocatoria, fija el orden día, preside y dirige las sesiones, y tiene voto de calidad. El **secretario** puede ser un miembro del órgano o un tercero asignado por la Administración, sin derecho de voto. Vela por la legalidad de la actuación del órgano, auxilia al presidente con la convocatoria, levanta acta de las sesiones (podrán grabarse y conservarse), que deberá aprobarse en la misma o en la siguiente reunión, y certifica los acuerdos adoptados, también a quien teniendo un interés legítimo así lo solicite. Los **miembros del órgano** tienen derecho a ser convocados y a participar en los términos que establecen las **reglas de funcionamiento**. En cuanto a estas últimas, la convocatoria, debe ser recibida con la antelación necesaria (en la Administración del Estado son dos días, como también lo es en la Administración Local), y contener el orden del día, la documentación pertinente y las prescripciones operativas necesarias. Las **sesiones podrán ser presenciales o a distancia**, salvo excepción establecida en su reglamento interno, de acuerdo con el artículo 17.1 de la LRJSP. No se especifica nada sobre el posible carácter mixto de las mismas. A la vista de la redacción de la LRJSP, una parte de la doctrina considera que no parece posible la celebración de reuniones asíncronas de los órganos colegiados en los que no existe coincidencia ni espacial ni temporal de sus miembros (ALGUACIL *et al.*, 2016: 174-176). Sin embargo, no han sido pocos los órganos colegiados que han visto adaptadas sus normas de funcionamientos o que han recibido instrucciones de funcionamiento para permitir esta modalidad de reuniones (véase por ejemplo la Resolución de 7 de julio de 2016, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, por la que se dictan instrucciones para la utilización de medios electrónicos en las sesiones de los tribunales calificadores de las pruebas selectivas convocadas conjuntamente para el desarrollo de las Ofertas de Empleo Público del Servicio Andaluz de Salud correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 y en las correspondientes a la Oferta de Empleo Público para el año 2016). Por su parte, el art. 17.2 de la LRJSP establece que para que sea "(…) válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros". Este precepto se ha interpretado en la Jurisprudencia del TS de tal manera que **se exige, para la válida constitución del órgano, la presencia de la mitad de sus miembros** (computándose en esa mitad, a presidente y secretario o a quienes los suplan) (STS de 18 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4564). En el ámbito municipal, y en relación con el Pleno del Ayuntamiento (art. 46.2 c. de la LRBRL), sin embargo, la constitución válida queda establecida por un tercio del mínimo legal de sus miembros que deberá mantenerse durante toda la sesión, Esta normativa no queda desplazada por la LRJSP. De acuerdo con el artículo 17.2 de la LRJSP se permite que el órgano colegiado decida sus propias reglas de convocatoria, si estas no han sido aprobadas previamente por sus normas de funcionamiento. En dichas reglas puede preverse una segunda convocatoria con un quórum específico para la constitución válida del órgano en esta convocatoria. No se podrán abordar asuntos diferentes de los del orden del día, salvo en caso de asistencia de todos los miembros y voto favorable de la mayoría. Quienes salven el voto (por abstención o voto en contra) quedan exentos de responsabilidad y, cuando una ley lo permita [art. 20.a) LJCA], podrán impugnar el acuerdo. Además, como ya se ha apuntado, hay que tener en cuenta que mediante el Real Decreto–ley 11/2020, de 31 de marzo, se ha incorporado un nuevo apartado 3 al artículo 46 LBRL para permitir que los órganos colegiados de las entidades locales **puedan actuar a distancia en supuestos excepcionales estrictamente tasados**. Una **cuestión polémica** que ha quedado dirimida por la jurisprudencia del TS es la relativa al alcance del **contenido de las actas de los órganos colegiados**. En este sentido, la jurisprudencia entiende que "en las actas de las reuniones de un órgano colegiado no se recogen, como contenido mínimo necesario, las discusiones y deliberaciones integras ni las opiniones manifestadas por cada uno de los miembros, sino tan solo "los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados"" (FJ 4 de la STS de 19 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:704).

5. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y LA AUTOMATIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

76. Como se explica más adelante (*infra* § 21.2), el uso de la tecnología es una de las herramientas que permite a la Administración pública el desarrollo de las tareas y la consecución de los objetivos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Igualmente, el uso de sistema tecnológicos permite y facilita el desarrollo de las actividades que venimos explicando. La reforma administrativa operada en 2015 con la aprobación de la LPAC y de la LRJSP intentó, con escaso éxito, innovar en este ámbito (VELASCO RICO, 2017).

77. En el ámbito interno de la Administración, el uso de herramientas tecnológicas ha permitido **mejoras significativas** en la gestión de información y documentación lo que ha simplificado y agilizado los procesos de gestión documental, permitiendo a los empleados públicos acceder y compartir información de forma más rápida y eficiente. Igualmente, el uso de sistemas tecnológicos ha facilitado que los empleados públicos se comuniquen más fácilmente a través de herramientas como el correo electrónico y las videoconferencias, lo que ha mejorado la **coordinación y la eficiencia en el trabajo en equipo**. Además, la tecnología ha traído consigo la automatización de procesos administrativos, como la gestión de nóminas, la facturación y la gestión de expedientes, lo que ha mejorado la **eficiencia y la precisión en la gestión de los recursos públicos**. A su vez, se han implementado sistemas tecnológicos de seguridad y protección de datos, lo que ha garantizado la **confidencialidad y la integridad** de la información gestionada por la Administración pública. Y, finalmente, con un impacto en el exterior de la organización administrativa, las herramientas tecnológicas han permitido que las Administraciones ofrezcan servicios en línea, como los registros electrónicos, donde procede la presentación de solicitudes, y las sedes electrónicas, donde se facilita la consulta de información, lo que ha redundado en una mejora de la **accesibilidad y la eficiencia en la atención a la ciudadanía**. En resumen, en las últimas décadas, la tecnología ha sido una herramienta fundamental para mejorar la eficiencia, la eficacia y la transparencia de la administración pública en España, facilitando la gestión de información y documentación, la comunicación y colaboración, la automatización de procesos, la oferta de servicios en línea y la seguridad y protección de datos.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

Mario ALGUACIL SANZ, Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, Sandra GONZÁLEZ AGUILERA, M. Ascensión MORO CORDERO, "La participación y la colaboración ciudadana a través de Internet. Los órganos colegiados electrónicos", en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, (Director), *A las puertas de la Administración Digital*, INAP, Madrid, 2016, pp. 174-176.

Manuel ARENILLA SÁEZ, (Director), *Administración 2032: Teclas para transformar la Administración Pública Española*, INAP, Madrid, 2014.
Peter F. DRUCKER, *La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas*, Buenos Aires, Ateneo, 5ª ed., 1983.
José ESTEVE PARDO, "La apelación a la ciencia en la crisis del COVID-19", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 35-50.
Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativ*o, Tecnos, Madrid, 2016.
Luis ORTEGA ÁLVAREZ, "La nueva Ley española de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado", *Documentación Administrativa*, núm. 246-247 (1996), pp. 259-274.
José Alberto PÉREZ PÉREZ, "La evaluación de las políticas públicas de gasto en el ámbito de la Intervención General de la Administración del Estado", *Revista española de control externo*, vol. 7, núm. 20 (2005), p. 21-34.
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2007.
Ángel SÁNCHEZ BLANCO, "La actividad administrativa de inspección sobre las Cajas de Ahorro", *Documentación administrativa*, núm. 194, (1982), pp. 137-166.
Miguel SÁNCHEZ MORON, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2021.
Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR "Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación", *Documentación Administrativa*, nueva época, núm. 2 (2015), pp. 1-15.
Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
Eberhard SCHMIDT–ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons e INAP, 2003 [1998].
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. *Guía metodológica de auditoría funcional para Inspectores de Servicios de la AGE*, Madrid, 2009.
Carlos URANGA COGOLLOS, "El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una Administración por sistemas", *Documentación Administrativa*, núm. 218-219 (1989), pp. 97-110.
Clara Isabel VELASCO RICO "Novedades en materia de Administración electrónica", en Clara Isabel VELASCO RICO (Directora), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 125-156.

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

AEVAL *Guía metodológica para el desarrollo de procesos de planificación de políticas públicas en el ámbito sectorial*, Madrid, 2016.
Manuel ARENILLA SÁEZ, "Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España". *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 5, núm. 2 (2017), pp. 302-317.
Matilde CARLÓN RUIZ, "Funcionamiento electrónico de los órganos colegiados". En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 55 (2020), pp. 119-150.
Agustín CERRILLO I MARTÍNEZ, (Director). *A las puertas de la Administración Digital*, INAP, Madrid, 2016,
Peter F. DRUCKER, *El ejecutivo eficaz*, Edhasa, Barcelona 1989.
Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Director) y Susana E. CASTILLO RAMOS–BOSSINI (coord.), *La administración digital*, Madrid, Dykinson, 2022.
Clara Isabel VELASCO RICO (Directora), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 375-402
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L15
© Oriol Mir Puigpelat
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 15
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Oriol Mir Puigpelat
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. CONCEPTO Y FUNCIONES: 1.1. El procedimiento como proceso preceptivo y estructurado de preparación de decisiones administrativas; 1.2. Funciones principales.—2. NORMATIVA REGULADORA: 2.1. La larga tradición codificadora española; 2.2. Bases constitucionales y europeas; 2.3. La vigente Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y el impacto de la digitalización.—3. SUJETOS: 3.1. La Administración y su deber de diligencia; 3.2. Los interesados y sus derechos procedimentales.—4. ESTRUCTURA: 4.1. Iniciación: *4.1.1. Formas de iniciación: de oficio y a solicitud de interesado; 4.1.2. Efectos de la iniciación: plazo máximo de resolución y medidas provisionales;* 4.2. Instrucción: *4.2.1. Audiencia e información pública; 4.2.2. Pruebas; 4.2.3. Informes;* 4.3. Finalización: *4.3.1. Formas de finalización; 4.3.2. La peculiaridad del silencio administrativo.*—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. CONCEPTO Y FUNCIONES

1.1. El procedimiento como proceso preceptivo y estructurado de preparación de decisiones administrativas

1. Uno de los rasgos característicos más llamativos del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y que lo diferencia del aplicable a los sujetos privados, es la exigencia de que muchas de las decisiones que adoptan hayan de venir necesaria-

mente precedidas de un **proceso de preparación**, un proceso estructurado en distintas fases e integrado por un conjunto de actuaciones legalmente requeridas al que se conoce como procedimiento administrativo. La sumisión a procedimiento no es, sin embargo, exclusiva de las Administraciones públicas y del Derecho administrativo, sino que constituye una exigencia tradicional del Derecho público a los distintos poderes del Estado: también las leyes emanadas del parlamento y las sentencias dictadas por el poder judicial deben observar un determinado procedimiento de gestación —el procedimiento legislativo regulado por la Constitución y los reglamentos de las cámaras, y el proceso judicial establecido por la legislación procesal de los distintos órdenes jurisdiccionales—.

2. La tramitación de un determinado procedimiento se exige cuando la Administración pretende adoptar **decisiones dotadas de efectos jurídicos**, mediante las que se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones de otros sujetos. Los principales tipos de decisiones o actos jurídicos de la Administración son las **disposiciones administrativas generales** (*supra* § 16), los **actos administrativos** (*supra* § 17), los **planes** (*supra* § 18), los **contratos** (*supra* § 19) y los **convenios** (*supra §* 13.46 e *infra* § 19.63), a los que se dedicarán las siguientes lecciones de la presente obra. Al tener que ajustarse a un procedimiento preestablecido y a una determinada forma, a esta actuación jurídica de la Administración también se la califica de **actuación formalizada**.

3. Ejemplo 1: antes de aprobar un reglamento (**disposición general**) como el Real Decreto 970/2020, por el que se reguló por primera vez a nivel nacional el uso de patinetes eléctricos en las vías públicas, el Gobierno central tuvo que consultar a la ciudadanía, a representantes de las distintas Administraciones autonómicas, locales y de los diferentes sectores afectados (fabricantes, usuarios, víctimas de accidentes de tráfico, etc.) y —para asegurar el debido respeto de la legalidad— al Consejo de Estado. **Ejemplo 2:** antes de imponer una multa (**acto administrativo**) a un usuario de un patinete eléctrico que infrinja el citado real decreto y la normativa municipal que lo desarrolla, un ayuntamiento debe dar audiencia al supuesto infractor para que alegue lo que considere oportuno en su defensa. **Ejemplo 3:** antes de modificar un plan urbanístico (**plan**) para recalificar unos terrenos rústicos y permitir que se puedan construir en ellos naves industriales, el ayuntamiento respectivo debe consultar a los vecinos y someter su decisión a la aprobación final por parte del Gobierno autonómico. **Ejemplo 4:** antes de adjudicar el contrato para la construcción de una nueva línea de tren de alta velocidad (**contrato**), la Administración General del Estado debe publicar un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, dar un plazo para que cualquier empresa europea del sector pueda manifestar su interés en obtenerlo y examinar minuciosamente las ofertas que estas puedan presentar.

4. Esta actividad jurídica o formalizada se contrapone a la actividad de la Administración que no queda sujeta a las exigencias legales del procedimiento administrativo (*infra* § 20) y que incluye, entre otras, un amplio abanico de manifestaciones de la denominada **actividad material** de la Administración, que es a la que se dedican la mayor parte de empleados públicos y que no consiste en la preparación y adopción de enunciados lingüísticos (textos escritos) dotados de efectos jurídicos, sino en la prestación material de servicios (p. ej., la asistencia sanitaria dispensada en un hospital público, las clases impartidas en un instituto público, la recogida de basuras y el suministro de agua potable domiciliaria por parte de una empresa municipal o la extinción de incendios por el cuerpo de bomberos autonómico), la producción de bienes (p. ej., la fabricación de billetes por parte de la Fábrica Nacional de Moneda

y Timbre o la construcción de infraestructuras por parte de empresas públicas) y la puesta en práctica de aquellos actos jurídicos (p. ej., el pago de una subvención previamente concedida o las obras de demolición de una construcción declarada ilegal).

5. La sumisión a procedimiento supone una **limitación** con la que el legislador pretende asegurar el uso debido de las potestades o poderes que atribuye a la Administración, y que esta ejerce a través de los referidos actos jurídicos. El procedimiento trata, así, de **compensar** la atribución de poderes a la Administración.

6. En la **doctrina norteamericana** es un lugar común afirmar que la emblemática ley federal de procedimiento administrativo de 1946 (*Administrative Procedure Act*) se aprobó como reacción ante la creación, durante el *New Deal*, de agencias administrativas dotadas de poderes muy importantes, en especial de poderes reguladores. El mismo Congreso que creó la amplia variedad de agencias que convirtieron a los Estados Unidos en un "Estado administrativo" (*Administrative State*) las sometió a reglas generales de procedimiento para asegurar un ejercicio adecuado de las amplias potestades que les confirió.

1.2. Funciones principales

7. El procedimiento administrativo cumple o debería cumplir una serie de funciones importantes que conectan con las **cláusulas constitucionales** del Estado social, democrático, de Derecho, autonómico y abierto a la integración supranacional (*supra* § 4).

8. Su función principal ha sido históricamente y sigue siendo hoy en día la de **garantía de los derechos** de las personas afectadas por la actuación de la Administración. El procedimiento les brinda la oportunidad de defender sus intereses antes de que se adopte una determinada decisión administrativa. Una segunda función también relacionada con el Estado de Derecho es la de garantía del **cumplimiento del Derecho objetivo** por parte de la Administración. El procedimiento, en efecto, puede servir para evitar acuerdos ilegales entre la Administración y los interesados.

9. Otra función central, muy enfatizada en los últimos años, y que se vincula con el principio de eficacia administrativa asociado a la cláusula del Estado social, es la de **promover la calidad** de las decisiones administrativas. Al someterla a procedimiento, el legislador fuerza a la Administración a recabar informaciones y conocimientos que resultan imprescindibles para tomar decisiones de calidad, que resuelvan de la mejor manera posible (no ya solo de forma ajustada a Derecho) el asunto en cada caso considerado. Ello es especialmente relevante cuando se trata de adoptar decisiones discrecionales, no predeterminadas por el legislador, en las que la Administración puede optar por un amplio abanico de soluciones (*supra* § 5.42).

10. Al posibilitar y articular la participación de los interesados, y de la ciudadanía en general, en la toma de decisiones administrativas, el procedimiento cumple también otra función relevante: la de **facilitar la aceptación** de tales decisiones por parte de sus destinatarios, así como su cumplimiento voluntario. Ello contribuye nuevamente a la eficacia de la Administración y refuerza la **legitimidad** de sus decisiones (*supra* § 1.29).

11. El procedimiento también favorece la realización del **principio democrático** (*supra* § 4.47) cuando, por un lado, permite la **participación** ciudadana en la elaboración de disposiciones generales y de actos administrativos susceptibles de producir efectos importantes sobre un determinado territorio. Y, por otro, cuando posibilita la **transparencia** administrativa —esencial para el control democrático de la Administración— al exigir que se documenten sus actuaciones mediante la necesaria formación del expediente (*infra* § 15.66).

12. Por último, el procedimiento sirve de instrumento al servicio de las cláusulas constitucionales del **Estado autonómico** (arts. 2 y 137 CE) (*supra* § 4.60) y abierto a la **integración supranacional** (arts. 10.2 y 93 CE) (*supra* § 4.73), en la medida en que permite la participación de otras Administraciones —locales, autonómicas, estatales y supranacionales— con competencias concurrentes en la toma de decisiones administrativas.

13. Esta pluralidad de funciones explica la importancia creciente que ha adquirido el procedimiento administrativo en muchos países y en el propio Derecho de la Unión. Pero no debe hacer olvidar los riesgos (disfunciones) que también comporta una **procedimentalización excesiva**, que retrase y complique innecesariamente la toma de decisiones administrativas.

14. Clave para evitar tales riesgos resulta el **principio de proporcionalidad procedimental** (MIR, 2025), en cuya virtud solo cabe imponer exigencias procedimentales que sean adecuadas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto (en particular, desde el punto de vista de los costes y beneficios sociales que reportan) para alcanzar los fines en cada caso perseguidos. Dicho principio opera tanto durante la tramitación del procedimiento, como en la fase previa de establecimiento y diseño normativo del mismo por parte del legislador.

2. NORMATIVA REGULADORA

2.1. La larga tradición codificadora española

15. Al imponer los trámites que deben observar las Administraciones públicas antes de que adopten sus decisiones jurídicamente más relevantes, las normas de procedimiento constituyen un aspecto central del Derecho administrativo. En muchos países europeos y americanos existen, incluso, **códigos** (regulaciones generales) de procedimiento administrativo que establecen sus principios básicos y que se erigen en el núcleo del respectivo Derecho administrativo. Son las leyes que primero examinan los juristas extranjeros que quieren adentrarse en el estudio del Derecho administrativo del país de que se trate, junto con las normas reguladoras del control judicial de la Administración.

16. Destacan, en este sentido, además de la citada *APA* norteamericana de 1946, la ley federal **alemana** de procedimiento administrativo de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz–VwVfG*), la ley **italiana** nº 241 de 1990, la ley federal **austríaca** general de procedimiento administrativo de 1991 (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG*, texto refundido de la emblemática y tan influyente ley homónima de 1925), la ley de Derecho administrativo general **holandesa** de 1992 (*Algemene wet bestuursrecht – Awb* o GALA en sus siglas inglesas), el código **portugués** de procedimiento administrativo de 2015

(Código do Procedimento Administrativo – CPA, aprobado por vez primera en 1991), así como el código **francés** de relaciones entre el público y la Administración de 2015 (Code des relations entre le public et l'administration).

17. España ha sido pionera en esta tradición codificadora. Pocos meses después de que se aprobara el Código Civil, el 19 de octubre de 1889 se dotaba de la primera codificación europea en la materia, la Ley de bases del procedimiento administrativo, más conocida como "**ley Azcárate**", por el diputado que la impulsó. Esta breve ley consagró de forma temprana garantías importantes como el derecho de audiencia de los interesados y su derecho de acceso al expediente, aunque sería desvirtuada en gran medida por los reglamentos ministeriales a los que remitía, y que fueron adoptándose y modificándose en las décadas sucesivas.

18. Mucho más influyente resultaría la posterior **Ley de Procedimiento Administrativo** de 17 de julio de **1958** (LPA). Esta ley, al igual que otras normas aprobadas en esa misma década (como la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa [LEF], la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso–administrativa, o el Decreto de 26 julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado), presentó una destacada calidad técnica y, pese a ser elaborada en el marco de una dictadura, llevó a cabo una regulación del procedimiento administrativo equiparable —e incluso adelantada en algunos puntos— al de las democracias de su entorno. Prueba de ello son la notable influencia que ejerció en otros países, en especial latinoamericanos, el hecho de que mantuviera su vigencia tras la entrada en vigor de la Constitución española (CE) de 1978 (hasta su derogación en 1992) y que muchos de sus preceptos sigan recogidos, literalmente, en la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

2.2. Bases constitucionales y europeas

19. La **CE** refleja y consolida esta tradición procedimental al dedicar un precepto específico a dicha institución, el artículo **105**, que presupone que tanto los actos administrativos (art. 105.c) CE) como, incluso, los reglamentos (art. 105.a) CE), han de venir necesariamente precedidos de procedimiento, y somete la regulación de sus aspectos esenciales a **reserva de ley**. Este precepto también consagra a nivel constitucional la garantía del trámite fundamental de **audiencia** en ambos tipos de procedimientos, aunque permita canalizarla a través de organizaciones representativas de los intereses afectados, en el caso de los reglamentos, y prescindir de ella en el caso de los actos administrativos en que no resulte necesaria ("cuando proceda"). A su vez, el artículo 105.b) CE, al reconocer el derecho de los ciudadanos de acceso a la información en poder de la Administración, establece un principio de **transparencia** que va más allá del procedimiento administrativo (*supra* § 4.58), pero que exige también la transparencia del mismo y refuerza el derecho de los interesados de acceso al expediente.

20. Importante resulta también el artículo **149.1.18 CE**, que reserva al Estado la competencia para regular el **procedimiento administrativo común**. Según el Tribunal Constitucional (SSTC 227/1988, FJ 32; 55/2018, FJ 4), este título competencial incluye el establecimiento de la **estructura general** del procedimiento administrativo, las **garantías generales** de los particulares en el procedimiento y las normas no estrictamente procedimentales (*infra* §§ 17 y 33) que "prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los **actos administrativos**". Incluye asimismo la formulación de reglas y principios dotados de un grado intermedio de abstracción sobre dichas cuestiones para alguna modalidad específica de actividad administrativa, como el otorgamiento de subvenciones (es el denominado procedimiento administrativo común singular). Este amplio título competencial estatal no impide, sin embargo, que las comunidades autónomas puedan adaptar los distintos procedimientos a las especialidades derivadas de su propia **organización** administrativa y regular —con observancia de la legislación procedimental común estatal— los concretos **procedimientos** —**especiales**— que deberán tramitarse en aquellos ámbitos sectoriales en los que ostenten competencias exclusivas o compartidas (p. ej. en materia de agricultura, urbanismo, educación, sanidad o servicios sociales).

21. La regulación española del procedimiento administrativo se ve también crecientemente influida por el **Derecho de la Unión**. A las numerosas exigencias procedimentales contenidas en las directivas y reglamentos de la Unión (p. ej. en materia medioambiental, de autorización de productos y servicios, o de contratación pública) se suman los principios generales del procedimiento administrativo elaborados por el Tribunal de Justicia, y que deben ser observados por las Administraciones nacionales cuando ejecutan el Derecho europeo. Tales principios han sido recogidos en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que reconoce el **derecho fundamental a una buena administración**. Se trata de los principios de audiencia, acceso al expediente, motivación de las decisiones administrativas y diligencia en la tramitación del procedimiento.

22. La regulación europea del procedimiento es también determinante en todos aquellos casos, excepcionales pero importantes, en que el Derecho de la UE atribuye la **ejecución** de sus previsiones a la propia **Administración europea**, integrada principalmente por la Comisión y las distintas agencias de la Unión (*supra* § 12.17-51). Es lo que sucede, p. ej., con el control de las ayudas de Estado o la imposición de sanciones por infracciones de la normativa de defensa de la competencia de escala europea, que corresponden a la Comisión, o con la autorización de nuevas aeronaves y el registro de productos químicos y marcas, que competen, respectivamente, a la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA), la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA) y la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE (EUIPO, con sede en Alicante). En los últimos años se viene debatiendo la conveniencia de aprobar un **código general** de procedimiento para la Administración de la Unión, una iniciativa que cuenta con un amplio apoyo doctrinal y del Parlamento Europeo, y que la Comisión, hasta el momento, ha descartado (MIR, 2018).

2.3. La vigente Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y el impacto de la digitalización

23. La regulación general del procedimiento administrativo se encuentra contenida, en España, en la actualidad, en la **LPAC** de 2015. Esta ley estatal, dictada al amparo de la competencia reconocida por el artículo 149.1.18 CE (*supra* § 15.20), derogó y sustituyó a la precedente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), junto con la paralela Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (**LRJSP**), que se centra fundamentalmente en cuestiones organizativas y sustantivas, pero también contiene algunas previsiones relevantes de tipo procedimental, como se verá después (*infra* § 15.33).

24. La LPAC, al igual que sus predecesoras y la mayoría de sus homónimas extranjeras, constituye una codificación general y parcial. Es una **codificación general** porque no recoge los concretos procedimientos (especiales) que deben tramitar las distintas Administraciones en sus diferentes ámbitos de actuación, procedimientos que se cuentan por miles y que son regulados por normas sectoriales europeas, estatales, autonómicas o locales, según la vigente distribución territorial de competencias.

25. Es una **codificación parcial** porque no se ocupa de los aspectos generales de todos los tipos de decisiones dotadas de efectos jurídicos que puede adoptar la Administración, sino que se centra sobre todo en la elaboración de actos administrativos. Dedica solo algunos preceptos de su Título VI al procedimiento de elaboración de **reglamentos** (preceptos en su mayoría inaplicables, además, a los reglamentos autonómicos, por falta de competencia estatal, como señaló la STC 55/2018, FJ 7; *infra* § 16.53), resulta de aplicación meramente supletoria a los procedimientos relativos a los **contratos** del sector público (DF 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público [LCSP]) y no contiene reglas específicas sobre la elaboración de **planes** ni de **convenios** suscritos en pie de igualdad con otras Administraciones o particulares (tales convenios se regulan de forma general en los artículos 47 y ss. LRJSP: *supra* § 13.46). De hecho, ni siquiera se aplica directamente al volumen ingente de actos administrativos dictados en materia tributaria, aduanera, de Seguridad Social, de extranjería y asilo (DA 1.2 LPAC, estableciendo su aplicación supletoria en tales materias).

26. La principal novedad de la LPAC ha sido la de obligar a que todos los procedimientos administrativos se tramiten de **forma electrónica**, incorporando y completando las previsiones contenidas en la anterior Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Ha habido que esperar, sin embargo, a la publicación 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), para que dicha obligación se haya hecho plenamente efectiva (DF 7 LPAC).

27. El procedimiento administrativo consiste básicamente en la obtención y procesamiento de información por parte de la Administración. Por ello, la **digitalización** propiciada por el enorme desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación tiene un gran impacto sobre él. La digitalización permite, entre otros aspectos, que todas las comunicaciones y documentos que se producen en el marco del procedimiento tengan lugar y se almacenen en soporte electrónico, superando las limitaciones del papel, que la Administración disponga de muchos más datos (*big data*) para la toma de sus decisiones y hasta la propia **automatización** de dichas decisiones (*infra* § 21 y MIR, 2025).

28. El procedimiento administrativo no es en todo caso una rémora de la Administración analógica que deba ser abandonada bajo el nuevo paradigma digital, sino una **garantía básica** de los ciudadanos que debe mantenerse y actualizarse en lo que proceda para que siga cumpliendo las funciones que le corresponden sin renunciar a las ventajas ofrecidas por el desarrollo tecnológico. Este es el enfoque, acertado, de la LPAC y el RAFME, sin perjuicio de las carencias y aspectos susceptibles de mejora que su regulación también presenta.

29. Como suele ser habitual en la doctrina de nuestro país, a continuación se expondrán los **rasgos básicos** del procedimiento de elaboración de **actos administrativos** contenido en la LPAC, cuyos principios y categorías se irradian a toda la actuación jurídica de la Administración española. Las especialidades más destacadas de los procedimientos de preparación de reglamentos, planes y contratos, así como de determinadas categorías típicas de actos administrativos (autorizaciones, subvenciones, expropiaciones, sanciones, resoluciones sobre responsabilidad patrimonial, recursos administrativos y revisión de oficio) pueden encontrarse en las lecciones sucesivas de la presente obra (*infra* §§ 16.50-54, 18.53-73, 19.93-119, 22, 24, 32.102-105, 27.31-33).

3. SUJETOS

3.1. La Administración y su deber de diligencia

30. De acuerdo con el artículo **2 LPAC**, **están obligadas** a observar las normas sobre procedimiento administrativo que contiene dicha ley las entidades a las que califica expresamente de **Administraciones públicas**: la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las Administraciones locales y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquellas (*supra* §§ 8-11). El precepto ha extendido también dicha obligación a las **entidades de Derecho privado** (como las sociedades mercantiles y las fundaciones) vinculadas o dependientes de aquellas cuando **ejerzan potestades administrativas**, y ha establecido la aplicación meramente **supletoria** de sus previsiones a las **universidades públicas** y —cuando ejerzan funciones públicas— a las **corporaciones de Derecho público** (como los colegios profesionales).

31. Sobre la Administración recae la carga de tramitar el procedimiento e impulsarlo de oficio en sus distintas fases hasta dictar el acto administrativo o resolu-

ción que le ponga fin (**principio de oficialidad**: arts. 71.1 y 75.1 LPAC). Una vez iniciado no queda, pues, a disposición de la Administración, salvo en los supuestos excepcionales en que se admite su desistimiento (*infra* § 15.83).

32. Al tramitar el procedimiento la Administración tiene la obligación de examinar de forma minuciosa e imparcial todos los elementos relevantes del asunto, también los que sean favorables a los interesados. Así se desprende del denominado **deber de diligencia**, que el Tribunal de Justicia ha subrayado especialmente y erigido en principio general del Derecho de la Unión, debiendo ser por ello respetado tanto por la Administración europea, como por las Administraciones españolas cuando aplican dicho Derecho (STJUE de 21 de noviembre de 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, apartado 14; STJUE de 4 de abril de 2017, *Defensor del Pueblo/Staelen*, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, apartados 34 y ss.; STJUE de 22 de septiembre de 2022, *IMG/Comisión*, C-620/20 P, ECLI:EU:C:20200:722, *passim*). El Tribunal Supremo también ha afirmado este deber de diligencia, derivado del principio de buena administración (STS de 19 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:579, FJ 6).

33. El **principio de imparcialidad** de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE, estrechamente relacionado con el principio de objetividad de la actuación administrativa —art. 103.1 CE—) (*supra* § 4.54) tiene a su vez una importante dimensión procedimental que se traduce en el régimen tradicional de **abstención** y **recusación**, recogido actualmente en los artículos 23 y 24 LRJSP, y con el que se pretende evitar que, por parte de la Administración, intervengan en el procedimiento empleados públicos y autoridades que puedan tener algún conflicto de interés. Como luego se verá, el cumplimiento de las reglas de abstención y recusación puede ser determinante para la validez del acto administrativo que ponga fin al procedimiento (*infra* § 16.30). Según el artículo 23 LRJSP, cuando una autoridad (p. ej. un ministro o una alcaldesa) o un empleado público (*infra* § 31) que deba intervenir en alguna fase del procedimiento incurra en alguna de las causas de abstención que enumera en su apartado 2 (entre otras, tener interés personal en el asunto o parentesco, amistad íntima, enemistad manifiesta, litigio o relación de servicio actual o reciente con algún interesado), tiene la obligación de comunicárselo a su superior, quien decidirá si aquella o aquel deben o no abstenerse de participar en el mismo. El artículo 24 LRJSP dispone que los interesados (*infra* § 15.35-43) pueden solicitar también que se aparte del procedimiento a la autoridad o empleado en quien concurra alguna de dichas causas. La recusación es nuevamente resuelta por el superior inmediato, tras escuchar al recusado. La decisión del superior no es impugnable, sin perjuicio de que los interesados puedan alegar la existencia de la causa de abstención en el recurso que eventualmente acaben interponiendo contra la resolución que ponga fin al procedimiento. El incumplimiento de la obligación de abstención puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, pero no implica necesariamente la invalidez de los actos en que haya intervenido la autoridad o empleado afectado (apartados 4 y 5 del art. 23 LRJSP). No implicará la invalidez si la persona afectada no ha influido de forma determinante en tales actos (p. ej., si la persona que debería haberse abs-

tenido es solo una más de entre varias que integran un órgano colegiado y su voto y participación no han sido decisivos). El hecho de que la persona afectada carezca de superior jerárquico no le exime del deber de abstenerse cuando concurra una de las causas citadas ni permite privar a los interesados del derecho a instar su recusación (STS de 28 de febrero de 2002, ECLI:ES:TS:2002:1412, FJ 3, en relación con un rector), que se ejercerá normalmente ante el órgano que la designó.

34. Ejemplos: la delegada del Gobierno en una comunidad autónoma ordena expropiar una finca de su propiedad (interés personal); uno de los miembros de la comisión de selección de una oposición de funcionarios es primo (parentesco de consanguinidad de cuarto grado) o cuñado (parentesco de afinidad de segundo grado) de uno de los candidatos; el rector de una universidad pública impone una sanción disciplinaria a una profesora con la que tiene un litigio judicial pendiente. En todos estos casos concurre causa de abstención y la delegada del Gobierno, el miembro de la comisión de selección y el rector deben ser sustituidos por la persona a la que corresponda su suplencia (art. 13 LRJSP).

3.2. Los interesados y sus derechos procedimentales

35. El otro sujeto de la relación procedimental es el **interesado** (o persona interesada, en la expresión que usa ya p. ej. el RAFME). En muchos procedimientos son varios los interesados existentes, a menudo con intereses contrapuestos (p. ej., los distintos candidatos que participan en una oposición y compiten por una determinada plaza, o la empresa que solicita una autorización para la instalación de una fábrica y los vecinos y organizaciones ecologistas que se oponen a su concesión). No todo el mundo puede participar en un determinado procedimiento administrativo como interesado. Para ello es necesario, por un lado, poseer la debida **capacidad de obrar** y, por otro, resultar **afectado objetivamente** por el concreto procedimiento de que se trate (**tener legitimación**).

36. Según el artículo 3 LPAC, tienen capacidad de obrar ante la Administración las personas físicas **mayores de edad**, los **menores** en relación con actividades que el ordenamiento les permite llevar a cabo por sí mismos (p. ej., solicitar un permiso de conducción de un vehículo a motor apto para su edad) y las **personas jurídicas**, tanto de Derecho privado como público. Esto último significa que **otras Administraciones** pueden tener también la condición de interesadas en un procedimiento administrativo (p. ej. un municipio que es sancionado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria por incumplir sus obligaciones tributarias). Los grupos de afectados, las uniones y entidades **sin personalidad jurídica** y los patrimonios independientes o autónomos pueden tener también capacidad de obrar ante la Administración cuando la ley lo declare expresamente.

37. Como se ha dicho, para tener la condición de interesado en un procedimiento concreto no basta con poseer la genérica capacidad de obrar ante la Administración, sino que se precisa —al igual que para ser parte en un proceso judicial— algo más: **legitimación**. Esta existe cuando la persona de que se trate se vea afectada objetivamente por el procedimiento en cuestión y la decisión que le ponga fin. Así se desprende del artículo 4 LPAC que, siguiendo en buena medida el enfoque y el tenor literal del artículo 23 LPA (1958), reserva la condición de interesado a aquellas personas que pueden verse **afectadas en sus derechos** o **intereses legítimos** —individuales o colectivos— (*supra* § 7.28-41) por la decisión que acabe tomando la Administración en dicho procedimiento.

38. El precepto distingue **tres tipos** de interesados: **(1)** Aquellos que **inicien** el procedimiento administrativo, en los casos en que, como veremos, el procedimiento puede iniciarse a instancia de parte (*infra* § 15.47). Es lo que sucede, p. ej., cuando una persona solicita una autorización administrativa (como una autorización para la instalación de una fábrica, la construcción de una casa o la comercialización de un medicamento), acceso a información pública o una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Aquí es indiferente que la persona invoque un derecho o un mero interés legítimo, que por lo demás no serán, a menudo, fáciles de distinguir. **(2)** Aquellos que no hayan iniciado el procedimiento, pero que tengan **derechos** que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. Es lo que ocurre con las personas que sean las destinatarias del acto administrativo que ponga fin a un procedimiento iniciado de oficio por la Administración (*infra* § 15.46), y sobre las que producirá efectos jurídicos. Piénsese, p. ej., en el sujeto al que la Administración se plantea imponer una sanción, u ordenar el derribo de un edificio en ruina, o la retirada del mercado de algún producto, o conceder —de oficio— una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. **(3)** Aquellos que, sin tampoco haber iniciado el procedimiento, tengan meros **intereses legítimos**, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. Se trata de **los terceros**, esto es, aquellos sujetos a los que el acto administrativo no va dirigido y sobre los que no produce efectos jurídicos inmediatos: p. ej. los vecinos y organizaciones ecologistas que se oponen a que se conceda a una empresa la autorización que esta ha solicitado para instalar una fábrica, una central nuclear o aerogeneradores en un municipio, o el titular de una farmacia que se opone a que se conceda a un posible competidor autorización de apertura de otra farmacia a una distancia de la suya menor de la establecida legalmente. Cabe incluir también en esta tercera categoría a quienes participan en **procedimientos competitivos** de asignación de recursos escasos, iniciados de oficio, como una convocatoria de subvenciones, una oposición de funcionarios o una licitación para la adjudicación de un contrato administrativo, ya que carecen de un auténtico derecho a obtener la subvención, la plaza o el contrato.

39. Esta distinción tripartita solo tiene una consecuencia: la de determinar quiénes deben ser **emplazados** (identificados, localizados y convocados) necesariamente por la Administración durante la tramitación del procedimiento. Mientras esta tiene la obligación de informar de la existencia del procedimiento a los interesados de la segunda categoría, para que puedan **defenderse** (pudiendo comportar la omisión de dicho emplazamiento la anulación del acto administrativo que ponga fin al procedimiento al causarles indefensión —art. 48.2 LPAC—), los sujetos de la tercera categoría, que pueden ser muchos y muy variados, no deben ser emplazados por la Administración (salvo que esta conozca su identidad: art. 8 LPAC) y solo adquirirán la condición de interesados cuando tengan conocimiento del procedimiento (porque lo haya hecho público la Administración —p. ej. mediante la publicación de una convocatoria de subvenciones, de una oposición o de una licitación contractual, o a través del trámite de información pública que se verá después—, o porque se percaten de su existencia por cualquier otro medio) y **se personen** en el mismo

(comunicando a la Administración su deseo de participar en el procedimiento como interesados) antes de que se dicte el acto que le ponga fin (art. 4.1.c) LPAC). Los sujetos de la primera categoría conocen obviamente el procedimiento que ellos mismos han iniciado y en su caso no se plantea la cuestión de su emplazamiento. Los sujetos de las dos primeras categorías son, así, según una expresión manejada por la jurisprudencia, **interesados necesarios**, mientras que los de la tercera pueden ser calificados de interesados no necesarios o **eventuales**, ya que el procedimiento puede tramitarse válidamente sin su presencia. No hay ninguna otra diferencia entre los tres tipos de interesados. Todos ellos gozan de los **mismos derechos procedimentales**, que veremos a continuación.

40. Normalmente, los interesados en el procedimiento estarán luego **legitimados para impugnar** el acto que le ponga fin tanto en vía administrativa (*infra* § 33.51) como judicial (*infra* § 34.52). Por ello, la noción de interesado se ha beneficiado de la interpretación amplia (principio *pro actione*) que la jurisprudencia ha efectuado de los derechos e intereses legítimos cubiertos por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), comprendiendo a todas aquellas personas que puedan verse **perjudicadas o beneficiadas** de forma objetiva por el acto administrativo que pone fin al procedimiento. Ello incluye, como se ha dicho, tanto a los titulares de intereses legítimos **individuales** (el vecino, el competidor, etc.), como **colectivos** (una organización ecologista, de defensa de los consumidores, un sindicato, una organización profesional, etc.). En el caso de estos últimos es necesario que sus fines institucionales —definidos en los estatutos de la entidad respectiva— guarden relación con el objeto del concreto procedimiento de que se trate: una organización ecologista puede tener la condición de interesada en un procedimiento de autorización de una actividad industrial que pueda dañar el medio ambiente, pero no en un procedimiento que nada tenga que ver con este, como el de autorización de una farmacia o de una entidad bancaria. La apreciación del radio de personas que pueden tener la condición de interesadas es, pues, casuística, y depende de cada concreto procedimiento administrativo.

41. El concepto de interesado es amplio, pero no ilimitado. No incluye a aquellos sujetos que tienen un **mero interés en la defensa de la legalidad**, y que no se ven beneficiados o perjudicados por el procedimiento en cuestión. Tales sujetos solo podrán participar en el procedimiento en los supuestos excepcionales en que las leyes reconocen la **acción pública**, que habilita a cualquier ciudadano a instar los procedimientos administrativos de protección de la legalidad vulnerada y a impugnar en vía judicial la decisión que al respecto adopte la Administración. Dicha acción se reconoce tradicionalmente en ámbitos de indudable interés colectivo como el urbanismo (arts. 5.f) y 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), la protección de las costas (art. 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) o el patrimonio histórico–artístico (art. 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

42. Por el solo hecho de serlo, los interesados tienen una serie de **derechos** durante la tramitación del procedimiento administrativo. A los que se enumeran específicamente en el artículo **53 LPAC** deben sumarse los que se contienen en otros preceptos de esta ley y los que el artículo 13 LPAC reconoce, en general, a toda persona que se relacione con la Administración —en el marco o fuera de un procedimiento administrativo—. Se irán viendo los más importantes a medida que se expongan las distintas fases del procedimiento administrativo común. Su contenido se ha visto enriquecido con los numerosos preceptos de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa que resultan también aplicables al procedimiento administrativo.

43. Entre tales derechos se encuentra el de contar con un **representante** que intervenga en el procedimiento en nombre del interesado (arts. 5 y 53.1.g) LPAC). A diferencia del proceso judicial, la representación en el procedimiento administrativo no es obligatoria y puede encargarse a cualquier persona (como p. ej. un gestor), no solo a un abogado o procurador. El apoderamiento puede realizarse de forma presencial o telemática e inscribirse en los registros electrónicos de apoderamientos que deben tener e interconectar las distintas Administraciones para comprobar fácilmente la existencia del poder (art. 6 LPAC). Al no tener que actuar con la asistencia de procurador y abogado, la participación en el procedimiento administrativo puede y suele resultar gratuita para los interesados, aunque es también habitual que deban abonar tasas para su tramitación y asumir otros gastos (como los relacionados con las pruebas que eventualmente propongan —*infra* § 15.74—).

4. ESTRUCTURA

44. El procedimiento de elaboración de actos administrativos tiene normalmente **tres grandes fases**: la **iniciación**, la **instrucción** y la terminación o **finalización**. A ellas se dedican la mayor parte (arts. 54-96) de los preceptos del título IV de la LPAC, sobre el procedimiento administrativo común. En la regulación de cada fase se detallan las peculiaridades de dos tipos de procedimientos específicos que no serán objeto de consideración, el procedimiento para la imposición de sanciones administrativas y de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

4.1. Iniciación

4.1.1. Formas de iniciación: de oficio y a solicitud de interesado

45. Siguiendo la tradición española, el artículo 54 LPAC dispone que los procedimientos de elaboración de actos administrativos pueden iniciarse **de oficio** o **a solicitud del interesado**. A estos últimos también se los denomina procedimientos iniciados a instancia de parte. Esta es una distinción capital, a la que se anudan efectos jurídicos diversos, como se irá viendo.

46. Los procedimientos se inician **de oficio** cuando es la Administración la que los impulsa. Se trata de la forma habitual de iniciación de los procedimientos destinados a la adopción de un acto **desfavorable** o de gravamen, como pueda ser una sanción administrativa o una orden de demolición de una construcción ilegal. Pero puede emplearse también para el otorgamiento de actos **favorables** para los interesados, como p. ej. el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración (un procedimiento que suele iniciarse a instancia del interesado, pero que el art. 65 LPAC permite iniciar también de oficio) o la concesión de una subvención (cuyo procedimiento competitivo se inicia por convocatoria de la Administración, en la que se concede un plazo para que los que lo deseen presenten sus solicitudes —art. 23 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones—).

47. A su vez, los procedimientos se inician a **instancia de parte** cuando es un interesado el que solicita su tramitación. Se trata de procedimientos destinados a la obtención de un acto **favorable** para quien lo solicita. El ejemplo típico es el de la autorización administrativa, un acto favorable que habilita para el ejercicio de una determinada actividad y que debe solicitar la persona interesada en obtenerla. Son las distintas normas sectoriales las que establecen qué tipo de procedimientos pueden iniciarse a instancia de parte.

48. Los procedimientos impulsados **de oficio** comienzan formalmente cuando el órgano competente dicta el **acuerdo de iniciación**. Antes de ese momento pueden haberse realizado las **actuaciones previas** de información o investigación a las que alude el art. 55 LPAC, a fin de determinar si concurren las circunstancias que justifiquen la iniciación del procedimiento de que se trate y evitar su incoación precipitada. Durante este período preliminar puede, p. ej., llevarse a cabo una inspección para comprobar unos hechos que han sido denunciados o identificarse a la persona presuntamente responsable de cometer una determinada infracción administrativa, y contra la que se dirigirá el procedimiento sancionador. Estas actuaciones previas no computan a los efectos del plazo máximo de resolución del procedimiento respectivo (*infra* § 15.59), han de tener la duración estrictamente indispensable y no emplearse de forma abusiva, incluyendo actuaciones de instrucción propias del procedimiento de que se trate (STS de 6 de mayo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2380, FJ 2).

49. El referido acuerdo de iniciación puede ser adoptado por **propia iniciativa** del órgano competente, como consecuencia de **orden superior** vinculante (procedente de un órgano superior jerárquico del competente para iniciar el procedimiento), a **petición razonada** de otros órganos (de la misma u otra Administración, como p. ej. los servicios de inspección que detecten posibles irregularidades; esta petición no es vinculante, aunque se deben indicar al peticionario los motivos por los que no se atiende) o por **denuncia** (arts. 58-62 LPAC).

50. La **denuncia** constituye un instrumento muy importante para el ejercicio de las funciones de garantía del cumplimiento de la legalidad que corresponden a la Administración, ya que sus capacidades de inspección e investigación son limitadas y resulta a menudo imprescindible contar con la colaboración ciudadana y de terceros afectados (como posibles competidores) para la detección de ilegalidades. El

artículo 62 LPAC define la denuncia como el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal (ya que algunas leyes obligan a denunciar ciertos hechos), pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo, como un procedimiento sancionador o de restauración de la legalidad infringida. La denuncia no es vinculante y su recepción no comporta la iniciación del procedimiento correspondiente (a diferencia de lo que sucede con la solicitud en los procedimientos iniciados a instancia de parte, como se verá después): es la Administración la que, tras examinar su verosimilitud, decidirá, en su caso, iniciarlo de **oficio** mediante el correspondiente acuerdo de iniciación. Es conveniente **informar** al denunciante —sobre todo si lo solicita— acerca de si se ha iniciado o no el procedimiento correspondiente, aunque el artículo 62.3 LPAC obliga solo a ello cuando la denuncia invoque un perjuicio en el patrimonio —dinero incluido— de la Administración.

51. Con tal de asegurar la seriedad de las denuncias, el artículo 62.2 dispone que no pueden ser anónimas, aunque ello no impide que quien lo desee haga llegar a la Administración, *de facto*, informaciones sobre posibles ilegalidades sin revelar su identidad, y que la Administración, si lo considera oportuno, podrá investigar pese a que no se trate de denuncias formales. Existen incluso normas sectoriales que permiten formular **denuncias anónimas**, a fin de evitar que los denunciantes sufran posibles represalias e incentivar que se denuncien determinados hechos. Destaca, en este sentido, por su amplitud, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, dictada en transposición de la importante Directiva 2019/1937, y que permite formular denuncias anónimas (internas o ante la nueva Autoridad Independiente de Protección del Informante y sus homólogas autonómicas) de las infracciones penales y administrativas —graves o muy graves— y del Derecho de la Unión que las personas físicas detecten en su contexto laboral o profesional (arts. 7.3, 17.1 y 21.1).

52. El artículo 62.4 LPAC también extiende a todo procedimiento sancionador (*infra* § 27.80) la previsión inicialmente incluida en materia de defensa de la competencia (programas de clemencia para la detección de cárteles), por la que se permite reducir o incluso excluir totalmente la sanción administrativa que corresponda a un **infractor que delate** a los demás y aporte pruebas que posibiliten su castigo.

53. Por último, es importante tener en cuenta que la sola formulación de una denuncia no confiere a quien la presente la condición de **interesado** en el procedimiento que a continuación se tramite (art. 62.5 LPAC). Para ello es necesario que el denunciante reúna los requisitos antes expuestos para merecer la calificación de interesado, experimentando un beneficio que vaya más allá de la satisfacción moral que pueda producirle que se sancione al sujeto denunciado (STS de 28 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:494, FFJJ 2 y 3), resumiendo la abundante jurisprudencia que se ha ocupado del supuesto fronterizo del **denunciante que se ha visto perjudicado** por la infracción denunciada). Es lo que ocurre, p. ej., cuando quien denuncia es una empresa dedicada a la cría de marisco perjudicada por los vertidos tóxicos efectuados

por la empresa denunciada, y que solicita que se sancione a esta última con la revocación de la autorización que posibilita su actividad (STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2024, ECLI:ES:TSJGAL:2024:530, FFJJ 3 y 5).

54. Si los procedimientos impulsados de oficio comienzan formalmente cuando el órgano competente dicta el acuerdo de iniciación, los iniciados a **instancia de parte** lo hacen cuando el interesado presenta su **solicitud**. Concretamente, en el momento en que la solicitud tiene entrada en el registro electrónico de la Administración competente para su tramitación (art. 21.3.b) LPAC), como se verá de inmediato. Los artículos 66-68 LPAC disciplinan los aspectos básicos del régimen jurídico de las solicitudes, y que son asimismo aplicables a las solicitudes que los interesados pueden tener también que presentar en el marco de determinados procedimientos iniciados de oficio, como los de concurrencia competitiva (los candidatos que p. ej. compiten por una subvención convocada de oficio por la Administración también disponen de un plazo determinado para presentar su solicitud desde que se publica la convocatoria). El artículo 66.1 LPAC somete las solicitudes a pocos requisitos formales, los esenciales para que la Administración comprenda lo que se le pide y quién y por qué se lo pide. Es cada vez más frecuente que las Administraciones establezcan **formularios electrónicos** de solicitud, de uso obligatorio, para facilitar el procesamiento de los datos que contienen (art. 66.6 LPAC). A la solicitud habrá que adjuntar a menudo documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para desarrollar la actividad solicitada, documentación que establece la normativa sectorial aplicable y que puede ser muy compleja y voluminosa (piénsese p. ej. en la solicitud de instalación de una central nuclear o de comercialización de un nuevo medicamento).

55. El art. 68 LPAC regula una cuestión de gran trascendencia práctica y en la que el legislador español se ha mostrado tradicionalmente magnánimo: la obligación de la Administración de advertir al interesado sobre los **defectos** que pueda presentar su solicitud y de concederle un plazo de diez días para **subsanarlos**. En caso de que no se atienda el requerimiento de subsanación se considerará que el interesado desiste de su petición (*infra* § 15.83), lo que deberá ser declarado formalmente por la Administración. Esta posibilidad de subsanación rige también en los procedimientos competitivos, aunque se somete a algunas limitaciones —como no poder aportar méritos y documentos de forma extemporánea— para garantizar la igualdad de todos los candidatos (STS de 24 de enero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:246, FJ 4).

56. A fin de impulsar definitivamente la Administración electrónica y la digitalización de los procedimientos, el artículo 14 LPAC obliga a muchos sujetos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, lo que implica, en lo que ahora interesa, la obligación de que presenten sus **solicitudes de forma telemática**. Quedan obligados a ello todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, quienes ejerzan una profesión para la que se requiera formar parte de un colegio profesional (como los abogados o arquitectos), los empleados públicos y los representantes de todos los anteriores. Se considera que dichos sujetos (y los colectivos adicionales de personas físicas que el artículo 14.3 LPAC permite añadir por

reglamento) poseen los conocimientos y recursos necesarios para utilizar las debidas herramientas informáticas, lo que no siempre será cierto, existiendo riesgo de brecha digital. En tales casos, la solicitud debe presentarse en el **registro electrónico**, ya sea el de la Administración a la que va dirigida o el de cualquier otra Administración o entidad del sector público, que deberá transmitirla a aquella (arts. 16.4.a) LPAC y 37.3.b) RAFME). El registro electrónico está disponible en la **sede electrónica** de la Administración respectiva y permite la presentación de solicitudes las veinticuatro horas del día, todos los días del año. Aunque se permita la presentación en cualquier registro electrónico, el plazo de resolución del procedimiento (*infra* § 15.59) no comienza hasta que la solicitud tenga entrada en el de la Administración competente para tramitarlo (art. 21.3.b) LPAC).

57. El resto de personas físicas puede seguir presentando sus solicitudes en **papel**, presencialmente, en las oficinas de asistencia en materia de registros que deben seguir teniendo las Administraciones (que hacen las veces de los antiguos registros presenciales, y donde los empleados públicos deben **digitalizar** las solicitudes presentadas para que el procedimiento pueda tramitarse de forma electrónica), en las oficinas de la empresa estatal Correos y en las embajadas y consulados de España en el extranjero (art. 16.4 LPAC).

58. Algunos **derechos** importantes de los interesados relacionados con la solicitud son el derecho a no presentar —como regla general— documentos originales (arts. 28 y 53.1.c) LPAC); el derecho a no aportar datos y documentos que hayan aportado ya con anterioridad a cualquier Administración, ni otros documentos que se encuentren en poder de la Administración actuante o que hayan sido elaborados por cualquier otra Administración (arts. 28 y 53.1.d) LPAC; en todos estos casos es la Administración quien tiene la carga de recabarlos); el derecho a presentar la solicitud en cualquiera de las lenguas oficiales de la Administración de que se trate (arts. 13.c) y 15 LPAC); el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos a los que se someta la solicitud o la actuación que con ella se pretende (art. 53.1.f) LPAC, sin que ello implique asesoramiento sobre el caso concreto); el derecho —frecuentemente incumplido— a obtener un acuse de recibo de la solicitud en un plazo de diez días, en el que se informe sobre la fecha en que ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo en que deberá resolverse el procedimiento y los efectos que tendrá el incumplimiento de dicho plazo —el sentido del denominado silencio administrativo— (arts. 21.4 LPAC y 41.b) RAFME; *infra* § 15.59, 86 y ss.); o el derecho a presentar la solicitud por medios electrónicos, cuando ello no sea obligatorio para el interesado, y a que se le asista en el uso de tales medios (arts. 13.b) y 14 LPAC).

4.1.2. Efectos de la iniciación: plazo máximo de resolución y medidas provisionales

59. El efecto más importante de la iniciación de todo procedimiento, ya sea de oficio o a instancia de parte, es el surgimiento de la obligación por parte de la Admi-

nistración de **tramitarlo debidamente** (*supra* § 15.31-32) y de dictar y notificar a los interesados, en un **plazo determinado**, el acto administrativo que le pondrá fin (también conocido como resolución —*infra* § 15.80—). La obligación de resolver de forma expresa el procedimiento en un plazo determinado surge así no solo en los procedimientos que la Administración decide iniciar de oficio, sino también en los que se inician a instancia de parte, por el mero hecho de que se reciba la solicitud del interesado. El **plazo máximo** en que debe dictarse y notificarse esta resolución expresa lo establece la norma reguladora del concreto procedimiento, en función de su complejidad, sin que pueda exceder de seis meses, salvo que la norma que establezca un plazo superior tenga rango de ley o provenga del Derecho de la Unión, y fijando la LPAC un plazo supletorio de tres meses para aquellos casos en que la norma reguladora del procedimiento no contemple ningún plazo máximo (art. 21 LPAC). El legislador español concreta de esta manera el "plazo razonable" a que alude el artículo 41.1 CDFUE al abordar la dimensión temporal del derecho fundamental a una buena administración. El principio de celeridad que inspira desde la LPA el procedimiento administrativo (art. 71.1 LPAC) obliga en todo caso a tramitarlo de la manera más rápida posible y a no apurar innecesariamente los plazos establecidos, en consonancia con la importancia que posee el factor tiempo en la sociedad actual y, en particular, en el desarrollo de las actividades económicas.

60. De cara a determinar la fecha límite del procedimiento hay que tener en cuenta que la Administración puede **suspender e incluso ampliar** el plazo máximo de que dispone, por lo que aquel puede acabar superando de forma significativa la duración establecida en la norma que lo regule. La suspensión (art. 22 LPAC) implica que no se computen los períodos de tiempo durante los que el órgano que tramita el procedimiento espera a que los interesados u otros órganos, Administraciones o tribunales realicen determinadas actuaciones, siendo en unos casos potestativa (p. ej., cuando se insta al interesado a que subsane su solicitud o se pide un informe preceptivo a otro órgano o Administración) y en otros obligatoria (p. ej., cuando algún interesado solicite la recusación). A su vez, el artículo 23 LPAC permite que el órgano competente para resolver el procedimiento, o su superior jerárquico, amplíen el plazo máximo. Ello solo es posible de forma excepcional, cuando no se disponga de los medios personales (trabajadores) y materiales necesarios para tramitar el procedimiento en el plazo establecido (p. ej., porque se reciba un aluvión inesperado de solicitudes o se produzca un ciberataque que inutilice los sistemas informáticos de la Administración), y debe motivarse y notificarse a los interesados. La ampliación no puede ser superior al plazo inicialmente establecido (si p. ej. el procedimiento tenía un plazo máximo de un mes, se podrá ampliar como mucho por un mes más).

61. El **cómputo del plazo máximo** del procedimiento y de los distintos plazos más breves previstos para la realización de los trámites que lo integran (tanto por parte de la Administración —p. ej., elaborar la lista de candidatos admitidos y excluidos de un proceso selectivo—, como de los interesados —p. ej., subsanar los defectos que presente su solicitud o participar en el trámite de audiencia que se verá luego—) se rige por las reglas generales contenidas en los artículos 29-33 LPAC. En síntesis: cuando el plazo se exprese en días u horas, se consideran excluidos —salvo que en una norma con rango de ley o de Derecho de la Unión se indique que el plazo es de días u horas naturales— los días inhábiles (sábados, domingos y festivos), al contrario de lo que sucede con los plazos fijados en meses y años,

ya que se computan de fecha a fecha, concluyendo en el mismo día (del mes o el año de vencimiento) en que se produjo la notificación o publicación correspondiente (STS de 25 de septiembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3954, FJ 1), o en el último día del mes, cuando no haya día equivalente (un plazo de un mes que se inicie p. ej. el 31 de enero finaliza el 28 o el 29 de febrero). En todos los casos, cuando el último día del plazo sea inhábil, se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 30 LPAC).

62. Un segundo efecto destacable de la iniciación de todo procedimiento es la posibilidad que abre de adoptar, de oficio o a instancia de parte, las **medidas provisionales** que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final que pueda recaer en dicho procedimiento. Ello se encuentra regulado en el artículo 56 LPAC, que enumera las medidas que pueden adoptarse (p. ej., el cierre temporal de una discoteca que incumple la normativa de incendios o de ruido, o la prohibición temporal de venta de un producto perjudicial para la salud) y establece que deberán ser motivadas, respetar el principio de proporcionalidad y no ocasionar perjuicios de difícil o imposible reparación (*infra* §§ 33.61 y 34.129). El apartado segundo del precepto permite adoptar dichas medidas incluso *antes* de que se inicie formalmente el procedimiento, en los casos de urgencia inaplazable. Son las que se conocen como medidas provisionalísimas, y que quedan sin efecto automáticamente si no se inicia el procedimiento en un plazo de quince días y cuando el acuerdo de iniciación no las confirme expresamente.

4.2. Instrucción

63. La fase de instrucción constituye la parte central del procedimiento, en la que la Administración recaba todas aquellas **informaciones y conocimientos** necesarios para decidir adecuadamente la cuestión de fondo en cada caso suscitada. Dependiendo del procedimiento y de su complejidad, puede ser muy breve o demorarse durante varios meses. Cabe incluso omitirla en los procedimientos sencillos iniciados a instancia de parte en los que no haya terceros interesados y en que la Administración pueda decidir sobre la base de la sola solicitud presentada. A continuación se verán someramente los trámites principales que puede contener.

4.2.1. Audiencia e información pública

64. El trámite más importante de los **procedimientos de gravamen** iniciados de oficio y de los procedimientos iniciados a instancia de parte que pueden tener efectos perjudiciales para terceros es, sin lugar a duda, el de **audiencia**. Es un trámite de honda raigambre histórica, expresado a través del brocardo latino *audi alteram partem*, que se encuentra recogido al máximo nivel normativo en los artículos 105.c) CE y 41.2.a) CDFUE, como ya nos consta. De hecho, en muchos ordenamientos la audiencia a los interesados constituye la esencia misma del procedimiento administrativo.

65. El trámite formal de audiencia se regula en el artículo 82 LPAC y consiste en comunicar a los interesados que disponen de un plazo determinado —de entre diez a quince días, y que decide el instructor del procedimiento— para **consultar el expediente** (ese es el significado de la expresión tradicional "poner de manifiesto el procedimiento" que sigue manejando el precepto), formular las **alegaciones** y aportar los **documentos** que estimen convenientes en defensa de sus derechos e intereses. Tiene lugar al final de la fase de instrucción ("instruidos los procedimientos"), aunque antes de que se solicite, cuando proceda, el informe de los servicios jurídicos de la Administración o el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente (*infra* § 15.76). Permite, por tanto, que los interesados expresen su posición definitiva sobre el objeto del procedimiento a la vista de la práctica totalidad de trámites y documentos generados a lo largo del mismo. Pese a que la expresión "audiencia" podría dar a entender otra cosa, es un trámite que se efectúa casi siempre por escrito. Según el artículo 82.4 LPAC, **se puede prescindir** del trámite de audiencia cuando no consten en el expediente ni vayan a ser tenidos en cuenta en la decisión final del procedimiento otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el propio interesado. Es lo que ocurrirá, p. ej., cuando no haya terceros que se opongan a la solicitud del interesado.

66. Como se acaba de señalar, el trámite de audiencia se encuentra, en España, vinculado indisociablemente al derecho de los interesados de **acceso al expediente**, un derecho crucial para que puedan defenderse de forma adecuada y que recoge también el artículo 41.2.b) CDFUE como un aspecto importante del principio de buena administración. Esta conexión se remonta a la Ley Azcárate de 1889 y presupone la obligación de la Administración de ir integrando los documentos principales que se van generando a lo largo del procedimiento, de forma ordenada e indexada, en el denominado expediente administrativo, que define y concreta el artículo 70 LPAC y que ahora tiene necesariamente formato electrónico. El apartado cuarto de dicho precepto precisa que no debe incluirse en el expediente la información auxiliar o de apoyo, y que delimita en los términos amplios —y controvertidos— del artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, LTBG (*infra* § 28.62), aunque señalando al menos que formarán parte en todo caso del mismo los informes, tanto preceptivos como facultativos, que puedan solicitarse durante la tramitación del procedimiento (*infra* § 15.77). Según el artículo 53.1.a) LPAC, el derecho de acceso al expediente incluye el de **obtener copias** de los documentos que lo integran, lo que es importante para poder estudiarlos detenidamente. En el caso de las personas obligadas a relacionarse con la Administración por medios electrónicos (*supra* § 15.56), el derecho de acceso al expediente y de obtención de copias se entiende satisfecho mediante el envío de la dirección electrónica en que aquel se aloja (art. 52 RAFME, permitiendo que se pueda acceder al mismo también tras la finalización del procedimiento, mientras los documentos que lo integren deban ser conservados con arreglo a la normativa de archivos administrativos).

67. El derecho de los interesados de acceso al expediente **no es ilimitado**, sino que queda sujeto a los mismos límites que el derecho de acceso a información públi-

ca reconocido a toda persona por la legislación de transparencia (*infra* § 28.53-55), como se desprende de la remisión que el artículo 82.1 LPAC efectúa a la LTBG. Los interesados, p. ej., no han de poder acceder a secretos comerciales o a datos personales sensibles de otros interesados (arts. 14 y 15 LTBG). Sin embargo, el hecho de que los interesados puedan necesitar acceder al documento de que se trate para defenderse adecuadamente en el seno del procedimiento o en vía de recurso tendrá un peso muy relevante en el juicio de ponderación que debe efectuarse con los límites que puedan oponerse al acceso (arts. 14.2 y 15.3 LTBG) y hará que normalmente deba concedérseles dicho acceso, aunque sea omitiendo —motivadamente— los fragmentos o páginas que les deban quedar vedados.

68. La vigente LTBG, a diferencia del anterior artículo 37.1 LRJPAC, permite que **cualquier persona**, aunque no tenga la condición de interesada, pueda acceder también al expediente administrativo durante la tramitación del procedimiento, y no solo cuando este haya finalizado. La circunstancia de que tales personas no necesiten acceder a los documentos para defenderse en el seno del procedimiento justificará, en todo caso, que puedan oponérseles mayores restricciones al acceso (MIR, 2019: 37 y ss.).

69. Es importante tener en cuenta que la posibilidad de los interesados de acceder al expediente y formular alegaciones no se circunscribe al trámite formal de audiencia acabado de examinar. El artículo 53.1 LPAC, en sus letras a) y e), permite que formulen alegaciones y accedan al expediente **también con anterioridad** a dicho trámite, las veces que lo consideren oportuno. Se trata así de dos derechos autónomos que pueden ejercerse por propia iniciativa, en cualquier momento del procedimiento, y no solo cuando lo indique la Administración. El trámite de audiencia garantiza que los interesados sepan que pueden ver el expediente y formular alegaciones, rebatiendo en su caso las que hayan podido hacer *motu proprio* otros interesados con anterioridad al mismo.

70. Las alegaciones, tanto si son formuladas antes como durante el trámite de audiencia, pueden consistir en la exposición de hechos y de valoraciones jurídicas o técnicas, y venir o no acompañadas de documentos acreditativos. Deben ser **tomadas en consideración** por la Administración al resolver el procedimiento (arts. 53.1.e) y 76.1 LPAC; STS de 15 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1742, FJ 4, señalando que para tener por cumplido el trámite de audiencia no basta con haber abierto el trámite, sino que es preciso tomar en consideración las alegaciones recibidas).

71. Según la jurisprudencia, salvo en los procedimientos sancionadores (donde la audiencia constituye un requisito esencial ineludible), la omisión indebida del trámite de audiencia solo comporta la anulación del acto dictado cuando ello ha ocasionado **indefensión real** y **efectiva** al interesado, admitiendo que pueda **sanarse** mediante la interposición posterior del recurso administrativo o incluso —cuando el recurrente haga caso omiso de la falta de audiencia y pida al tribunal un pronunciamiento sobre el fondo del asunto— contencioso–administrativo (nuevamente, STS de 15 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1742, FJ 4). Este enfoque se corresponde con el efecto no invalidante que en general tienen los vicios procedimentales y demás defectos de forma (art. 48 LPAC e *infra* § 17.68), y con la preeminencia concedida por los tribunales a la legalidad de *fondo* o sustantiva de las decisiones administrativas.

72. Distinto del trámite de audiencia es el de **información pública** regulado de forma general en el artículo 83 LPAC. Previsto ya con esta misma denominación clásica —que no debe llevar a confusión con el derecho de acceso a información pública de la LTBG— en el artículo 87 LPA (1958), está concebido para posibilitar la **participación ciudadana** en procedimientos dotados de una amplia repercusión social. Consiste en publicar un anuncio en el **diario oficial** correspondiente informando sobre la existencia de dicho procedimiento y concediendo un plazo de al menos veinte días para que todo aquel que lo desee (tenga o no la condición de interesado) pueda consultar el expediente (íntegramente, o solo la parte que se acuerde) y formular las alegaciones u observaciones que considere oportunas. El trámite incluye también el derecho de quienes participen en el mismo a obtener una respuesta razonada de la Administración a sus alegaciones u observaciones, respuesta que puede ser común para todas aquellas que sean sustancialmente iguales. El solo hecho de participar en el trámite no confiere la condición de interesado (para ello es necesario reunir los requisitos examinados *supra* § 15.35-43), por lo que quienes comparezcan en el mismo no dispondrán necesariamente de los derechos asociados a tal condición (recusación, audiencia, práctica de pruebas, impugnación de la decisión final y de los actos de trámite cualificados, etc.). El artículo 83.1 LPAC lo configura como un trámite en general **potestativo** ("podrá acordar"), aunque son muchas las normas sectoriales que exigen su realización (p. ej., en procedimientos de autorización de actividades dotadas de un elevado impacto ambiental). Su apertura no exime de practicar el trámite de audiencia a los interesados (STS de 3 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3360, FJ 4), que han de poder confiar en que recibirán la invitación personalizada a formular alegaciones que caracteriza a este último.

4.2.2. Pruebas

73. Para **acreditar los hechos** relevantes para la resolución del procedimiento normalmente basta con los documentos aportados por los interesados en sus solicitudes o alegaciones, o con los que haya podido recabar la Administración durante las actuaciones previas a su iniciación (p. ej. el acta que recoja los resultados de una inspección previamente realizada, o la fotografía tomada por un radar de velocidad). Pero el derecho de defensa de los interesados y el deber de diligencia de la Administración exigen que unos y otra puedan proponer y acordar, respectivamente, la apertura de un período de prueba cuando discrepen o tengan dudas sobre tales hechos (art. 77.2 LPAC).

74. En el período de prueba, que tiene lugar antes del trámite formal de audiencia y una duración de diez a treinta días, se practicarán todas aquellas pruebas que indique o admita el instructor del procedimiento. Este solo podrá rechazar —motivadamente— las que propongan los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (art. 77.3 LPAC; p. ej., cuando se proponga que declare un testigo para acreditar unos hechos que no guarden relación con el caso —improcedencia— o que la Administración no discuta —innecesariedad—). Puede emplearse **cualquier medio de prueba** admisible en Derecho, como los contemplados para el proceso civil en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, LEC (arts. 299 y ss.), a la que remite el artículo 77.1 LPAC para su valoración. Cabe, así, p. ej., proponer la declaración e interrogatorio de testigos, de peritos o de los propios interesados, la presentación y cotejo de documentos públicos y privados, la muestra de fotografías y de grabaciones

de imagen y sonido, el reconocimiento de un lugar, un objeto o una persona, la toma de muestras y su análisis en un laboratorio, etc. Deberá notificarse con la debida antelación a los interesados el día, hora y lugar en que tendrá lugar la práctica de la prueba correspondiente (art. 78 LPAC). Aunque dicha práctica, a diferencia de lo que sucede en un proceso judicial, no debe celebrarse de forma pública, sí ha de contar con la presencia de todos los interesados, por exigencia de los principios de contradicción e igualdad (art. 75.4 LPAC). Podrán, por supuesto, acudir a la misma acompañados tanto de abogado, como de técnicos que les asistan (art. 78.2 LPAC).

75. Finalmente, en cuanto a la **valoración de las pruebas**, además de los criterios establecidos en la LEC, es importante tener en cuenta que los hechos constatados por funcionarios que ostenten la condición de autoridad y que se recojan debidamente en el documento correspondiente (p. ej., el acta de una inspección o la denuncia formulada por un agente de policía) se presumen ciertos, salvo que se acredite lo contrario (art. 77.5 LPAC).

4.2.3. Informes

76. Un último trámite de enorme importancia en el procedimiento administrativo es la petición de informes a otros órganos administrativos, de la misma o de otra Administración. El informe es un acto de instrucción por el que **se emite un juicio jurídico, técnico o de oportunidad** sobre el objeto del procedimiento. Puede solicitarse, p. ej., a otra Administración que ostente competencias concurrentes sobre la materia, a un órgano técnico especializado o a un órgano de tipo participativo que reúna a representantes de los distintos intereses económicos y sociales de un ámbito determinado. De especial arraigo en España son los informes (denominados "dictámenes") que corresponde emitir al **Consejo de Estado** (art. 107 CE y Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE) y a los **órganos consultivos autonómicos** equivalentes sobre la legalidad de numerosos procedimientos, como los de responsabilidad patrimonial (art. 81.2 LPAC), revisión de oficio (art. 106 LPAC), recurso extraordinario de revisión (art. 126.1 LPAC) o aprobación de reglamentos ejecutivos (art. 22.3 LOCE y legislación autonómica).

77. Los informes pueden ser **facultativos** o **preceptivos**, en función de si la Administración que tramita el procedimiento está o no obligada a solicitarlos, y **vinculantes** o **no vinculantes**, dependiendo de si está o no obligada a seguir el criterio en ellos expresado. Según el artículo 80.1 LPAC, salvo disposición expresa en contra los informes son facultativos y no vinculantes. Los informes antes indicados del Consejo de Estado y sus homólogos autonómicos, p. ej., son preceptivos y no vinculantes, salvo en el caso de la revisión de oficio, donde es vinculante, al tener que ser favorable a la revisión para que la Administración pueda acordarla (*infra* § 33.29).

78. Ilustra la relevancia de los informes el hecho de que se permita que la resolución final del procedimiento, a la hora de motivar la decisión adoptada, pueda limitarse a remitir (**motivación *in aliunde* o por remisión**) a algún informe que se haya solicitado a lo largo del procedimiento (art. 88.6 LPAC, sin que sea necesario que el mismo se incorpore al texto de la resolución cuando conste en el expediente y el interesado haya podido acceder a este: STS de 11 de febrero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:555, FJ 5). Es también revelador que, como se ha visto, cuando se solicite un informe preceptivo pueda suspenderse el plazo máximo de resolución por un período de hasta tres meses (art. 22.1.d) LPAC).

4.3. Finalización

4.3.1. Formas de finalización

79. El procedimiento administrativo puede finalizar de **ocho formas** distintas: mediante resolución, terminación convencional, imposibilidad material de continuación, desistimiento y renuncia del interesado, desistimiento de la Administración, caducidad y silencio administrativo. Las dos primeras pueden ser calificadas de formas **normales** de finalización, mientras que las restantes tienen carácter **anormal**, en el sentido de que no constituyen el objetivo que se persigue cuando se inicia el procedimiento.

80. La **resolución** (arts. 21, 84.1 y 88 LPAC) es el acto administrativo definitivo que pone fin al procedimiento tras la sucesión de actos de trámite que lo han precedido y preparado, y que debe adoptarse (y, en su caso, notificarse a los interesados) en el plazo máximo que ya conocemos (*supra* § 15.59). Se trata del acto administrativo por antonomasia, que decide la cuestión de fondo planteada en el procedimiento y crea, modifica o extingue derechos u obligaciones (*infra* § 17.14). Es la resolución la que concede o deniega la autorización, la subvención o la indemnización, la que impone o descarta la sanción, la prohibición o la orden. Sobre sus requisitos de validez y demás aspectos generales de su régimen jurídico, véase *infra* § 17.

81. Esta resolución del procedimiento no debe confundirse con **otras resoluciones** que, a modo de **actos de trámite** (decisorios), se adoptan durante su iniciación e instrucción (p. ej. de adopción de medidas provisionales, de resolución del incidente de recusación, de ampliación del plazo máximo del procedimiento, de denegación de pruebas propuestas por los interesados o de acceso a una parte del expediente). Por otro lado, la Administración también debe dictar una resolución cuando se produzcan los supuestos de finalización anormal que se verán a continuación, aunque se limita a constatar su existencia y a declarar finalizado por dicho motivo el procedimiento, sin decidir ni entrar en el fondo del asunto (art. 21.1 LPAC). Téngase asimismo en cuenta que la resolución del procedimiento vendrá a menudo precedida de una **propuesta de resolución**, no vinculante, preparada por el instructor del mismo. Pese a la insistencia con que la LPAC alude a la propuesta de resolución, solo es en general exigible en los procedimientos sancionadores y en aquellos en que la instrucción y la resolución se atribuyan a órganos distintos (arts. 88.7 y 89 LPAC), lo que no ocurrirá en muchas ocasiones. Finalmente, los artículos 88.5, 106.3 y 116.e) LPAC y numerosas normas sectoriales permiten dictar una **resolución de inadmisión** de solicitudes y recursos que carecen manifiestamente de fundamento. Se trata de una auténtica resolución del procedimiento, que decide y pone fin al mismo de forma anticipada, sin que se realicen sus trámites de instrucción, que se reputan innecesarios.

82. El artículo 86 LPAC, como hizo antes por primera vez de forma general el artículo 88 LRJPAC, contempla también la posibilidad de que los procedimientos finalicen mediante **terminación convencional**, esto es, mediante un acuerdo vinculante entre la Administración y los interesados que sustituya a la resolución unilateral del mismo por parte de aquella. Se permite aquí, en suma, que la Administración pacte con los interesados el ejercicio de la potestad en cada caso ejercida. A diferencia de lo que sucede en otros países como Alemania o Italia, este precepto de la LPAC no habilita por sí mismo a finalizar de esta forma cualquier procedimiento administrativo, sino que requiere que esté expresamente prevista en la norma —de rango

legal o reglamentario— que regule el concreto procedimiento de que se trate. Es lo que ocurre, p. ej., con el procedimiento de responsabilidad patrimonial (arts. 86.5 y 91 LPAC), el de expropiación forzosa (art. 24 LEF) o determinados procedimientos sancionadores (como las sanciones pactadas en materia tributaria —artículo 155 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria— o de defensa de la competencia —artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia—). A estos acuerdos, en que las partes no se encuentran en posición de igualdad, no les son aplicables las normas sobre convenios administrativos contenidas en los artículos 47 y ss. LRJSP (art. 48.9 LRJSP).

83. La **imposibilidad material** de continuación del procedimiento (art. 84.2 LPAC) se produce cuando, durante su tramitación, concurren causas sobrevenidas como, p. ej., el fallecimiento del sujeto presuntamente responsable de una infracción administrativa, o el derrumbe del edificio en ruina que la Administración se planteaba ordenar demoler. La finalización por **desistimiento** del **interesado** (arts. 84.1 y 94 LPAC) puede tener lugar en los procedimientos iniciados a instancia de parte, cuando el interesado no desee continuar con su tramitación (p. ej., cuando haya solicitado una licencia de obras y haya perdido interés en construir el edificio al no obtener la financiación requerida), y no impide que el interesado vuelva a iniciar un nuevo procedimiento en el futuro, a diferencia de la **renuncia** (arts. 84.1 y 94 LPAC), en cuya virtud declara unilateralmente extinguido el derecho invocado al iniciar el procedimiento (p. ej., cuando el interesado solicita la devolución de unos ingresos satisfechos indebidamente a la Administración tributaria y durante el procedimiento renuncia a percibirlos, no podrá solicitar su devolución en el futuro). El **desistimiento** de la **Administración** (art. 93 LPAC) solo puede producirse, motivadamente, en los procedimientos iniciados de oficio, en los supuestos y con los requisitos previstos en las leyes (como, p. ej., en el procedimiento de adjudicación de un contrato, por las causas tasadas establecidas en el art. 152.4 LCSP e indemnizando a los interesados por los gastos en que hayan podido incurrir).

84. La caducidad (arts. 25.1.b), 84.1 y 95 LPAC) y el silencio administrativo (arts. 24 y 25.1.a) LPAC) se producen cuando la Administración no resuelve el procedimiento (ni llega a un acuerdo de terminación convencional con los interesados, en caso de que sea posible) en el plazo máximo de que dispone (*supra* § 15.59 y ss.). La **caducidad** es el efecto que la ley atribuye a esta falta de resolución en plazo en los procedimientos iniciados de oficio destinados a la adopción de un acto **desfavorable o de gravamen** (p. ej., un procedimiento sancionador, de restauración de la legalidad vulnerada o de reintegro de una subvención previamente concedida), mientras que el **silencio** administrativo entra en juego en los procedimientos dirigidos a la emanación de un acto **favorable** para quien lo obtenga (tanto si se inician de oficio —p. ej., un procedimiento de concesión de una subvención o de selección de un funcionario—, como a instancia de parte —p. ej., un procedimiento de autorización, de acceso a información pública o de reclamación de responsabilidad patrimonial instado por la víctima—). La caducidad obliga a archivar el procedimiento desfavorable, en beneficio del interesado, aunque no impide que la Administración pueda

iniciar un nuevo procedimiento si todavía no ha prescrito la acción de que dispone para ejercer la potestad de que se trate (p. ej., si se trata de imponer una multa por una infracción muy grave, sometida supletoriamente a un plazo de prescripción de tres años —art. 30.1 LRJSP—, la Administración podrá iniciar un nuevo procedimiento sancionador si tras producirse la caducidad todavía no ha transcurrido dicho plazo de tres años desde que se cometió la infracción). El artículo 95.3 LPAC permite, en dicho caso, que en el nuevo procedimiento puedan mantenerse algunos trámites del caducado, salvo los de alegaciones, proposición de prueba y audiencia, que deberán repetirse. Según la controvertida STS de 14 de marzo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1576, FFJJ 3 y 4, el artículo 95.4 LPAC, en cuya virtud "podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento", se aplica también a los procedimientos iniciados de oficio (en particular, al de revisión de oficio del artículo 106 LPAC), aunque, a falta de la necesaria aclaración jurisprudencial, no parece que ello pueda dar lugar a procedimientos que se alarguen indefinidamente en el tiempo ni que resulte aplicable en los casos en que la acción de la Administración está sometida a un plazo de prescripción —al menos, no en perjuicio del interesado protegido por la prescripción—. Normas legales imperativas tan claras y tuitivas de los interesados como los arts. 21.2, 23, 25.1.b), 48.3 y 95.3 LPAC y las que establecen la prescripción de las acciones administrativas no pueden quedar a disposición de la interpretación discrecional que efectúe la Administración de los vagos términos del artículo 95.4 LPAC.

85. El artículo 95 LPAC contempla también la posibilidad de que la Administración declare la **caducidad** de los procedimientos iniciados a instancia de parte cuando se produzca su paralización porque **los interesados no lleven a cabo trámites** que resulten indispensables para continuar y poder resolver el procedimiento. La Administración debe advertirles de que se producirá la caducidad si en tres meses no realizan las actividades necesarias para reanudar la tramitación. Los interesados también podrán aquí iniciar un nuevo procedimiento si no ha prescrito su acción (p. ej., tratándose de una reclamación de responsabilidad patrimonial, si todavía no ha transcurrido el plazo de prescripción de un año establecido en el art. 67 LPAC). El silencio administrativo merece un epígrafe separado.

4.3.2. La peculiaridad del silencio administrativo

86. La figura del silencio administrativo, de larga tradición en España y desconocida —por innecesaria— en otros países, trata de responder a la reprobable práctica habitual en la Administración española de **incumplir el plazo máximo** de resolución en los procedimientos destinados a producir efectos favorables para los interesados. En unos casos, la ley otorga a dicha inactividad, a dicho silencio de la Administración, un efecto estimatorio de la pretensión del interesado (silencio positivo o estimatorio), mientras que en otros le asocia un efecto desestimatorio de la misma (silencio negativo o desestimatorio).

87. El **silencio positivo** tiene la consideración de **acto administrativo** finalizador del procedimiento (art. 24.2 LPAC), un **acto administrativo presunto** dotado de los mismos efectos que la resolución expresa estimatoria. Por ello, la Administra-

ción queda vinculada por dicho silencio y solo puede dictar una resolución expresa posterior cuando sea confirmatoria de la estimación producida (art. 24.3.a) LPAC). Esto significa que, en caso de que la Administración se percate de que el interesado no reunía los requisitos legalmente exigidos para obtener el acto favorable, solo podrá iniciar la revisión de oficio del artículo 106.1 LPAC, cuando el acto sea nulo de pleno derecho (contemplando específicamente el art. 47.1.f) LPAC un supuesto de nulidad de los actos presuntos cuando se carezca de los requisitos esenciales para la adquisición de las facultades o derechos que confieren), o impugnarlo en un plazo de cuatro años ante los tribunales del orden contencioso–administrativo mediante el recurso de lesividad (art. 107 LPAC), cuando la ilegalidad sea de mera anulabilidad (*infra* § 33.24 y ss.). Para facilitar su prueba, la Administración tiene la obligación de expedir de oficio un certificado acreditativo del silencio positivo producido, y que puede solicitar también el interesado (art. 24.4 LPAC).

88. En cambio, el **silencio negativo** no da lugar a un auténtico acto administrativo, sino que es una **mera presunción legal** destinada a permitir que el interesado pueda interponer los recursos pertinentes (art. 24.2 LPAC), sin tener que esperar indefinidamente a que la Administración se pronuncie sobre el asunto. Al no haber acto administrativo, la Administración no queda aquí vinculada por el silencio y puede dictar una resolución expresa posterior que (cuando proceda, por supuesto) estime la pretensión del interesado (art. 24.3.b) LPAC).

89. El artículo 25.1.a) LPAC dispone que, en el caso de los procedimientos **iniciados de oficio** (como un procedimiento de concesión de una subvención o de selección de un funcionario, en los ejemplos antes puestos), el silencio es **siempre negativo**. La situación es más compleja en los procedimientos iniciados a **solicitud** del interesado. El artículo 24.1 LPAC parte aquí de la **regla general del silencio positivo**, como hizo también la LRJPAC y a diferencia de la LPA. Sin embargo, permite que una norma con rango de ley —no un reglamento— o una norma de Derecho de la Unión o de Derecho internacional puedan establecer lo contrario, siendo muchas las leyes estatales y autonómicas que —ya bajo la vigencia de la LRJPAC— **exceptúan la regla general** y han optado por el silencio negativo. El propio artículo 24.1 LPAC enumera una serie de procedimientos en los que el silencio es negativo: los relativos al ejercicio del derecho fundamental de petición del artículo 29 CE (por el que se puede pedir lo que se quiera a la Administración, sin tener ningún derecho a obtenerlo), a la transferencia de facultades relativas al dominio público (p. ej., cuando el propietario de un bar solicita una autorización demanial para colocar mesas en la vía pública) o al servicio público (p. ej., cuando se solicita la autorización para abrir un colegio privado), a actividades que puedan dañar el medio ambiente (p. ej., un procedimiento de autorización de una fábrica o de una central nuclear), los procedimientos de responsabilidad patrimonial, los de recurso administrativo (salvo en el caso de doble silencio, en el recurso de alzada, en procedimientos distintos de los enumerados) y los de revisión de oficio iniciados a solicitud de interesados.

90. Es perfectamente comprensible que haya tantas excepciones al silencio positivo, puesto que la concesión de autorizaciones y otros actos favorables por el mero transcurso del plazo de resolución, sin

que la Administración haya examinado la solicitud presentada y comprobado que se reúnan los requisitos legalmente establecidos, puede ocasionar **serios riesgos** para **terceros** y para los **intereses públicos** en cada caso implicados. De hecho, el silencio positivo no tiene ninguna utilidad cuando el solicitante pide una prestación a la Administración (si esta no la entrega, el interesado deberá acudir igualmente a los tribunales, aunque sea a través de un recurso distinto —el de inactividad del art. 29 LJCA: *infra* § 34.64-67—) y, en los supuestos en que puede tener más sentido (cuando se solicita poder ejercer una determinada actividad poco peligrosa), será a menudo preferible sustituir la necesidad de obtención de la autorización por una mera comunicación que permita iniciar inmediatamente la actividad (*infra* § 22.69).

91. El silencio administrativo, tanto el positivo como el negativo, es, en todo caso, una **patología**. Una patología que debe **superarse** adoptando las medidas **organizativas** necesarias para que la Administración **cumpla** la obligación que le incumbe de tramitar y **resolver** diligente y motivadamente, en el plazo establecido, el procedimiento administrativo.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Oriol MIR PUIGPELAT, "El procedimiento administrativo de la Unión Europea y el debate sobre su codificación", en Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VAQUER CABALLERÍA (Directores), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I. Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 231-259.

Oriol MIR PUIGPELAT, "Teoría general del procedimiento administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–São Paulo, 2025 (en preparación)

Oriol MIR PUIGPELAT, *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

José María BAÑO LEÓN y Juan José LAVILLA RUBIRA (Directores), *Comentarios al Procedimiento Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Javier BARNES (Editor), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008.

César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.

Eduardo GAMERO CASADO (Director), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VAQUER CABALLERÍA (Directores), *Estudios sobre el procedimiento administrativo*, 3 vols., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018-2020.

Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 403-430
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L16
© Juli Ponce Solé
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 16
REGLAMENTOS Y OTRAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

Juli Ponce Solé
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS EN EL SISTEMA DE FUENTES: 1.1 Importancia, datos empíricos, terminología y conceptos; 1.2. Fundamento de la potestad reglamentaria de gobiernos y Administraciones; 1.3. Tipología: *1.3.1. Tipos de reglamentos y disposiciones administrativas en función de su relación con la ley*; *1.3.2. Tipos de disposiciones en función de quien los dicta; 1.3.3. Tipos de disposiciones en función del destinatario*; 1.4. Reglamentos locales.—2. LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO ADMINISTRATIVO Y DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA O ADMINISTRATIVA. NOCIÓN Y ALCANCE DE LAS INSTRUCCIONES.—3. ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS: 3.1. Los principios jurídicos de buena regulación y el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias: la mejora de la regulación (*better regulation*); 3.2. Procedimientos de elaboración de reglamentos: *3.2.1. Planificación normativa; 3.2.2. Estudios, informes y consultas; 3.2.3. Aprobación, publicación y entrada en vigor.*—4. LÍMITES Y CONTROLES JURÍDICOS. EN ESPECIAL, EL CONTROL EJERCIDO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA: 4.1 El control por el mismo gobierno o Administración que dicta la disposición; 4.2.- El control por los tribunales de justicia; 4.3. El control por el Tribunal Constitucional.—5. BIBLIOGRAFÍA; 5.1 Bibliografía citada; 5.2 Bibliografía complementaria recomendada.

1. REGLAMENTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS EN EL SISTEMA DE FUENTES

1.1. Importancia, datos empíricos, terminología y conceptos

1. Una de las derivaciones de la innovación jurídica en relación con el buen gobierno y la buena administración es la **mejora regulatoria o normativa**. La mejora de la regulación forma parte de la calidad institucional y, como vamos a ver con datos concretos, puede suponer un elemento relevante en la **diferencia entre que un país fracase o no** (ACEMOGLOU y ROBINSON, 2012). La mala regulación, por ejemplo, compromete la existencia de competencia en un mercado y, por tanto, afecta a la equidad y a la cohesión social, puesto que la competencia promueve las mismas (CORTÉS, 2011).

2. La **calidad normativa** se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública. De ahí la creciente preocupación de organizaciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Unión Europea (UE), que inició la reflexión sobre el tema con el Informe del *Mandelkern Group on Better Regulation* en 2001 y que en recientes documentos está ya considerando cuestiones vinculadas con las aportaciones conductuales desde la psicología (PONCE, 2022 y PONCE y VILLORIA, 2024) y la inteligencia artificial, así como las iniciativas impulsadas por diversos países en este ámbito, como es el caso de los Estados Unidos de América (EE.UU), Gran Bretaña, Francia y otros. Esta preocupación y las técnicas de gestión desplegadas es lo que se conoce como *better* o, más recientemente, *smart regulation* (por todos, BALDWIN, 2005).

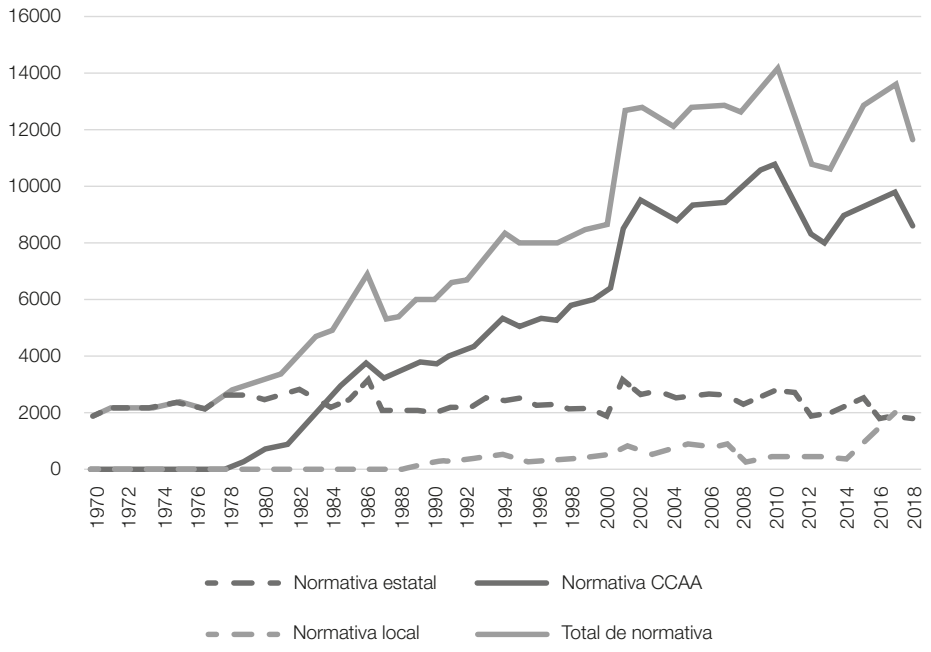
3. La mejora de la regulación supondría también una mejora de la **sostenibilidad social, ambiental y económica**. En este último aspecto, se ha calculado que en España se podría aumentar al menos un 1 por 100 el PIB si se mejorara la deficiente calidad normativa que tenemos, de acuerdo con las mediciones realizadas a nivel internacional (JIMÉNEZ, 2020). En fin, por decirlo con las palabras de Ramió, quien al analizar cuál podría ser la evolución administrativa en las próximas décadas, dentro de los posibles escenarios de cambio para las Administraciones públicas, destaca la configuración de "una administración esencialmente reguladora" en la que (RAMIÓ, 2017: 137, cursiva nuestra): "La regulación va a ser la principal política pública a impulsar por las instituciones a nivel internacional y a nivel local (y en una fase de transición también a nivel estatal). Regulación económica, regulación de nuevos derechos, regulación de nuevos sistemas políticos de participación, regulación de la prestación de servicios públicos (función de meta gobernador, en un sistema de prestación pública en red), regulación de los diversos ámbitos de convivencia y ordenación del territorio a nivel global. En el futuro, cada vez más la calidad de la regulación va a tener una correlación directa con el buen gobierno y con el bienestar social".

4. Cómo señala la jurisprudencia del TS hay una clara **conexión entre la buena regulación administrativa y el derecho a una buena administración.** Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de julio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:4057, señala que: "Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaría puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado

a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa comporta".

5. Por otro lado, no es posible hacerse una idea de la importancia de la potestad reglamentaria de los gobiernos y Administraciones sin tener en cuenta algunos datos empíricos. Así, no cabe ninguna duda de que es posible **medir cuantitativamente** el entramado normativo, simplemente contando normas y, dentro de éstas, reglamentos y demás disposiciones normativas, actividad que arroja unas cifras impresionantes.

6. Es ya un clásico aludir a la **legislación motorizada** o a la hemorragia normativa, expresiones que llevamos décadas escuchando y leyendo y que los números, desde luego confirman, como ha explicado recientemente Mora–Sanguinetti (2022), cifrando en 386.850 normas jurídicas existentes, con un incremento continuo en su número:



7. Sólo respecto a **normas relacionadas con el Covid-19**, existen centenares de estatales dictadas desde marzo de 2020, además de autonómicas y locales, muchas de ellas decretos–leyes. En total, en 2020 se publicaron 12.250 normas nuevas, multiplicando España por cuatro el número de normas aprobadas desde 1979 (momento en el que se publicaron 3012 normas), muchas de ellas de rango reglamentario**.**

8. Por poner un ejemplo autonómico, en Cataluña, a 2 de mayo de 2024, de acuerdo con los datos del Portal Jurídico de la Generalitat de Cataluña, constaban 1.019 leyes, 7.738 Decretos y 18.165 Órdenes. Aun teniendo en cuenta que no todas las órdenes contengan disposiciones generales de carácter reglamentario y muchas sean actos administrativos, ciertamente aun así el número es impresionante. En el específico **ámbito local** y en relación con la situación en Cataluña, hemos podido realizar una primera cuantificación de las ordenanzas vigentes, arrojando un saldo total, a fecha de mayo de 2017, de 17.652 (PONCE, 2017b).

9. En esta lección se habla de **"reglamentos" y "disposiciones administrativas"** de forma diferenciada, ¿significa esta distinta terminología que estamos ante realidades jurídicas distintas? Ante todo, conviene aclarar el significado de ambos conceptos, aunque ni la doctrina especializada ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ni siquiera la normativa, han acostumbrado a realizar una distinción especialmente cuidadosa entre ellos. El Tribunal Supremo acostumbra a tratar como equivalentes "disposiciones generales" y "reglamentos" (por ejemplo, STS de 4 de julio de 2012, ECLI:ES:TS:2012:5217). En este sentido, tradicionalmente se habla en España de **reglamento** como cualquier norma o disposición general dictada por un órgano del poder ejecutivo: bien por un gobierno, bien por un órgano administrativo (*supra* § 6.37-38). Así, por ejemplo, igual que en Cataluña el Consell de Govern de la Generalitat aprueba reglamentos, también cada universidad aprueba normas a las que denomina reglamentos (como, por ejemplo, el "Reglamento de los Usos Lingüísticos en la Universidad de Barcelona", aprobado en 1996 y modificado en 1999). Por otro lado, el Derecho positivo se refiere también de forma genérica a las **"disposiciones administrativas"**, incluyendo aquí todas las dictadas por el poder ejecutivo, tanto por gobiernos como por órganos administrativos. Así tenemos que el art. 105 a) de la Constitución Española (CE se refiere de forma genérica a la participación ciudadana en la elaboración de las "disposiciones administrativas", entre las que sin duda incluye los "reglamentos" dictados por el Gobierno (art. 97 CE). Lo mismo ocurre en el art. 106.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC al regular la revisión de oficio de las "disposiciones administrativas", y en el artículo 112.3 LPAC, al prohibir los recursos administrativos contra las "disposiciones administrativas de carácter general". En todos estos casos, disposición administrativa es cualquier norma o disposición con rango inferior a la ley procedente de un gobierno o una Administración pública, sin mayor distinción. En cambio, el artículo 128 LPAC distingue expresamente entre "reglamentos y disposiciones administrativas".

10. En esta lección, y pese a la imprecisión lingüística presente en el Derecho positivo y la jurisprudencia, se va a distinguir entre reglamentos (en sentido estricto) y disposiciones administrativas (también en sentido estricto). Reglamentos y disposiciones administrativas (entendidos ambos en sentido estricto) comparten el hecho de ser **normas o** disposiciones generales (como lo son la Constitución y las leyes), manifestaciones del ejercicio de la **potestad reglamentaria**, reglamentaria o poder normativo propio y característico del poder ejecutivo. Pero se distinguen entre sí porque los **reglamentos** en sentido estricto son, propiamente, las disposiciones generales de rango inferior a la ley que provienen de los gobiernos estatal, autonómicos y locales (únicos titulares originarios de la potestad reglamentaria). Así resulta del art. 97 CE y equivalentes de los estatutos de autonomía y de la legislación relacionada: para los municipios, art. 4.1 a) de la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y STC) 214/1989, FJ 6, en vinculación con la autonomía constitucionalmente garantizada (art. 140 CE). En cambio, **las disposiciones administrativas** en sentido estricto (aludidas en el art. 105 a) CE, no muy precisamente) son, desde luego, disposiciones generales, pero que provienen de **órganos de las**

Administraciones generales (ministros, consejeros) y de entes públicos que forman parte de la Administración institucional o instrumental (*infra* § 9), que ejercitan una potestad normativa ("reglamentaria") desconcentrada o derivada, por habilitación legal específica (por ejemplo, el Banco de España). A efectos expositivos, cuando en esta lección se hable simplemente de reglamentos, disposiciones administrativas o disposiciones generales de rango reglamentario, sin mayores precisiones, se entenderán estas expresiones en un sentido amplio o genérico, incluyendo cualesquiera normas infra legales aprobadas por órganos gubernativos o administrativos. En cambio, cuando se hable de reglamentos "en sentido estricto" se hará referencia sólo a las disposiciones dictadas por un órgano de gobierno territorial (estatal, autonómico o local).

11. ¿Qué consecuencias tiene esta distinción en la práctica? La LPAC citada extrae las siguientes:

a) **Las disposiciones administrativas en sentido estricto se subordinan a los reglamentos emanados de los gobiernos** (art. 128.3 LPAC), salvo en el caso de las autoridades independientes (art. 129.4 LPAC).

b) En principio, el **desarrollo normativo general de las leyes está reservado a los reglamentos ejecutivos** (aprobados por los gobiernos), de tal manera que, si una ley pretendiera atribuir su desarrollo a los titulares de ministerios o consejerías o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, cabe entender que debería ser para cuestiones concretas y técnicas específicas, y debería justificarse específicamente, por ser excepcional (art. 129.4 LPAC) (*supra* § 6.40)

13. Las posibles confusiones terminológicas no terminan con la distinción apuntada entre reglamentos y disposiciones administrativas. Las distintas manifestaciones del ejercicio de la potestad reglamentaria reciben a su vez **diferentes denominaciones**, como veremos (decretos, órdenes, ordenanzas, etc.). A su vez, algunos de estos nombres no siempre hacen referencia a disposiciones generales de rango inferior a la ley resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria, sino a actos administrativos. Por ello, es preciso ser prudentes con la terminología, que a veces puede ser confusa. Así, por ejemplo, los reglamentos que aprueban los gobiernos se contienen en decretos (real decreto, una denominación histórica, si son del gobierno estatal). Ahora bien, no todo (real) decreto contiene un reglamento.

14. Por ejemplo, por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el gobierno de España declaró el **estado de alarma** para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Una equiparación automática entre nombre y contenido nos haría concluir que, al tratarse de un real decreto, estamos ante un reglamento dictado por el gobierno estatal. Pero el Tribunal Constitucional había aclarado ya previamente (STC 83/2016), que las declaraciones por real decreto de estados de alarma son, sí, disposiciones generales, pero no reglamentarias, sino, por las peculiaridades de su ubicación sistemática en el ordenamiento jurídico, de rango legal.

15. También, como veremos, con frecuencia bajo una denominación que podría hacernos creer que estamos ante un reglamento o disposición administrativa puede ocultarse, en realidad, **un acto administrativo**, es decir una decisión administrativa no normativa. Esto sucede con frecuencia en el caso de las llamadas órdenes (provenientes de los ministros o consejeros de las Comunidades Autónomas), que a veces contienen

una auténtica disposición general de carácter reglamentario y en otras ocasiones actos administrativos. Por ejemplo, una orden ministerial puede contener un acto administrativo como la concesión de una subvención pública a una concreta empresa. El criterio para saber discernir cada caso lo expondremos en breve, cuando hablamos de la diferencia entre reglamento o disposición administrativa y acto administrativo. Podemos avanzar ahora que para saber si estamos en cada caso ante una disposición o un acto, hará falta, más allá del nombre dado a la decisión, estar atentos a las características propias de los reglamentos y disposiciones administrativas, que iremos precisando.

1.2. Fundamento de la potestad reglamentaria de gobiernos y Administraciones

16. Los motivos por los cuales hoy en día se reconoce a los gobiernos y a las Administraciones el poder de dictar reglamentos y disposiciones administrativas se pueden encontrar en **razones históricas y prácticas.**

a) Las **razones históricas** tienen que ver con los cambios producidos a partir de las revoluciones liberales de los siglos XVI, XVIII y XIX en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos y las repúblicas hispanoamericanas independizadas de España. En las primeras constituciones aceptadas por las monarquías se reconocían dos poderes normativos autónomos con su propia legitimación: el del monarca, que podía delegar en su gobierno, de raíces históricas y legitimación dinástica, y el del parlamento, basado en el principio democrático.

b) A este arrastre histórico se sumó una **necesidad práctica**: la imposibilidad de que las leyes, aprobadas por los parlamentos mediante un procedimiento legislativo con publicidad, pero también con lentitud, consideraran todas las cuestiones de detalle necesarias para ejecutar las leyes.

17. Finalmente, hoy en día, estas razones han derivado hacia su **reconocimiento** en el ordenamiento jurídico vigente. Así, la Constitución española reconoce la potestad reglamentaria al **gobierno estatal** y a las Administraciones implícitamente (arts. 97 y 106.1 y 153 c, respectivamente) y los estatutos de autonomía a los **gobiernos autonómicos** (por ejemplo, art. 68 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006). Las leyes reconocen a los ministros la potestad de dictar disposiciones administrativas en materias propias de sus departamentos (perspectiva llamada históricamente *ad intra*), sin afectar a los ciudadanos o *ad extra*: (arts. 4.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno [LG]y 61 a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [LRJSP]) o incluso afectándolos, pero sólo si lo prevé una ley específica (art. 129.4 LPAC). Igualmente, la ley reconoce la potestad reglamentaria a las Administraciones públicas, incluidos los municipios (art. 4.2 LBRL), como expresión de la autonomía municipal constitucionalmente reconocida en el art. 140 CE, así como otras entidades públicas, como por ejemplo el Banco de España (como se ha destacado en la STC 135/1992).

1.3. Tipología

18. Se pueden distinguir diferentes tipos de reglamentos y disposiciones administrativas, en función de su relación con la ley (1.3.1), de quién los dicta (1.3.2) y del destinatario (1.3.3).

1.3.1. Tipos de reglamentos y disposiciones administrativas en función de su relación con la ley

19. Antes de exponer los tipos de disposiciones reglamentarias o administrativas generales en función de su relación con la ley, conviene contextualizar esta tipología en el **marco del principio de legalidad** a que hace referencia el artículo 9.3 CE, como elemento importante del Estado de Derecho. Como ya sabemos, el principio de legalidad propio del Estado de Derecho implica, para una parte relevante de la doctrina, que, como regla general, toda actividad administrativa esté predeterminada por una norma jurídica previa, existiendo un debate doctrinal sobre si esta norma previa tiene que ser siempre una norma con rango de ley o no. Para algunas opiniones, hay una reserva general en la Constitución a favor de la ley para todo aquello que afecte a la libertad o propiedad de las personas; para otras no: la exigencia de norma con rango de ley dependerá de si hay una específica reserva de ley constitucional en la materia concreta sobre la que quiere actuar la Administración (*supra* **§** 6.20). En el marco de esta cuestión es donde situamos la exposición sobre los tipos de reglamentos y disposiciones administrativas en función de su relación con la ley (supra 6 §28).

20. Tenemos, en primer lugar, **reglamentos y disposiciones administrativas independientes,** denominadas también utilizando una expresión latina, *praeter legem*, es decir, fuera de la ley. Un reglamento o disposición administrativa que no desarrolla una ley previa, porque no existe, se califica como independiente.

21. De acuerdo con el debate doctrinal antes aludido, para los que creen que hay una **reserva de ley general** en la Constitución sobre la libertad y la propiedad de los ciudadanos, y por tanto principio de legalidad y reserva de ley son lo mismo, estas disposiciones independientes no serían posibles. En cambio, para los que consideran que el principio de legalidad implica a veces norma con rango legal previa y a veces no, en función del alcance de las reservas de ley concretas existentes en la Constitución, sí lo serían (siempre que el legislador no haya decidido, a pesar de la no existencia de reserva concreta, intervenir previamente). Por nuestro lado, dada la potestad reglamentaria propia de los gobiernos (expresamente prevista en el art. 97 CE y los estatutos de autonomía) y dada la existencia de reservas de ley específicas en la propia Constitución (por ejemplo, art. 53.1 CE en relación con la regulación del ejercicio de derechos fundamentales), consideramos que en ámbitos donde no haya reserva de ley específica en la CE, y el legislador no haya decidido regular (cosa que puede hacer cuando quiera, pues no hay reserva reglamentaria), un reglamento gubernativo podría entrar a normar la materia. Esto ha sucedido históricamente y ha sido aceptado por la jurisprudencia española, en ámbitos como los puramente organizativos internos de las Administraciones públicas, pero también en otros, como la regulación en materia de protocolo y de espectáculos taurinos tradicionales (STS de 20 de octubre de 2005, ECLI: ES:TS:2005:7245). **En la práctica**, dadas las numerosas reservas de ley constitucionales y el gran número de leyes existentes, la diferencia entre las dos posturas expuestas se reduce: será difícil no encontrar una ley de cobertura de la posterior disposición reglamentaria (*supra* § 6.20 a 23).

22. También tenemos, en segundo lugar, **reglamentos y disposiciones administrativas ejecutivas**, denominadas también *secundum legem*, es decir, de acuerdo con la ley. A diferencia de las anteriores, se dictan en desarrollo o ejecución de una ley previa. Bien en materias en las que hay una reserva de ley, y por tanto la disposición reglamentaria o administrativa necesariamente ha de ser posterior a la ley; bien en materias donde no hay reserva de ley, pero donde el correspondiente parlamento ha aprobado una ley, que luego puede ser desarrollada por un reglamento gubernativo y, en última instancia, también por una disposición administrativa.

23. Así, la **regulación del derecho de propiedad** está reservada a la ley (arts. 33 CE y 53.1 CE), lo que obliga a aprobar una ley si se pretende establecer un tope a las cuantías de los precios de alquiler de pisos de propiedad privada, para favorecer la asequibilidad de la vivienda a los arrendatarios (por ejemplo, como se hizo en Cataluña en la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda, declarada en gran parte inconstitucional por motivos competenciales por la STC 37/2022). Así lo hace la ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda en su art. 18, que ha sido considerado constitucional por la STC 79/2024.

24. En estos casos, la disposición reglamentaria o administrativa es un **complemento** para la regulación legal que sea **indispensable** por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la misma ley (STC 83/1984). El que este complemento sea indispensable habrá que determinarlo caso a caso, en función de la materia y la regulación (es, pues, éste un concepto jurídico indeterminado, generado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). En todo caso, al menos en materias reservadas a la ley no será nunca posible la denominada **remisión en blanco:** es decir, que el legislador no establezca reglas limitativas sobre los fines u objetivos que tiene que perseguir la disposición de carácter reglamentario, **deslegalizando** así una materia sometida a reserva de ley constitucional. En materias reservadas a la ley hace falta, pues, que la ley diseñe el campo de juego dentro del que se moverá el futuro reglamento.

25. En tercer lugar tenemos las **disposiciones o reglamentos de necesidad**, denominados también *contra legem*, es decir, en contra de la ley. Son aquellas disposiciones que pueden dictarse por circunstancias excepcionales y de manera limitada temporalmente, a pesar de que puedan colisionar contra normas de rango superior o no apliquen o dejen suspendidas normas de rango superior. Obviamente, los reglamentos o disposiciones *contra legem* han de estar previamente autorizados por la ley. Solamente así se explica que puedan desplazar temporalmente la aplicación de cualquier otra norma.

26. Dos ejemplos de lo dicho son, en primer lugar, los reglamentos que se puedan dictar en los **estados de alarma, excepción o sitio** (art. 116 CE) o, en segundo lugar, los que pueda dictar un alcalde de acuerdo con el art. 21.1 m) LBRL, que los habilita para "adoptar provisionalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos o de grave riesgo de los mismos las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta al pleno del ayuntamiento". Un ejemplo de reglamento *contra legem*, que fue derogado unas semanas más tarde, dictado en el marco de la pandemia de Covid-19 podría ser la Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en la que, a consecuencia de la epidemia de Covid-19, de forma extraordinaria se suspendían las comunicaciones ordinarias y los permisos de salida de los internos en los centros penitenciarios. Este reglamento *contra legem* contaba con la autorización genérica de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

1.3.2. Tipos de disposiciones en función de quien los dicta

27. Los **reglamentos** en sentido estricto, como ya sabemos, pueden ser dictados por los diferentes gobiernos, estatal, autonómicos y locales (*supra* § 9.78).. Las **disposiciones administrativas** en sentido estricto se dictan por ministros, consejeros y órganos administrativos, siempre que exista una atribución específica de la potestad normativa por el ordenamiento jurídico. Esto incluye la posibilidad de dictar disposiciones administrativas por parte de la denominada **Administración institucional o instrumental** (personas jurídicas públicas creadas para desarrollar funciones específicas: *infra* § 9), y dentro de esta por las Administraciones reguladoras independientes (creadas en el contexto de liberalizaciones de los últimos años en nuestra economía, como por ejemplo la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o el Banco de España). Más adelante nos referiremos específicamente a las disposiciones reglamentarias de las entidades locales (*infra* § 16.32).

28. Por último, desde la perspectiva del órgano competente también cabe efectuar una distinción entre las disposiciones reglamentarias o administrativas y el **Derecho débil o *soft law*.** Existen leyes que otorgan la potestad para dictar instrumentos de *soft law* a órganos distintos del gobierno. Así, por ejemplo, el art. 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia le otorga la habilitación para dictar "comunicaciones que aclaren los principios que guíen su actuación". Asimismo, existe un conjunto variado de disposiciones dictadas por órganos técnicos que formalmente no tienen la consideración de normas jurídicas, con independencia de que sí tengan efectos jurídicos: guías metodológicas (como las usadas en el ámbito de la evaluación de impacto normativo desarrollada en los procedimientos administrativos reglamentarios por el Estado o las CCAA), recomendaciones, códigos de conducta, protocolos, etcétera.

29. La categoría de *soft law* o Derecho débil es ciertamente lábil, compleja y muy variada, con lo que vuelve a surgir la necesidad del análisis caso por caso, puesto que en ocasiones se puede suponer que algo es Derecho débil y no serlo finalmente: así las **cartas de servicio** que establecen estándares de buena administración en Cataluña son obligatorias y tienen efectos normativos (art. 59 de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). El derecho a una buena administración de los ciudadanos exige la existencia de un procedimiento de elaboración de dichos documentos que, como mínimo, garantice el respeto de los principios de buena regulación, ante la falta en la actual LPAC de su inclusión específica entre las disposiciones elaboradas por el poder ejecutivo, lo que sería recomendable para garantizar un nivel adecuado de legitimidad democrática y objetividad, estableciendo un marco organizativo y procedimental específico, lo que es especialmente importante para el caso de supuestos de *soft law* que provienen ya no del sector público, sino del privado pero son empleados por las AAPP (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2021).

1.3.3. Tipos de disposiciones en función del destinatario

30. Ha sido tradicional distinguir las disposiciones administrativas y reglamentarias en función de si afectan solo al **ámbito interno, autoorganizativo** (*ad intra*) o al **ámbito social** externo, a los ciudadanos (*ad extra*). En función de esta distinción,

las disposiciones *ad intra* tendrían una elaboración diferente, menos exigente, al no afectar, teóricamente, a los ciudadanos (ej.: art. 133 LPAC, que excluye a los reglamentos organizativos de los "trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este articulo", al que después nos referiremos). Ahora bien, ¿tiene sentido mantener hoy en día esta distinción? ¿se puede sostener realmente que una disposición reglamentaria que dispone de la organización interna de un servicio público no afecta nunca a los ciudadanos? ¿No está afectando, de hecho, a su derecho a una buena administración, reconocido por la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS de 4 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4117? (PONCE, 2019) Lo cierto es que la distinción entre disposiciones *ad intra* y *ad extra* sigue presente en nuestro Derecho, (*supra* § 7.72) aceptando la jurisprudencia que las disposiciones *ad intra* no requieren ciertas garantías, como por ejemplo un informe previo (dictamen) del organismo administrativo consultivo competente (Consejo de Estado [art. 107 CE] o equivalente autonómico) antes de su elaboración, como veremos.

31. Un **á**mbito que ha recibido atención histórica es el de las llamadas **relaciones de sujeción especial** (*supra* § 7.94). Este concepto hace referencia a un tipo singular de relación jurídica administrativa en la que el ciudadano se encuentra en una situación de especial intensidad en su conexión con la Administración. Es el caso de los funcionarios, de los internos en centros penitenciarios e incluso de los estudiantes en los centros públicos. Durante un tiempo hubo un debate sobre si esta situación de especial intensidad significaba que eran posibles disposiciones reglamentarias independientes, a pesar de que se afectaran derechos constitucionales sometidos a reserva de ley (pensemos en el derecho a la educación del art. 27 CE, por ejemplo). Finalmente, la STC 61/1990 cerró la discusión, afirmando que cuando existiera reserva de ley la disposición reglamentaria solo podía ser ejecutiva de una ley previa, incluso allí donde hubiera relaciones administrativas de especial intensidad. Posteriormente, la STC 132/2001, FJ 4, expresamente ha negado toda relevancia constitucional actual al concepto histórico de relación especial de sujeción.

1.4. Reglamentos locales

32. Los reglamentos municipales se denominan **ordenanzas** (fiscales, urbanísticas, etc.) o simplemente **reglamentos** (orgánicos, de servicios municipales, de personal, etc.). La jurisprudencia del TS ha establecido que también los **planes de urbanismo** tienen naturaleza reglamentaria (doctrina repetida numerosas veces, así STS de 29 de abril de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1679). Se trata, en todo caso, de normas aprobadas por los plenos de las entidades locales.

33. Por otro lado, son clásicos en nuestro Derecho los **bandos de alcaldía** (arts. 21.1 e), 124.4 g) LBRL) que frecuentemente incorporan avisos, recomendaciones, advertencias o recordatorios, pero que no tienen carácter reglamentario en sentido estricto, ni siguen, por lo tanto, su procedimiento de elaboración, al que luego aludiremos, a pesar de que en circunstancias excepcionales, como hemos visto

antes en el art. 21.1 m) LBRL (*supra* § 16.25) pueden suponer, en realidad, reglamentos de necesidad.

34. Un ejemplo de bando municipal, dictado **durante la pandemia de Covid-19** en la primavera de 2020, se puede encontrar en la página web del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama, en la Comunidad Autónoma de Madrid. En este bando, y en el contexto del mandato de confinamiento establecido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma, disponía el alcalde que "sólo puede sacar a pasear al perro una persona, y un máximo de tres veces al día (…)". Precisamente, la crisis de la Covid-19 en la primavera de 2020 suscitó de nuevo la polémica sobre la competencia de los alcaldes para tomar medidas restrictivas en bandos municipales como este y otros similares.

35. Los reglamentos municipales son dictados en el **ámbito de las competencias correspondientes**, como expresión de la **autonomía local** constitucionalmente garantizada (arts.137 y ss. CE) y aprobados por el pleno del ayuntamiento, órgano que, a imagen y semejanza de los parlamentos, refleja el pluralismo político (*supra* § 6.43).

36. La STS 10 de diciembre de 2020 ECLI:ES:TS:2020:4194, por ejemplo, acoge una concepción amplia de las competencias locales y de la autonomía local, refiriéndose a la **"vinculación negativa"** a la ley de las ordenanzas locales, en línea, añadimos nosotros, con el artículo 4.2 de la Carta europea de Autonomía Local (CEAL), "las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad".

37. En fin, hay una tendencia creciente al **aumento** de los reglamentos locales en los últimos años. Junto a las materias tradicionales, incluyendo las regulaciones urbanísticas, de tanta relevancia, crecientemente los ayuntamientos han entrado a regular materias con incidencia en derechos, incluso fundamentales, de los ciudadanos. Desde las ordenanzas de convivencia ciudadana o civismo, pasando por las del uso del *burka* o la *nicab*, la contaminación acústica, electromagnética y lumínica, sobre olores, basura y vertidos, la protección y tenencia de animales de compañía y peligrosos, la movilidad, el aprovechamiento de energía solar o los establecimientos de tatuajes, las regulaciones locales (incluyendo los reglamentos orgánicos municipales, que inciden en aspectos vinculados con el acceso a la información de archivos y registros), se puede afirmar la existencia de una tendencia clara a la ampliación de las materias de las que se vienen ocupando las ordenanzas municipales. Ello no exime de que, cuando exista reserva de ley en una materia, deba existir una previa norma con rango de ley (estatal o autonómica), pues las ordenanzas no cumplen este requisito.

38. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (SSTC 223/1999 y 132/2001) han aceptado una mayor **flexibilidad en la relación ley–reglamento local**, en ámbitos como el tributario o el sancionador, donde existe reserva de ley constitucional, pudiendo ser la remisión legal más amplía de la que sería si se tratara de un reglamento estatal o autonómico (*supra* § 6.43). Pero la exigencia de ley previa en los casos de reserva de ley se mantiene (por ejemplo, en el ámbito sancionador esta ley es la LBRL, Título XI).

39. La exigencia de ley previa en la regulación del ejercicio de derechos fundamentales (art. 53.1 CE), incluso pese a la doctrina constitucional que la flexibiliza, se ve claramente expresada en la STS de 14 de febrero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:693, que anuló una ordenanza del Ayuntamiento de Lleida que **prohibía el velo integral** en espacios municipales. Según el TS: "(…) el paso desde un principio de vinculación positiva de las ordenanzas municipales a la ley (…) a un principio de vinculación negativa, no autoriza a prescindir del hecho de que tal vinculación negativa existe, vinculación que comienza por la Constitución (arts. 9.1 y 53.1 CE); y ello sentado, si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa una ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del artículo 53 CE, arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la ley."

2. LA DISTINCIÓN ENTRE ACTO ADMINISTRATIVO Y DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA O ADMINISTRATIVA. NOCIÓN Y ALCANCE DE LAS INSTRUCCIONES

40. Una disposición general de carácter reglamentario, sea reglamento en sentido estricto o disposición administrativa, es una decisión jurídica formalizada que proviene del poder ejecutivo como resultado del ejercicio de una potestad administrativa: la potestad reglamentaria. Sin embargo, en la práctica no siempre es fácil diferenciar entre una norma de rango reglamentario y un acto administrativo. Un decreto, tanto estatal como autonómico, unas veces puede contener una disposición general y otras veces un acto administrativo. La calificación correcta no siempre es fácil.

41. Los **reglamentos y disposiciones administrativas** son normas jurídicas de rango jerárquico inferior a las leyes, como ya sabemos, que se integran en el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, regulan situaciones abstractas y generales, que pueden suceder en el futuro. Han de ser publicadas para desplegar efectos (art. 131 LPAC) y solo son modificadas o derogadas por nuevas posteriores de igual o superior rango. Contra las mismas no cabe recurso administrativo (art. 112.3 LPAC). Por el contrario, en general (esta matización es importante), los **actos administrativos** se dirigen a uno o varios destinatarios concretos (ej. una multa de tráfico, pero también existen actos plúrimos, dirigidos a una pluralidad de personas), son notificados (aunque en ocasiones son publicados), sus efectos se agotan en cada cumplimiento (así, pagar la multa impuesta) y contra los mismos cabrá recurso administrativo de alzada o reposición, dependiendo de si el acto agota o no la vía administrativa (art. 112.1 LPAC).

42. Si calificáramos una decisión como disposición general, resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria, ello tendría una serie de **consecuencias prácticas,** vinculadas al respeto de las orientaciones (principios de buena regulación, que veremos) y límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Así, deberíamos comprobar que quien dicta la decisión tiene, efectivamente, otorgada potestad reglamentaria para afectar a los ciudadanos (disposición *ad extra*), y que en la elaboración de esta decisión se ha seguido el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamen-

tarias, que es específico y que luego detallaremos (*infra* §§ 16.50-54). Si la decisión fuera una disposición general, el gobierno o la Administración, antes de dictarla, tendría que respetar todos los límites y orientaciones propios del ejercicio de la potestad reglamentaria, y los ciudadanos y los órganos de control, incluido el poder judicial, una vez dictada, podrían comprobar si se han cumplido, y, en caso contrario, utilizar los recursos disponibles contra ella (*infra* § 16.81), impugnarla y llegar a la declaración judicial de su invalidez. Ahora bien, si no se tratara de una disposición general e hiciéramos todo esto, estaríamos cometiendo errores jurídicos importantes. Por parte de la Administración, se estaría siguiendo un procedimiento de elaboración equivocado; por parte de los ciudadanos, eligiendo también recursos equivocados y por parte de los jueces anulando una decisión por vicios jurídicos que no serían tales. En consecuencia, decidir en cada caso si estamos ante un reglamento o disposición administrativo o no, es una decisión práctica muy importante.

43. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, podríamos decir, **hipotéticamente**, que una orden administrativa convocando unas oposiciones sería una disposición administrativa resultado también del ejercicio de la potestad reglamentaria, por parte de un consejero de un gobierno autonómico. Pero hemos de ser prudentes, pues, como vamos a comprobar, esta afirmación sería errónea.

Podríamos emplear varios indicios para llegar a tal conclusión. El nombre (orden, habitual, como sabemos con relación a disposiciones generales dictadas por los consejeros autonómicos); el hecho que vaya dirigida a una pluralidad indeterminada de personas desconocidas (cientos o miles, quién sabe: todos los posibles interesados en presentarse a la oposición); que se publique en el diario oficial correspondiente, etc., Todos estos podrían ser indicios que nos podrían llevar a afirmar que estamos ante una disposición general de carácter administrativo. Tomemos como ejemplo la Orden 7/2019, de 28 de febrero, de la Conselleria d´Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana por el que se convoca un procedimiento selectivo de profesores de enseñanza secundaria. De acuerdo con lo señalado, podríamos pensar que estamos ante un reglamento. Pues bien, podemos avanzar que en el ejemplo que nos ocupa, a pesar de las apariencias, no estamos ante una disposición reglamentaria, sino ante una decisión administrativa (acto administrativo) que no es resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria. .

44. Podríamos pensar que el criterio para identificar una disposición general sería su **publicación** en un diario oficial y que regule una situación en **abstracto y de forma general**, de cara al futuro. Ahora bien, los criterios mencionados, a pesar de que puedan ser intuitivos y de que funcionan bien a menudo, no son definitivos y nos pueden inducir a error. Hay casos en que fallan, porque nos podemos encontrar ante decisiones que a pesar de dirigirse a una pluralidad indeterminada de personas (no a un destinatario concreto) y ser publicados en los diarios oficiales no son disposiciones generales, sino actos administrativos. Este es el caso de la orden de la mencionada consellería valenciana por la que se convoca una oposición. Se publica en un diario oficial y tiene destinatarios generales, pero no es una disposición reglamentaria.

45. ¿Cuál es, pues, el criterio definitivo para identificar una disposición general y distinguirla de un acto administrativo? Es la voluntad de la decisión de **inscribirse en el ordenamiento jurídico**, innovándolo, y no agotándose en un único cumplimiento. La STS de 4 de julio de 2012 condensa la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: "(…) la diferencia está en que el reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho subjetivo existente y así se admite pacíficamente la figura de los actos

administrativos generales que tienen por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos ("actos plúrimos"). Por tanto, los actos administrativos carecen de esa finalidad normativa pues no contienen una regulación con voluntad de permanencia (criterio de la consunción), teniendo una misión ejecutiva e instrumental y no innovan el ordenamiento jurídico preexistente (criterio ordinamentalista)."

46. El art. 3 de la Ley vasca 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General señala que "se entienden por disposiciones normativas de carácter general las que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen (…) contienen normas jurídicas que innovan el ordenamiento jurídico", lo que las distingue de los actos administrativos o resoluciones de carácter particular que "no teniendo vocación de permanencia se agoten con una sola aplicación, incluso en el supuesto de que pretendan su aplicación a una pluralidad de casos…". A diferencia de la orden valenciana antes aludida, podemos referirnos ahora a un segundo ejemplo también valenciano: el Decreto 172/2021, de 15 de octubre, del Consell de la Comunitat Valenciana, de desarrollo de la Ley 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunidad Valenciana. En este segundo ejemplo, sí estamos ante una disposición general (más específicamente, un reglamento en sentido estricto): su voluntad es innovar el ordenamiento jurídico regulando el régimen jurídico de los *lobbies* hasta que sea derogado en el futuro.

47. En el marco de lo que exponemos, otro foco de posible confusión pueden ser aquellos casos en que nos encontramos ante decisiones que llevan por nombre **instrucciones, órdenes de servicio** (art. 6 LPAC) o, más tradicionalmente, **circulares**. Se trata de decisiones administrativas que los superiores jerárquicos utilizan para orientar la actividad de los inferiores, una técnica para articular el principio democrático con la objetividad en el servicio a los intereses generales. Pero en ocasiones, bajo esa denominación se encuentran decisiones que afectan a derechos de los ciudadanos. ¿Son las instrucciones o circulares disposiciones generales? **La respuesta dependerá de lo que en realidad se esconda detrás de la palabra** instrucción, orden de servicio o circular. Por eso, de nuevo, se debe ser prudente y analizar caso por caso.

48. Si la instrucción, orden de servicio o circular va dirigida realmente **sólo al interior** de la Administración, nos encontraremos ante directrices internas que no afectan a los ciudadanos de manera directa. Este tipo de instrucciones establecen criterios sobre cómo tienen que ser interpretadas y aplicadas normas jurídicas preexistentes, pero no innovan el ordenamiento jurídico. No son disposiciones generales. Según la STS de 14 de diciembre de 2021 ECLI:ES:TS:2021:4830: "(…) cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u ordenas de servicio (…)". .Si en cambio, con independencia del nombre, la decisión busca **innovar el ordenamiento**, nos encontramos ante una auténtica disposición administrativa, que sólo será lícita si previamente la ley ha atribuido potestad normativa al correspondiente al órgano administrativo.

49. Así, por ejemplo, nos podemos encontrar con documentos similares a este: Instrucció 3/2020, de 13 de març, de la Secretaria d´Administració i Funció Pública, sobre mesures preventives, de protecció i organitzatives d'aplicació al personal al servei de l'Administració de la Generalitat de Catalunya amb motiu del coronavirus SARS–CoV-2. Mediante esta instrucción se reduce la movilidad de los

empleados públicos en las dependencias administrativas, para evitar la propagación de la epidemia. Circular 3/2016, de 21 de marzo, del Banco de España, a las entidades titulares de cajeros automáticos y las entidades emisoras de tarjetas o instrumentos de pago, sobre información de las comisiones por la retirada de efectivo en cajeros automáticos. Mientras en el primer caso, la instrucción va dirigida al interior de la Generalitat de Cataluña, a sus empleados públicos (*ad intra*), en el segundo caso el Banco de España, que es Administración pública también (reguladora independiente) por habilitación de una ley previa regula cómo unos privados (los bancos en este caso) tienen que cumplir las obligaciones de suministro de información. Esta "circular", por su contenido, sería entonces una verdadera disposición administrativa de carácter reglamentario.

3. ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

3.1. Los principios jurídicos de buena regulación y el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias: la mejora de la regulación (*better regulation*)

50. Los **principios de buena regulación** (íntimamente vinculados al movimiento ya aludido de *better regulation*) están previstos en el artículo 129 LPAC y son aplicables indistintamente a la iniciativa legislativa desarrollada mediante proyectos de ley y al ejercicio de la potestad reglamentaria, a pesar de que nosotros ahora nos concentramos en esta última, formando parte de las bases de régimen jurídico de las Administraciones (art. 149.1.18 CE y STC 55/2018) y siendo aplicables, pues, a todos los reglamentos y disposiciones administrativas de todos los gobiernos y Administraciones en España. Según el artículo 129.1 LPAC, esos principios son los de **necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia**, que son objeto de definición en el mismo precepto.

51. Estos principios de buena regulación deben orientar la elaboración de reglamentos (en sentido estricto) y también de las disposiciones administrativas. Dado que los principios de buena regulación son principios legales **vinculantes**, su infracción puede dar lugar a la nulidad de la correspondiente disposición general.

52. La consagración en España de estos principios de buena administración está asociada al movimiento internacional ya mencionado de **mejora de la regulación** (*better regulation*), que ha motivado que el ordenamiento español no sólo haya reconocido dichos principios, sino que, como vamos a ver, haya adoptado, al menos en la letra de la ley, una parte de la caja de herramientas de la buena regulación. Este movimiento no se ocupa únicamente de la llamada simplificación, esto es, de la mera reducción del número de normas, sino que va mucho más allá y busca obtener mejores reglamentos y disposiciones administrativas, incluyendo una mayor transparencia y participación ciudadana. Cada vez todo el mundo es más consciente de la importancia de las normas jurídicas, incluidos los reglamentos, para la sostenibilidad económica (se ha medido ya la influencia de las regulaciones de mala calidad en los PIB de los países), social y ambiental.

3.2. Procedimientos de elaboración de reglamentos

53. Los legisladores estatales y autonómicos (en cumplimiento del art. 105 a) CE) han regulado en los últimos años diversos **procedimientos de elaboración de reglamentos** que, impulsados por este movimiento internacional mencionado, quieren mejorar la calidad normativa, proteger los derechos de los ciudadanos y hacer efectivo su derecho a una buena administración. Nosotros nos concentraremos aquí en las reglas establecidas por la LPAC (concretamente en los arts. 130 y ss.) que articulan los principios de buena regulación expuestos antes. Aunque la LPAC ampara esa regulación en la competencia estatal para dictar las "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común" (art. 149.1.18 CE), el Tribunal Constitucional ha considerado que algunas de aquellas normas exceden de la competencia estatal, por lo que no son aplicables a las comunidades autónomas (STC 55/2018).

54. Debido a la falta de precisión en la LPAC, no está claro si las reglas procedimentales básicas de la LPAC se aplican sólo a los reglamentos en sentido estricto (los aprobados por gobiernos) o también al conjunto de las disposiciones administrativas (aprobadas por órganos administrativos). En principio, siguiendo el propio tenor literal de la LPAC, se podría considerar que **sólo los reglamentos gubernativos** (esto es, los reglamentos en sentido estricto, dictados por los gobiernos estatal, autonómicos o locales) están vinculados por los concretos trámites de elaboración que fija la LPAC. Estos trámites se regulan de forma básica en los artículos 130 y ss. LPAC y, de forma complementaria, en las leyes que regulan cada organización territorial. Así, para los reglamentos del Gobierno de España rigen los arts. 22 a 28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG); a la Junta de Castilla y León, por ejemplo, se le aplican los artículos 75 a 76 *bis* de la Ley castellano–leonesa 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; y para los reglamentos locales rige el artículo 49 LBRL (más las leyes autonómicas de régimen local). En principio, todas estas reglas procedimentales no se aplicarían a las **disposiciones administrativas** (pues no son reglamentos en sentido estricto). Ello no obsta para que los más genéricos principios de buena regulación (enunciados en el art. 129.1 LPAC) sí sean aplicables a todas las disposiciones administrativas y que, cuanto menos, deban darse trámites participativos a los afectados por ellas y deba realizarse durante su elaboración una evaluación de impacto normativo que quede plasmada en el expediente, como componentes mínimo del **procedimiento administrativo debido** que deriva del principio de **buena administración constitucional** reconocido por la jurisprudencia del TS, ya aludida.

3.2.1. Planificación normativa

55. A grandes rasgos, el artículo 132 LPAC, el artículo 25 LG y diversas leyes autonómicas prevén, en primer lugar, una **planificación previa** de las normas regla-

mentarias que anualmente se quieren aprobar, para garantizar la transparencia y la seguridad jurídica de los ciudadanos. El plan normativo ha de incluir aquellas normas que se prevén aprobar para el año siguiente (otorgando cierta flexibilidad, en menos y en más, siempre que exista una motivación). La STC 55/2018 ha señalado que el artículo 132 LPAC excede de lo que es básico cuando intenta imponer esta técnica a las comunidades autónomas, si bien dicha regulación, en todo caso, es internacionalmente utilizada y útil, y tiene correspondencia en diversas leyes autonómicas.

56. El primer plan normativo estatal fue aprobado el diciembre de 2018 y desde entonces se han ido sucediendo varios. También han aprobado planes anuales normativos diversas CCAA y ayuntamientos. En el ámbito autonómico, se pueden consultar, por ejemplo, los diferentes planes normativos anuales de la Generalitat Valenciana desde 2017 en su página web. En el ámbito local, por ejemplo, se puede consultar en el Boletín Oficial de las Islas Baleares de 7 de abril de 2018 el Plan Anual Normativo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, consultable en la página web del Ayuntamiento.

3.2.2. Estudios, informes y consultas

57. En segundo lugar, el artículo 26.1 LG o las distintas leyes autonómicas exigen que en el seno de quien ejerce la potestad reglamentaria se realicen todos los **estudios y consultas** que se consideren necesarios para la aprobación de la disposición por el ministerio, departamento o Administración que impulsa el reglamento futuro.

58. Se están empezando a desarrollar también **experimentos previos** a la adopción de la norma, de los que ya existen experiencias realizadas en diversos países, no así en España (si bien alguna legislación autonómica, como la catalana, prevé desde 1989 la posibilidad de pruebas piloto antes de dictar una regulación, no explorada). Sin embargo, se está empezando a caminar en tal dirección con los llamados *sandboxes*, espacios de prueba regulatorios promovidos hace años a nivel internacional, mencionados en España ahora por Real Decreto–ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica (DA 23.ª: Bancos de pruebas regulatorios) y regulados por el Real Decreto 568/2022, de 11 de julio, por el que se establece el marco general del banco de pruebas regulatorio para el fomento de la investigación y la innovación en el sector eléctrico, así como por la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero , la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, dirigida a fomentar la investigación y la innovación, o la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de les empresas emergentes, (título IV, sobre entornos regulados de pruebas para las empresas emergentes), así como por el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, en el ámbito de la inteligencia artificial (PONCE y VILLORIA, 2023).

59. Obligatoriamente, debe llevarse a cabo la llamada **consulta previa** (art. 133.1 LPAC). La misma busca que quien quiera, en un momento inicial de la elaboración de la disposición reglamentaria, pueda hacer sentir su voz y participar. La STC 55/2018 ha dicho que la regulación estatal es demasiado detallista y excede de lo básico en cuanto a cómo es preciso hacerla (aspecto de competencia autonómica y local). En consecuencia, la concreta regulación procedimental de la consulta previa se encontrará en la correspondiente ley autonómica. Se puede prescindir de este trámite en los supuestos previstos en el artículo 133.4 LPAC: normas presupuestarias, razones graves de interés público o que se trate de una disposición organizativa o *ad intra*, como ya dijimos.

60. Por ejemplo, el 2 de junio de 2021, el Concejal delegado de urbanismo del Ayuntamiento de A Coruña ordenó la apertura de consulta previa para la elaboración de un "proxecto da nova ordenanza de conservación e rehabilitación de inmobles". En la convocatoria de la consulta se precisa que sus objetivos son: "(…) solucionar certas incidencias que se producen na tramitación ordinaria deses procedementos, motivadas xa non só unicamente polos cambios de regulación, senón por diversas disfuncións derivadas do elevado volume de denuncias e solicitudes que se reciben que non van acompañadas da documentación necesaria, o que obriga a facer numerosos requirimentos de emenda; da falta da necesaria adaptación á normativa da administración electrónica por parte de persoas obrigadas; da pretensión de utilización destes procedementos para abordar cuestións que pertencen ao ámbito do dereito privado... Disfuncións, en síntese, que dificultan acadar a eficacia e eficiencia necesarias no exercicio das competencias municipais na materia".

60 *bis*. La consulta previa ha generado una nutrida **jurisprudencia**. Dos SSTS de 2023 en sendos recursos de casación han establecido la doctrina de que no es preciso abrir este trámite de consulta previa en el caso de las **ordenanzas fiscales** (STS 31 de enero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:227, afirmando que es de aplicación la Disposición Adicional 1ª de la LPAC y por tanto el procedimiento de elaboración de estas ordenanzas se rige por la legislación de haciendas locales) ni en el caso de los planes de urbanismo (STS de 6 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:290, por idéntica razón). Ahora bien, la STS de 16 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:5029, ha aclarado que las ordenanzas **de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario** deben abrir el trámite de consultar previa, pues no están incluidas en la mencionada disposición. Por su parte, la STS de 31 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:481, al interpretar el art. 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con un Real Decreto de modificación del Reglamento de Costas, ha señalado que "para el supuesto de normas reglamentarias de la Administración General del Estado, las excepciones para poder prescindir del trámite de consulta pública, han de concurrir las circunstancias acumuladas de que se trate de normas presupuestarias u organizativas y, además de esas específicas normas reglamentarias, que concurran razones graves de interés público que lo justifiquen, no impongan obligaciones relevantes a los destinatarios o regulen aspectos esenciales (si bien la ley dice parciales…) de una materia".

61. También, tanto el artículo 26.4 LG como las diversas leyes autonómicas exigen que se solicite **un informe al órgano encargado de cuestiones jurídicas en cada Administración** (en el Estado, la secretaria general técnica de cada ministerio, en las CCAA, sus equivalentes), así como aquellos otros informes que hay que solicitar porque lo imponga una norma (preceptivos) o que se considere que son convenientes para mejor decidir (facultativos).

62. El artículo 133.2 LPAC impone que **se abra de nuevo a la participación pública el borrador de reglamento**, después de haber hecho la consulta previa, mediante los trámites de audiencia (potestativo y dirigido a posibles afectados específicos por la futura normativa) e información pública (este obligatorio y abierto a todo el mundo que quiera decir algo sobre el tema a regular), momentos participativos que se abren en el portal web de transparencia de que se trate, dando todos los documentos precisos para una participación informada y un plazo para presentar l.as sugerencias, las observaciones, las alegaciones, las opiniones que se quiera.

63. La participación en la elaboración de reglamentos está conectada con la cláusula constitucional de **Estado democrático** (art. 1.1 CE), así como con el artículo 9.2 CE, en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE. Es muy relevante que no haya unas voces que sean escuchadas en detrimento de otras, desigualdad participativa que afectaría al derecho a la igualdad y condicionaría la imparcialidad y objetividad de las Administraciones y los gobiernos, vulnerando el derecho a una buena administración y los principios de buena regulación.

64. Esta afectación es más probable que se produzca cuando interactúen en la opacidad poderosos lobbies o grupos de interés que pueden influenciar indebidamente al decisor reglamentario. Por eso es fundamental nivelar el terreno de participación y hacer público todo contacto que se pueda dar al margen de estos trámites formalizados de audiencia e información pública (reuniones y conversaciones informales). En España, anomalía en el ámbito europeo e internacional, se carece de una regulación estatal general de los *lobbies* o grupos de interés, si bien diversas CC.AA sí han promulgado leyes en sus ámbitos sobre el tema, como por ejemplo la Ley valenciana 25/2018, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana, que es la primera en España que prevé incluso la posibilidad de desplegar contactos antes de dictar la norma para entablar conversaciones sobre el posible contenido futuro de la misma.

65. El Tribunal General de la Unión Europea en su Sentencia de 12 de junio de 2014, Intel/Comisión, T-286/09, ECLI:EU: T:2014:547, ha destacado que una obligación derivada del derecho a una buena administración es la de dejar constancia por escrito de estos encuentros al margen de los trámites formales de audiencia o información pública. Varias normas autonómicas así lo prevén explícitamente, exigiendo una "huella normativa" del contacto que conste por escrito en el expediente. Por ejemplo, véase el artículo 54 de la Ley asturiana 8/2018, de 14 de septiembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

66. También es un trámite preceptivo que se solicite **informe** al Consejo de Estado (art. 107 CE, art. 22.2 de la LOCE, Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado) si es un reglamento estatal, o a los equivalentes autonómicos si existen (ej. la Comisión Jurídica Asesora, si la disposición es catalana) cuando se trata de la elaboración de un reglamento ejecutivo (no, pues, en el caso de los independientes). Hay que hacer constar en la correspondiente exposición de motivos si el reglamento finalmente aprobado se dicta una vez escuchados estos órganos administrativos consultivos mencionados o de acuerdo con lo que han dicho estos órganos (en este último caso, haciendo caso, entonces, de sus consejos).

67. Todos los trámites del procedimiento de elaboración del reglamento han de permitir una **evaluación de los posibles impactos** de todo tipo (en los presupuestos públicos, en las empresas privadas, en el medio ambiente, en los derechos sociales, etc.) del futuro reglamento, evaluación que tiene que ser llevada a cabo con la debida diligencia y el debido cuidado, por obligación derivada del derecho a una buena administración, y la misma se tiene que plasmar en un documento escrito incorporado a al expediente de elaboración de la disposición, denominado **Memoria de Análisis de Impacto Normativo**.

68. En el ámbito del Estado y en algunas comunidades autónomas **se han creado unidades administrativas internas**, que velan por la calidad formal y material de las normas en elaboración para promover la buena administración, garantizando el respeto de los principios de buena regulación y de los trámites vistos. Así en el caso estatal, existe la oficina de coordinación y calidad normativa, que dispone de página web propia y en el ámbito autonómico, podemos destacar, por ejemplo en Cataluña, el área de mejora de la regulación, la unidad decana en el Estado.

69. En el ámbito local, el artículo 49 LBRL, de 1985, contempla el procedimiento de **aprobación de ordenanzas**, artículo que necesita urgentemente una modificación normativa que lo adecue a las exigencias de la LPAC (PONCE y VILLORIA, 2020) y que, de momento, hay que interpretar de acuerdo con esta, añadiendo los trámites no previstos expresamente. En el mencionado artículo 49 LBRL se establecen cuatro trámites para la aprobación de ordenanzas (o reglamentos loca-

les): aprobación inicial del proyecto por el pleno de la entidad local; sometimiento a información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días, para la presentación de reclamaciones y sugerencias; resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo; y aprobación definitiva por el Pleno.

70. En fin, el seguimiento del ya mencionado **debido procedimiento administrativo** es un requisito asociado al derecho a una buena administración y dista mucho de ser un mero requisito "formal". Tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en su STS de 14 de abril de 2021 ECLI:ES:TS:2021:1387: "(…) el derecho al procedimiento administrativo debido, que es corolario del deber de buena administración, garantiza que las decisiones administrativas (…) se adopten de forma motivada y congruente con el *iter* procedimental, sin incurrir en desviación del procedimiento, en la medida que se requiere que no haya discordancias de carácter sustancial entre los datos fácticos relevantes, la fundamentación jurídica obrante en el expediente y el contenido de la decisión administrativa". En consecuencia, la jurisprudencia está procediendo a la declaración de invalidez de disposiciones reglamentarias cuando constata violaciones del procedimiento debido. Así, por ejemplo, la STS de 24 de junio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:1946, pasando de las palabras a los hechos, ha procedido a anular un real decreto del Gobierno estatal por violación del mencionado art. 129.4 LPAC, referido específicamente a un principio de buena regulación, el de seguridad jurídica.

3.2.3. Aprobación, publicación y entrada en vigor

71. Finalizado el procedimiento descrito, es el momento de **aprobar** la disposición reglamentaria por parte del gobierno que sea competente. Para su eficacia, es precisa su **publicación** (art. 131 LPAC). Esta exigencia no se limita a los reglamentos en sentido estricto (aprobados por gobiernos), sino que se extiende expresamente por la ley al conjunto de las disposiciones administrativas. La **entrada en vigor** de la norma, tras la publicación, se produce conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil (por tanto, con carácter general, a los veinte días de la publicación). Ello no obstante, es preciso tener en cuenta que lo que dice el artículo 2.1 CC se ve matizado en el ámbito estatal por el artículo 23 LG, según el cual las disposiciones que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación. Además, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que **niega la retroactividad** (art. 47.2 LPAC; STS de 7 de junio de 2002, ECLI:ES:TS:2002:4114).

72. Un reglamento o una disposición administrativa no pueden ser derogados si no es por un reglamento (o norma de superior rango) posterior, no por otra decisión no normativa de la misma Administración, de acuerdo con el denominado principio de **inderogabilidad singular de los reglamentos** (art. 37 LPAC). El mismo es consecuencia lógica de los principios de legalidad (art. 9.1 CE) e igualdad (art. 14 CE) e implica que la aplicación de una disposición reglamentaria o administrativa

en vigor no puede ser exceptuada en un caso concreto por decisión singular (acto administrativo), ni siquiera si esta proviene de un órgano superior jerárquico del que dictó la disposición.

73. Ya en vigor el reglamento, sería muy conveniente proceder a su **evaluación *ex post*,** para saber cómo se está aplicando, qué dificultades genera, que se podría mejorar, etc. y así en el futuro derogar o modificar las partes que se revelen ineficaces para lograr la finalidad de interés general perseguida. Así lo prevé el artículo 130.1 LPAC, con carácter básico, para todos los reglamentos y disposiciones administrativas de todos los gobiernos y Administraciones, pero de manera poco concreta, lo que exige que sea precisado por otras normas, cosa que de momento solo se ha hecho en el ámbito estatal (art. 28 LG).

4. LÍMITES Y CONTROLES JURÍDICOS. EN ESPECIAL, EL CONTROL EJERCIDO POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO−ADMINISTRATIVA

74. Por límites de los reglamentos y disposiciones administrativas nos referimos a aquellos **principios y reglas jurídicas** que tienen que respetar para ser considerados legales. Si en el ejercicio de la potestad reglamentaria se vulnera alguno de estos límites (y orientaciones en positivo, derivadas de los ya conocidos principios de buena regulación), la correspondiente disposición podría **ser declarada ilegal e inválida.** Hay que señalar que la infracción por parte de una disposición del ordenamiento jurídico, de conformidad con la interpretación hecha por la jurisprudencia mayoritaria, determina la nulidad de pleno Derecho de la correspondiente disposición reglamentaria, por aplicación del artículo 47.2 LPAC.

75. Una parte de la doctrina ha reaccionado contra esta manera de operar, sosteniendo la posibilidad de aplicar a las disposiciones reglamentarias (y en especial a los planes de urbanismo) la misma **graduación de invalidez** que a los actos administrativos (graduada en nulidad o anulabilidad, dependiendo del tipo de violación, arts. 47 y 48 LPAC), apoyando reformas normativas en relación con los planes de urbanismo que impidan que todo tipo de vicios legales den lugar a la nulidad absoluta (LOPEZ RAMÓN, 2021; y específicamente sobre los planes de urbanismo FERNÁNDEZ VALVERDE, 2022).

76. La potestad reglamentaria es siempre, en mayor (reglamentos independientes) o menor medida (ejecutivos) **una potestad discrecional**, (*supra* § 5) que abre espacios de valoración al autor de la disposición (a pesar de que es posible que en algún caso puedan no existir estos espacios y tratarse de una disposición reglada, derivada, por ejemplo, de lo que puedan decir otras normas de rango superior). La discrecionalidad reglamentaria no implica, claro, que no haya límites y orientaciones jurídicas a respetar y seguir y que pueda considerarse su ejercicio como libre para el autor del reglamento e indiferente para el Derecho. Bien al contrario, estos límites y orientaciones de la discrecionalidad reglamentaria tienen que ver con cuestiones relacionadas **más generalmente** con el principio de legalidad y el concepto de potestades discrecionales, que pasamos ahora a recordar con esta **lista de comprobación**, que podría emplearse tanto por las personas que trabajan en la elaboración de la

disposición general de carácter reglamentario antes de ser aprobada por el gobierno o a la Administración pública, como, una vez aprobada esta, para comprobar si se han respetado o no los límites y orientaciones en positivo por parte de los ciudadanos y los órganos de control:

1. Existencia de potestad reglamentaria para aprobar el reglamento	De acuerdo con Estado de Derecho y el principio de legalidad, ha de existir atribución de potestad reglamentaria para poder dictar un reglamento.	✓
2. Respeto del principio de reserva de ley y del principio de jerarquía normativa	Un reglamento no puede entrar a regular una materia sometida a reserva de ley constitucional. Tampoco puede contravenir una norma de rango jerárquico superior (art. 128.3 LPAC).	✓
3. Existencia de competencia para adoptar el reglamento	La persona jurídica pública y el órgano administrativo deben tener la competencia atribuida para poder elaborar la norma.	✓
4. Existencia de los hechos en que se basa el reglamento	No existen milagros *ni* posverdades en la gestión pública. Sólo deben tenerse en cuenta los hechos ciertos y relevantes y descartarse los inexistentes o irrelevantes, evitando sesgos del decisor. En caso de incertidumbre científica, aplíquese el principio de precaución tanto en el área ambiental y social como en la económica.	✓
4. Procedimiento de elaboración del reglamento: evaluación de impactos (*ex ante y ex post*) y respeto al derecho a una buena administración de las personas	El (debido) procedimiento (administrativo) reglamentario ha de constituir una evaluación *ex ante* de impactos futuros de la decisión a adoptar, que genere alternativas (incluyendo la posible *baseline*: no actuar al no ser preciso), realizada con el debido cuidado y la debida diligencia para obtener la regulación más adecuada y con participación ciudadana (consultas previas, audiencia, información pública), de acuerdo con el principio de transparencia, tomando en consideración y ponderando los hechos, derechos e intereses y regulaciones relevantes al caso. La evaluación *ex post* de los efectos reales de la decisión es importante para su mantenimiento o rectificación.	✓
5. Finalidad que debe perseguir el reglamento	Debe ser la específica de interés general prevista por la norma atributiva de la potestad, no otra, si no se producirá desviación de poder.	✓
6. Justificación del reglamento	En preámbulo y memorias (LPAC). Ha de ser suficiente y congruente con el material existente en el expediente y el contenido del reglamento, explicitando claramente el criterio discrecional adoptado (extrajurídico: estético, político, económico…), en su caso (véase 7)	✓
7. No conflictos de intereses en la aprobación del reglamento	El decisor debe ser consciente de no encontrarse en situación de conflicto de interés y, en su caso, debe abstenerse para evitar una mala administración	
8. Respeto a los principios generales del Derecho y entre ellos a los principios de buena regulación		✓
8.1. Principios de buena regulación orientativos del ejercicio de la potestad	Principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia (art. 129 LPAC).	✓

8.2. Ejemplo de principio general limitativo: No arbitrariedad y racionalidad	La decisión debe respetar la racionalidad humana y estar justificada adecuadamente (ver 6).	✓
8.3. Ejemplo de principio general limitativo: no discriminación e igualdad formal y material	La decisión debe ser fruto de la imparcialidad y la objetividad. No debe ser discriminatoria y debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Debe tenerse cuidado con los sesgos y los heurísticos del decisor público	✓
8.4. Ejemplo de principio general limitativo: Proporcionalidad	La decisión debe ser fruto de la generación de previas alternativas (ver 4), eligiéndose la menos restrictiva de los derechos de las personas (siempre que se consiga el interés general perseguido) y sólo si los beneficios de todo tipo (sociales, ambientales, económicos) superan a los costes de todo tipo, respetando el *principio* de eficiencia, evitándose cargas administrativas innecesarias para el interés general y tomando en consideración los impactos sobre la competencia.	✓

76 *bis*. Finalmente, cabe destacar cómo en los últimos años la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de las CCAA y del Tribunal Supremo han intensificado el **control judicial** del incumplimiento de los principios de buena regulación de la LPAC, así como del procedimiento reglamentario y la motivación. Un ejemplo, entre otros, en tal sentido puede hallarse en la STS de 2 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4853, en la que se considera correcto el control realizado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la regulación de las Zona de Bajas Emisiones (ZBE) de Barcelona, en la que se anuló la misma y se señaló la necesidad del "control efectivo sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad, a través del procedimiento y la motivación, como modo judicial de garantizar que el resultado discrecional final es razonable, como producto del cumplimiento de los deberes jurídicos conectados a los principios constitucionales de buena administración, y al derecho a un procedimiento debido, sin que ello suponga la invasión de ámbitos funcionales correspondientes al poder ejecutivo, en este caso municipal. En este análisis, resulta imprescindible una ponderación auténtica del estudio conjunto del expediente, de la motivación y del contenido de la decisión, no para que el juez sustituya la ponderación administrativa, sino para garantizar que la misma se ha producido de forma efectiva y acorde con la ley y el ordenamiento jurídico".

77. ¿Cómo se puede reaccionar jurídicamente ante una disposición reglamentaria aprobada que no ha respetado los límites y orientaciones establecidos por el ordenamiento jurídico? Varias son las **vías para conseguir la declaración formal de ilegalidad** de una disposición reglamentaria, bien por el propio órgano que aprobó la disposición, bien por los tribunales. Recordamos que hasta que no se produzca la declaración de ilegalidad, en virtud del principio de autotutela declarativa o privilegio de ejecutividad, el reglamento se presume válido, presunción *iuris tantum* que solo se puede destruir con una declaración jurídica formal de quien posee el poder para ello que declare la invalidez.

4.1. El control por el mismo gobierno o Administración que dicta la disposición

78. En primer lugar, si el gobierno que ha dictado un reglamento o la Administración que ha aprobado una disposición administrativa se da cuenta de que ha

dictado una norma contraria al ordenamiento jurídico, siempre puede dictar otra posterior que la **derogue**.

79. Conforme al procedimiento de **revisión de oficio** regulado en el artículo 106.2 LPAC, el órgano que dictó el reglamento o disposición administrativa puede declarar su nulidad iniciando un procedimiento administrativo específico a tal fin (*infra* § 33.25). Este procedimiento sólo puede iniciarse de oficio por el propio gobierno o Administración que dictó la disposición revisada.

80. A pesar de que según el artículo 112.3 LPAC no son posibles los recursos administrativos contra las disposiciones generales (es decir quejas o reclamaciones ante quien dictó la disposición; la revisión de oficio ya mencionada no lo es, a pesar de que se pueda parecer), el mismo artículo 112.3 de la LPAC permite, **al discutir un acto de aplicación del reglamento**, poner de relieve la invalidez del mismo reglamento. En este caso, el recurso administrativo se interpone directamente "ante el órgano que dictó dicha disposición" (*infra* § 33.55).

4.2. El control por los tribunales de justicia

81. Aquí hay que distinguir entre las diferentes jurisdicciones existentes. Aunque el control de legalidad de las disposiciones reglamentarias y administrativas se lleva a cabo normalmente por la jurisdicción contencioso–administrativa, otros órdenes jurisdiccionales (civil, social) e incluso el Tribunal Constitucional también participan en la labor de control de legalidad y constitucionalidad de la potestad reglamentaria.

82. Es en exclusiva a la **jurisdicción contencioso–administrativa** a la que corresponde la declaración formal de la invalidez de una disposición administrativa de carácter general (art.1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa [LJCA]), cosa que puede hacer por dos vías: mediante el recurso directo; y mediante el recurso indirecto y la cuestión de ilegalidad.

83. Conforme al artículo 25.1 LJCA, el **recurso directo** consiste en la presentación de un recurso judicial directamente contra la disposición que se considera ilegal, en un breve periodo (dos meses desde el día siguiente a su publicación: art. 46.1 LJCA) por alguna persona afectada por el reglamento o disposición administrativa (art. 19 LJCA).

84. También es posible cuestionar la legalidad de una disposición general mediante el **recurso indirecto,** regulado en el artículo 26.1 LJCA. En este caso, en lugar de impugnar la disposición directamente, se puede hacer indirectamente, bien porque hayan pasado los breves plazos para hacerlo o bien porque haya habido una desestimación del recurso directo en su momento. Aquí lo que se impugna es un **acto de aplicación** del reglamento o disposición administrativa que se considera ilegal, poniendo de relieve en dicha impugnación que la ilegalidad del acto concreto trae causa directa de la ilegalidad de la disposición que aplica y pudiendo conseguir así la declaración de nulidad de la ilegalidad del reglamento finalmente, por vía indirecta.

El recurso indirecto tiene la ventaja de que cada acto de aplicación del reglamento es impugnable dentro del plazo legalmente establecido, aunque el reglamento haya podido ser dictado hace más de dos meses y haya devenido inatacable directamente (por ejemplo, fue dictado hace años, pero no nos afecta a nosotros hasta que nos lo aplican en un supuesto concreto).

85. Vinculado con este recurso indirecto, el artículo 27 LJCA articula la llamada **cuestión de ilegalidad.** Se trata, simplemente, de un mecanismo procesal dirigido a los órganos judiciales contencioso–administrativos y destinado a evitar que una disposición que puede ser ilegal y cuya posible ilegalidad se ha detectado mediante un recurso indirecto no quede indemne a causa de un problema técnico específico: la distribución de competencias entre los órganos judiciales, que todavía no hemos estudiado, pero que se encuentra en los artículos 8 a 12 LJCA. Pues bien, la cuestión de ilegalidad viene a solucionar este problema práctico. Y lo hace obligando al tribunal que anula la decisión concreta porque cree que el reglamento es ilegal a realizar una "consulta formal" por vía interna, esa es la cuestión de ilegalidad, al tribunal competente para declarar nulo el reglamento, para que, si lo cree conveniente, así lo haga. Hecha la consulta obligatoria, este tribunal competente puede decir dos cosas. O que está de acuerdo con el tribunal que le consulta, y declara, por tanto, formalmente la nulidad del reglamento y este es eliminado del mundo jurídico y no podrá dar lugar a más decisiones ilegales; o que disiente del tribunal consultante y considera que el reglamento es legal y, por tanto, este seguirá desplegando efectos en el mundo jurídico y su presunción de legalidad no será destruida. Ahora bien, subsiste un problema: ¿Qué ocurre con la decisión discriminatoria anulada si el tribunal competente para decidir sobre el reglamento declara, finalmente, que éste es perfectamente legal? El artículo 126.5 LJCA señala que esta decisión anulada no se ve afectada por sentencia que confirma la validez de la disposición general cuestionada.

86. El funcionamiento de la **cuestión de ilegalidad**, para el control indirecto de una disposición general, se puede ilustrar con un sencillo ejemplo: un reglamento aprobado por el Gobierno estatal establece una regulación claramente discriminatoria para las mujeres y en aplicación de este reglamento, dos años después de publicado el mismo, un órgano administrativo de la Junta de Andalucía toma una decisión afectando a una mujer. En este caso sucede lo siguiente:

— no es posible presentar un recurso directo, pues han pasado los dos meses desde la publicación del reglamento (de hecho, de largo, dos años)

— de acuerdo con las normas de distribución de competencias de la LJCA (arts. 6 y ss) el recurso indirecto posible contra la decisión autonómica, dentro del plazo de dos meses previsto por el art. 46.1 LJCA, hay que presentarlo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

— si la ciudadana discriminada consigue ganar el caso, la decisión andaluza será declarada ilegal a causa de la ilegalidad del reglamento que vulnera el art. 14 CE

— pero el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no es competente para declarar la ilegalidad de reglamentos del Gobierno estatal: solo lo es el Tribunal Supremo, ubicado en Madrid, de acuerdo con el artículo 12.1 a) LJCA.

— Si la historia acabara aquí, tendríamos una decisión discriminatoria declarada ilegal porque el reglamento estatal cree el tribunal andaluz que lo es, pero el reglamento seguiría indemne, es decir, que podría volver a ser aplicado a otras ciudadanas, al no haber sido declarado ilegal por el tribunal andaluz, dado que este no es competente para hacerlo. Esto es precisamente lo que trata de evitar la cuestión de ilegalidad. En nuestro ejemplo, si mediante la cuestión de ilegalidad el Tribunal Supremo declara la nulidad del reglamento, ya no será de aplicación a ningún caso posterior. Y si declara su plena validez, la ciudadana

andaluza no se ve afectada, pero de cara al futuro habrá quedado establecido que el reglamento es legal para todo el mundo (*erga omnes*) y que, por tanto, las mujeres a las que se aplique lo tendrán que obedecer.

87. ¿Cuáles son las consecuencias de las sentencias que declaran la ilegalidad de una disposición general en relación con los **actos dictados bajo su vigencia**? Los actos administrativos dictados bajo la vigencia de la disposición reglamentaria que ya no se pueden recurrir (esto es, que son ya firmes por haber transcurrido los plazos para el recurso o porque intentado se denegó) en el momento de dictarse la sentencia anulatoria **no se ven afectados** por la misma y subsisten tal como se dictaron, salvo que la declaración de nulidad del reglamento suponga que se eliminan sanciones o se reducen estas y las mismas no han sido cobradas completamente (art. 73 LJCA). En estos casos, y en los casos de los actos susceptibles de ser todavía discutidos jurídicamente (no firmes), se puede utilizar y alegar la sentencia para obtener la reducción o eliminación de las sanciones no cobradas por la Administración o la declaración de ilegalidad de los actos que traen causa del reglamento declarado nulo.

88. En todo caso, existen límites en el control judicial derivados del carácter discrecional de la potestad reglamentaria. El principio de separación de funciones contemplado implícitamente en nuestra Constitución entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial aparece con toda claridad en el art. 71.2 LJCA, que **impide substituir la discrecionalidad administrativa por la judicial**. Cómo hemos dicho antes (*supra* § 16.76), la potestad reglamentaria es en mayor o menor medida siempre una potestad discrecional y esta discrecionalidad puede y debe ser orientada y limitada por el Derecho, como hemos visto, y controlada por los jueces, pero no substituida. Los **órganos judiciales de lo contencioso**, integrantes del poder judicial, no se pueden situar en una posición constitucional que no los corresponde, es decir la propia del poder ejecutivo, y realizar políticas públicas, pues cuentan con una legitimación en el sistema y una capacidad técnica totalmente diferente. Por eso, el mencionado artículo 71.2 LJCA señala que "los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que tienen que quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen (…)."

89. Todo lo que se ha dicho no impide que los jueces del contencioso puedan **obligar a dictar un reglamento** cuando exista una obligación legal de hacerlo, en principio sin determinar el texto del reglamento, salvo que este viniera impuesto por alguna norma de rango superior (STS de 5 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2013:6137).

90. Aparte de la jurisdicción contencioso–administrativa, también los **demás órdenes jurisdiccionales** que forman el poder judicial pueden controlar la legalidad de las disposiciones generales, aunque no declararlas nulas. De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) "Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa". Es decir, en aquellos litigios laborales, mercantiles, etc. en el que para su resolución deba tenerse en cuenta un reglamento administrativo y el juez o tribunal considere que el reglamento es ilegal, no lo aplicará al caso, y resolverá la cuestión sin tenerlo en cuenta.

4.3. El control por el Tribunal Constitucional

91. Finalmente, el Tribunal Constitucional también puede controlar un reglamento o disposición administrativa por las siguientes vías, que nos limitamos a recordar: **recurso de amparo** (arts. 161.1 b) CE y 43 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [LOTC), para el caso de que una disposición general vulnere derechos fundamentales recogidos a los artículos 14 a 29 y 30.2 CE, y una vez agotados los recursos judiciales previos existentes; **impugnación suspensiva** del artículo 161.2 CE, por la cual el Gobierno del Estado puede impugnar reglamentos de las CCAA si considera que vulneran la CE (no, sin embargo, a la inversa); y **conflictos de competencias** (arts. 161.1 c) CE y 59.1 LOTC) entre el Estado y una comunidad autónoma (en este caso pueden plantear el conflicto tanto el Estado como las comunidades autónomas) o entre comunidades autónomas.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Daron ACEMOGLU y James A. ROBINSON, *Por qué fracasan los paises,* Deusto, Bilbao, 2012.

Robert BALDWIN, "Is Better Regulation Smarter Regulation", *Public Law,* num. 3 2005, pp. 485-51.

Edwin Riaño CORTÉS, "El derecho de competencia en nuestro estado social de derecho", *Revista Mundo Económico y Empresarial*, núm. 11 (2011), pp. 37-41.

Gabriel DOMÈNECH PASCUAL, "El juego del legislador, la Administración y el Juez" en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÈNECH PASCUAL y Luís ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 861-933.

Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, *Urbanismo Judicial*, Fundación Arquia, Barcelona, 2022.

Fernando JIMÉNEZ SÁNCHEZ**,** "El déficit de calidad institucional y la mala regulación: la importancia de mejorar la normativa", en Juli PONCE SOLÉ y Manuel VILLORIA MENDIETA, *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2020, pp. 61-86.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, "La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma", Revista de Administración Pública, núm. 214 (2021), pp. 57 a 98.

Juan S. MORA–SANGUINETTI, *La factura de la injusticia*, Tecnos, Madrid, 2022.

Juli PONCE SOLÉ y Manuel VILLORIA MENDIETA (Coords.), *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2023, sobre nudges (aciates), y aportaciones conductuales para la mejora de las decisiones con especial atención al mundo local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024.

Juli PONCE SOLÉ y Manuel VILLORIA MENDIETA (Coords.), *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2022, Evaluación de las calidad normativa y de las políticas públicas locales mediante la experimentación: el caso de los llamados sandboxes*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023.

Juli PONCE SOLÉ (Coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

Juli PONCE SOLÉ y Manuel VILLORIA MENDIETA, "Presentación del Anuario y Estudio introductorio a la edición de 2019: el impacto de la pandemia de COVID-19", Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2020, pp. 17-55.

Juli PONCE SOLÉ, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad de Alcalá de Henares–Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares, 2019.

Juli PONCE SOLÉ (b). "La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español", núm. 45 (2017), pp. 157-195.

Carles RAMIÓ, *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050). Instituciones, Política, mercado y sociedad de la innovación*, Tecnos, Madrid, 2017.

José María RODRIGUEZ DE SANTIAGO, "Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de derecho administrativo, Volumen 1. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 777-860.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175 (2016), pp. 31-55.

Joaquín TORNOS, "El principio de legalidad en la doctrina jurídica española", *Diritto Pubblico*, 1 (1995), págs. 73 y ss.

Marcos VAQUER CABALLERÍA, "Un apunte sobre las disposiciones administrativas y el «soft law» tras la ley del procedimiento administrativo común", en Jorge AGUDO, Juan Antonio CHINCHILLA, Mónica DOMÍNGUEZ, Felipe IGLESIAS y Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 793-804.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 431-454
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L17
© Xabier Arzoz Santisteban
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 17
ACTOS ADMINISTRATIVOS

Xabier Arzoz Santisteban
UNED

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO.—2. LA FUNCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 2.1. Función clarificadora y estabilizadora; 2.2. Función configuradora.—3. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO: 3.1. Concepto amplio y concepto estricto; 3.2. El concepto legal.—4. LA ANATOMÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 4.1. Los elementos subjetivos; 4.2. Los elementos objetivos; 4.3. Los elementos formales.—5. LA DINÁMICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 5.1. Notificación; 5.2. Eficacia; 5.3. Validez; 5.4. Firmeza; 5.5. Ejecución.—6. BIBLIOGRAFÍA: 6.1. Bibliografía citada; 6.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. APROXIMACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Los particulares entran cada día en contacto con un amplísimo elenco de actos administrativos. Los actos administrativos tanto reconocen y amplían derechos como los limitan o deniegan, revocan previas decisiones favorables o reconocen derechos a empresas competidoras o a propietarios colindantes. Una parte de esos actos administrativos se producen **a solicitud** de los interesados (certificados de nacimiento, empadronamiento, estudios o de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social; licencias para edificar, ampliar una instalación o abrir un local de hostelería o espectáculos; títulos oficiales de enseñanzas universitarias y no univer-

sitarias, colegiación en determinadas profesiones, licencias de caza y pesca, licencias deportivas, licencia de armas, permisos de residencia y trabajo para extranjeros), y otra parte sin solicitud alguna, sino **de oficio** (sanciones administrativas, liquidaciones tributarias, actos expropiatorios, convocatorias de subvenciones y de procedimientos selectivos de empleados públicos, aprobación de un proyecto de carreteras).

2. Hay actividades que, por su naturaleza, están atestadas de actos administrativos de **ordenación y control**, porque generan riesgo para terceros, como es la circulación de vehículos de motor (señales de circulación, permisos de conducción y circulación, licencias de transporte interurbano de personas, licencias de transporte de mercancías, autorizaciones especiales para circular en fechas con restricciones, inspección técnica de vehículos, tarjetas de aparcamiento para residentes, etc.) o porque afectan a bienes de dominio público, como las vías públicas, las playas, las aguas subterráneas y el espacio radioeléctrico. Todos los supuestos mencionados entre paréntesis en este apartado y en el anterior constituyen ejemplos de actos administrativos que se estudian detenidamente más adelante (*infra* § 22.56-68 y § 30.43-55).

3. El acto administrativo es, por tanto, **omnipresente** en la vida diaria de las personas en la misma medida que lo es la Administración pública y el Derecho administrativo, que según el famoso aserto, nos acompaña de la cuna a la sepultura (y esta afirmación aún se olvida de las personas jurídicas, tan sometidas hoy al Derecho administrativo como lo están los individuos). Literalmente "para casi todo" se necesita algún tipo de licencia o autorización de la Administración, incluso aunque no parezca que se perjudican los derechos e intereses de terceros. Así, por ejemplo, en un terreno rústico su propietario necesita autorización no solo para edificar, sino también para perforar con el fin de extraer agua o averiguar si hay hidrocarburos en el subsuelo, para extraer áridos, plantar viñedos, sembrar amapola o realizar una excavación o prospección arqueológica; también para realizar obras interiores en un inmueble declarado monumento de interés cultural o para exportar un cuadro declarado de interés cultural. Detrás de la imposición de esas autorizaciones hay intereses generales que requieren tutela.

4. Desde las primeras elaboraciones del concepto de acto administrativo en el Estado liberal decimonónico, la **importancia estructuradora y racionalizadora** de la teoría del acto administrativo no ha disminuido en los ordenamientos de régimen administrativo. Se le sigue considerando como "la institución más original y característica del Derecho administrativo, en donde el Derecho privado no juega ningún papel" (BOCANEGRA SIERRA, 2012: 776). En el ordenamiento jurídico español la noción de acto administrativo ha sido incluso refrendada constitucionalmente [art. 105 b) CE]. La **vigencia** de la categoría se ha confirmado, no solo en los ámbitos tradicionales de la disciplina del urbanismo, el tráfico y la actividad económica y en los procedimientos masivos del Derecho tributario y social, sino también en los modernos campos del derecho ambiental y la regulación económica. Los presagios de pérdida de su papel central no se han confirmado. Sigue siendo una categoría central, no solo en términos cuantitativos, de la actuación administrativa configuradora de acuerdo con la legislación sectorial. Pese a la proliferación de formas informales o no imperativas de actividad (acuerdos, relaciones públicas, información al público, recomendaciones, advertencias), la actuación mediante actos administrativos sigue siendo insustituible: debido a su celeridad, su regularidad, su efectividad y la seguridad jurídica que proporcionan. Y aunque en determinados contextos se utilicen instrumentos de actuación más flexibles o menos coercitivos, siempre quedan como último recurso para la imposición de normas de conducta.

2. FUNCIÓN

5. El acto administrativo ocupa una posición central en el sistema de formas jurídicas de actuación administrativa, no solo por su protagonismo práctico indiscutible y el menor desarrollo dogmático de otras formas jurídicas. También por las funciones específicas que cumple: la clarificación y estabilización de las relaciones jurídicas entre la Administración y el ciudadano, y la configuración del contenido de esas relaciones.

2.1. Función clarificadora y estabilizadora

6. El acto administrativo **aplica el ordenamiento jurídico en el caso concreto**, con lo que define con efectos jurídicos vinculantes y con vocación de estabilidad el contenido y alcance de una relación jurídica concreta que vincula al ciudadano con la Administración. En esa medida, el acto administrativo actualiza el principio de **Estado de Derecho** (*supra* § 4.9) en cada concreto sector en el que actúa la Administración: al aplicar previas leyes y reglamentos a casos concretos, cada acto administrativo reafirma el principio de legalidad y genera seguridad jurídica en sus destinatarios. Así, el otorgamiento de una licencia municipal de obras no solo reafirma la vigencia normativa de las leyes y planes urbanísticos aplicables al caso, sino que también define de forma estable la situación jurídica del titular de la licencia.

7. La función clarificadora y estabilizadora es **imprescindible en el tráfico jurídico** y, como institución, comporta ventajas tanto para la Administración como para el particular. El beneficio para el particular es evidente en los casos en los que la Administración le reconoce un derecho u otorga una ventaja que antes no tenía reconocida, pues esta no podrá (o, cuando menos, no podrá fácilmente) desligarse con posterioridad de ese reconocimiento u otorgamiento, incluso aunque constituya una infracción del ordenamiento jurídico (la regla general es, como veremos, la anulabilidad que solo puede instarse en un plazo breve de tiempo: *infra* § 17.75). Por tanto, el particular puede iniciar su actividad y realizar las inversiones que estime necesarias, sin temor a que el órgano competente cambie posteriormente de criterio. El efecto clarificador y estabilizador se produce también en los supuestos en los que la Administración adopta un acto desfavorable para el particular, pues aquel efecto es diferenciable del contenido desventajoso del acto. Aunque el contenido del acto en sí sea desfavorable, no deja de producir un efecto limitador, derivado de la consumación del ejercicio de la potestad administrativa de que se trate: por lo general, para ejercer de nuevo la misma potestad administrativa será necesario la concurrencia de un nuevo supuesto de hecho o el previo ejercicio de la potestad de revisión de oficio del acto ya dictado (*infra* § 33.24-31).

2.2. Función configuradora

8. El acto administrativo no se limita a aportar seguridad a los particulares y al tráfico jurídico. Dentro de los límites que le impone la ley, el acto administrativo cumple también una función **configuradora de la realidad jurídica y social.** La función configuradora del acto administrativo se potencia en virtud de la Cons-

titución española y su consagración de la cláusula del **Estado social** (art. 1.1 CE) (*supra* § 4.37), de los valores de justicia e igualdad (arts. 1.1 y 9.2 CE), de un amplio catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 14 a 38 CE) y de un extenso elenco de principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 CE) y de la economía y la hacienda (arts. 128 a 136 CE). La realización del Estado social requiere operaciones jurídicas y materiales complejas: una parte de esas operaciones, las que inciden directamente sobre los ciudadanos, se encauzan mediante la categoría del acto administrativo. Así, por ejemplo, una subvención favorecedora del empleo femenino está configurando la realidad jurídica y social conforme a la Constitución: contribuye a que la igualdad laboral de las mujeres sea real y efectiva, como disponen los artículos 9.2 y 14 CE.

9. La función estabilizadora del acto administrativo era suficiente en el Estado liberal. Con el desarrollo social y económico emergió una creciente preocupación por el **bienestar colectivo** en sus múltiples facetas. La Constitución dejó de entenderse solo como límite y devino en programa: la ampliación del número de los que disfrutan de libertad material y la ejecución de las exigencias de la Constitución como programa se convirtieron en funciones del Estado. Esto repercutió en el acto administrativo como categoría, que debió asumir una función adicional (y que es absolutamente ajena a la que realiza el poder judicial): no solo concretar los límites previstos en el ordenamiento jurídico, sino también **configurar** en positivo las relaciones jurídicas con el fin de crear un orden social y económico más igualitario, accesible, sostenible, inclusivo y participativo. También explica que la estabilidad del acto administrativo firme no tenga la misma intensidad que la de la sentencia judicial firme, pues, además de cumplir con el principio de legalidad, aquel tiene que adaptarse a los diversos intereses generales reconocidos en el ordenamiento jurídico.

10. Según lo dicho, aunque no desaparece del todo, la función de la Administración no se agota ya en una mera ejecución de un programa normativo definido y acabado. La ley puede servirse también de normas de programación condicional o finalista que consienten que la Administración elija entre varias consecuencias jurídicas posibles y, de esta forma, sirva a los intereses generales adaptándose a una realidad cambiante (*supra* § 5.11). La **flexibilidad** del acto administrativo como categoría jurídica le permite servir de instrumento tanto de las actividades "más clásicas" de policía (ordenación y control), de fomento, expropiatoria y sancionadora como de las actividades "más modernas" de regulación y de prestación y garantía.

11. Buena parte de las reglas que componen el régimen jurídico del acto administrativo se ocupan, en consecuencia, de concretar, garantizar y modular su doble función estabilizadora y configuradora. De la primera función (estabilizadora) se ocupan primordialmente las reglas que se incluyen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**): entre otras, la exigencia de contenido determinado, posible y adecuado a sus fines, los requisitos generales de forma y publicidad, el régimen general de la anulabilidad (incluidos los plazos breves de recurso), la no impugnabilidad del acto confirmatorio y las condiciones restrictivas para el ejercicio de la revisión de oficio. En cambio, las normas que determinan la función configuradora del acto administrativo, dependientes del ámbito material en el que el acto administrativo debe dictarse, se encuentran en el **Derecho administrativo especial**.

3. EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

3.1. Concepto amplio y concepto estricto

12. En la doctrina española se han defendido varias posturas con relación al concepto de acto administrativo, que son, en gran medida, coincidentes con —y, generalmente, tributarias de— las concepciones prevalentes en Francia, Italia y Alemania. La *summa divisio* en las posturas doctrinales existentes en España se debe trazar entre, por un lado, las que incluyen en el concepto de acto administrativo exclusivamente los actos que incorporan una **declaración de voluntad** dirigida a producir efectos jurídicos externos (por ejemplo, una liquidación tributaria) y, por otro lado, las que también engloban otros tipos de declaración, como las de **juicio, conocimiento y deseo** (por ejemplo, un informe, un certificado de notas o una recomendación). De esta división resultan en la doctrina fundamentalmente dos orientaciones, un concepto amplio y un concepto reducido de acto administrativo.

13. El **concepto amplio** de acto administrativo admite diversos tipos de declaraciones: de voluntad, juicio, conocimiento y deseo. No solo las resoluciones que ponen fin al procedimiento, sino también las propuestas, informes, dictámenes, certificados, recomendaciones, etc., son actos administrativos. Esta orientación doctrinal acoge en la doctrina española la definición de acto administrativo que elaboró el profesor italiano Guido ZANOBINI (1958: 243: "cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio, realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa") y que difundió con éxito E. García de Enterría desde su influyente curso de Derecho administrativo aparecido en 1974 (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 1974: 369) y con ediciones que llegan hasta nuestros días. Es seguida por la doctrina mayoritaria y ha sido reivindicada recientemente por PAREJO ALFONSO (2015). Como también hizo E. García de Enterría, la mayoría de los autores excluyen del concepto a los actos que suponen ejercicio de la potestad reglamentaria (*supra* § 16.40-49). En suma, la concepción amplia excluye la actividad normativa, contractual y material de la Administración.

14. El **concepto estricto** es el de **decisión-resolución**. Esta postura doctrinal (secundada modernamente, entre otros, por GALLEGO ANABITARTE, 1991: 314; BOCANEGRA SIERRA, 2012: 35; MUÑOZ MACHADO, 2017: 23) se centra en los actos que ponen fin al procedimiento y crean o modifican derechos o situaciones jurídicas en beneficio o perjuicio de otros sujetos. Aunque no siempre se utilizan estos términos, este concepto requiere que el acto produzca efectos jurídicos inmediatos vinculantes, consistentes en la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas. Para estos autores, el acto administrativo solo puede consistir en una declaración de voluntad de un órgano administrativo.

15. En buena medida, en la opción entre un concepto amplio o estricto de acto administrativo influye el **régimen procesal**. Cuando las leyes procesales solo prevén la impugnación de "actos administrativos" y no contemplan acciones judiciales para reaccionar frente a otros tipos de actuaciones administrativas lesivas (omisiones, simples actuaciones materiales o el silencio administrativo), los tribunales y la doctrina académica favorecen un concepto amplio de acto administrativo, para así garantizar **la tutela judicial efectiva** frente a la Administración. Así, por ejemplo, se consideró en la jurisprudencia que el simple impago de una pensión previamente reconocida por una resolución administrativa firme —aunque nunca pagada— era en sí mismo un "acto administrativo tácito" (STC 294/1994, FJ 4), pues solo de esta forma era posible obtener tutela judicial al amparo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos, el concepto de acto administrativo sufre la presión de las necesidades de tutela judicial y suele absorber una variedad más amplia de actuaciones administrativas. A esas actuaciones algunos autores denominan "actos administrativos

a efectos jurisdiccionales" (BOCANEGRA SIERRA, 2012: 46-49). Esto es lo que, tradicionalmente, ha ocurrido en el sistema administrativo español y todavía ocurre, en gran medida, pese a que la actual de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), contempla un amplio catálogo de acciones contencioso-administrativas (*infra* § 34.58-71).

16. La **coexistencia** de concepciones amplias y estrictas de acto administrativo es una característica recurrente en las dogmáticas de los ordenamientos jurídicos de régimen administrativo. Este fenómeno está detrás de las nociones doctrinales y/o jurisprudenciales de la *décision exécutoire* francesa, el *provvedimento amministrativo* italiano o la *Bescheid* austriaca. Esta coincidencia sugiere que las concepciones amplias y estrictas del acto administrativo son complementarias y no excluyentes, por cuanto responden a necesidades diferentes. Incluso en la dogmática alemana, que cuenta, con un concepto legal estricto de acto administrativo, no por eso deja de postularse una más intensa incorporación a la doctrina de las formas jurídicas de actuación administrativa de "las demás declaraciones administrativas de voluntad y conocimiento, las recomendaciones y las meras manifestaciones" (SCHMIDT-ASSMANN, 1993: 30). Ello es señal de que un concepto estricto no excluye la necesidad de sistematizar otras formas de actuación administrativa que suelen incluirse en las llamadas concepciones amplias. Esa sistematización es especialmente necesaria si esas otras formas jurídicas de actuación administrativa responden a nuevas modalidades de realización de las funciones administrativas y sobre las cuales también se proyectan las exigencias del Estado de Derecho. En definitiva, el esfuerzo por configurar y depurar una noción estricta de acto administrativo no es, en absoluto, baldío, sino todo lo contrario, si se la concibe como complemento, e incluso como concepto central de una dogmática jurídico-administrativa, y no como rival, de una noción más amplia. Lo importante es que ambas concepciones, tanto la amplia como la estricta, sean por sí mismas **útiles** e identifiquen desde la abstracción sus elementos centrales (estructura de la actuación, exigencias jurídico-procedimentales, efectos, etc.), garantizando en todo ello flexibilidad, porque solo así podrán adaptarse a situaciones regulatorias complejas.

17. Una **nota común** y transversal a las diversas posturas doctrinales, cuando menos entre los trabajos modernos, es la caracterización del acto administrativo por un elemento jurídico-formal. El acto administrativo es concebido como el acto dictado en ejercicio de una potestad, una función administrativa o un poder público. Al centrarse en este elemento jurídico-formal, la identidad del autor pierde importancia en relación con la definición del acto: la condición de autor del acto derivará de la titularidad y **ejercicio de una potestad o poder público**. Por ello, aun cuando las definiciones se refieren habitualmente como autor del acto administrativo a la Administración en abstracto o a sus órganos, lo hacen con vocación descriptiva y no prescriptiva, pues la doctrina española considera que no solo los órganos de las diversas Administraciones públicas, sino también otros órganos públicos que no son Administración pública (como el Gobierno y los ministros, cuando ejercen potestades administrativas, y el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal de Cuentas, cuando adjudican un contrato o nombran a un funcionario) y ciertos sujetos privados, en tanto ejercen por delegación o concesión una función administrativa (por ejemplo, una entidad privada que colabora en la gestión de subvenciones públicas conforme a los arts. 12 y 15 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, LGS; una empresa privada que realiza la inspección técnica de vehículos; una universidad privada que expide títulos académicos oficiales), pueden realizar actuaciones que deben englobarse en el concepto de acto administrativo *(supra* § 2.32-34). En suma, tanto la concepción amplia como la estricta no ponen reparos a incluir en el concepto los actos materialmente administrativos producidos por los particulares y por órganos públicos distintos de la Administración.

3.2. El concepto legal

18. El legislador español sigue un enfoque pragmático similar al de otros ordenamientos europeos. El concepto de "acto administrativo" (término que suele denotar la concepción amplia) y el de "resolución" (término que suele denotar la concepción estricta) se utilizan diferenciadamente, sin confundirse, en la Ley 39/2015 (pese a que en algunos aspectos y disposiciones aún se podría alcanzar más precisión). De ello se desprende que las **resoluciones** constituyen una especie dentro de la categoría general de **acto administrativo** y que ambas nociones tienen su lugar en el ordenamiento jurídico español.

19. En efecto, los artículos 34-35 y 45 LPAC regulan los requisitos de producción, motivación y publicación de los actos administrativos en conjunto; los artículos 36 y 40 LPAC regulan los requisitos de forma y notificación diferenciando entre actos administrativos y resoluciones; el artículo 37 LPAC establece la inderogabilidad singular de las disposiciones de carácter general o disposiciones reglamentarias exclusivamente por las "resoluciones administrativas de carácter particular" (apartado 1) o las "resoluciones administrativas" (apartado 2); los artículos 38 y 39 LPAC proclaman la presunción de validez y la ejecutividad, respectivamente, de los "actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo"; el artículo 40 LPAC regula la notificación tanto para resoluciones como para actos administrativos (apartado 1 a 4), y la necesidad de protección de los datos personales tanto en resoluciones como en actos administrativos que tengan más de un interesado (apartado 5); los artículos 47-52 LPAC regulan la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos en general, su extensión, conversión, conservación y convalidación; el artículo 70 LPAC, el expediente administrativo como antecedente y fundamentación de la resolución; el artículo 84, la resolución como forma de terminación del procedimiento; los artículos 88-91 LPAC, el contenido de la resolución, la propuesta de resolución y las especialidades de la resolución en determinados procedimientos; el artículo 97, la resolución como título de ejecución; los artículos 98-99 LPAC, la ejecutoriedad y la ejecución forzosa de los actos administrativos; el artículo 104 LPAC, la compulsión sobre las personas como medio de ejecución de los actos administrativos; los artículos 106-107 LPAC, la revisión de oficio de los actos nulos y la declaración de lesividad de los actos anulables; el artículo 112 LPAC, la posibilidad de interponer el recurso administrativo frente a las resoluciones y los actos de trámite; el artículo 114 LPAC, las resoluciones y los actos que ponen fin a la vía administrativa; y el artículo 117.4 LPAC, la suspensión de la resolución o el acto impugnado.

4. LA ANATOMÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

21. El afán por diferenciar y clasificar los elementos del acto administrativo tomó inspiración de la teoría del **negocio jurídico** elaborada previamente en el Derecho privado y que tenía una alta consideración científica. En la teorización del negocio jurídico (privado) desde mediados del siglo XIX se había distinguido entre sus elementos subjetivos, objetivos o casuales. A partir de aquí, afirmando que el acto administrativo es el equivalente funcional del negocio jurídico civil, también se propuso, a principios del siglo XX, el análisis de los elementos subjetivos, objetivos y causales del acto administrativo. Esta propuesta teórica ha llegado hasta nuestros días.

22. No obstante, nunca pasó inadvertido que no se puede aplicar sin más la teoría del negocio jurídico al acto administrativo, sin reparar en las importantes diferencias existentes. La Administración carece de autonomía de la voluntad, pues está sujeta a la ley: no la tiene en sentido psicológico ni en

sentido jurídico. No goza de libertad de elección entre diversos fines, pues está vinculada a cumplir los fines de interés general expresados en las disposiciones jurídicas (y, por tanto, impuestos "desde fuera" de la Administración). Aunque por inercia seguimos definiendo el acto administrativo como una **"declaración de voluntad"**, esa "voluntad" no es la del Derecho privado, sino la voluntad de ejercer (y cumplir con) una potestad administrativa otorgada por el ordenamiento.

23. En virtud de la **intensa subordinación a la ley**, el acto administrativo está más próximo a los actos del poder judicial que a los actos privados, y más próximo a los actos de gestión que realizan los representantes o apoderados de las entidades privadas que al negocio jurídico clásico. Eso es justamente lo que apreciaron los primeros tratadistas de Derecho administrativo: que las características del acto administrativo (eficacia inmediata, estabilidad o firmeza, ejecución forzosa) lo situaban en mayor **proximidad respecto a la sentencia judicial** que respecto a los actos privados.

24. Aunque la teoría del acto administrativo no tiene que replicar los elementos del negocio jurídico (privado), lo cierto es que la clasificación de los elementos del acto administrativo tiene una **utilidad didáctica** a la que es difícil renunciar en la enseñanza del Derecho administrativo. Además de desmenuzar de forma ordenada el acto administrativo como técnica jurídica, permite identificar las nociones y los momentos determinantes para su régimen de validez y el control judicial.

4.1. Elementos subjetivos

25. Los elementos subjetivos del acto administrativo son los **relativos a su autor**: la competencia del órgano administrativo, el nombramiento y la toma de posesión del titular del órgano competente, la imparcialidad de este y la formación de su voluntad. Estos elementos se estudian en detalle desde las perspectivas de la organización administrativa (*supra* § 8.43, 52, 55-58) y el procedimiento administrativo (*supra* § 15.33), para las que son cuestiones importantes, porque las reglas que los regulan procuran la eficacia de la actuación de los órganos administrativos y la corrección y calidad de las decisiones. Para la teoría del acto administrativo son relevantes en la medida en que pueden **determinar la validez** de los actos producidos.

26. Los actos administrativos que dicten las Administraciones públicas "se producirán por el órgano competente" (art. 34.1 LPAC). La **competencia** deberá estar atribuida, según la materia, por una norma legal o reglamentaria, y el autor del acto deberá ser titular de la competencia desde las cuatro perspectivas posibles: competencia **material, territorial, jerárquica y temporal**.

27. Así, por ejemplo, conforme al artículo 4.2 de la Ley vasca 4/2004, de 18 de marzo, de Transporte de Viajeros por Carretera, la adjudicación de la **concesión del servicio de transportes de viajeros en autobús** entre Bilbao y Vitoria-Gasteiz (perspectiva material) corresponde de forma excluyente a la Diputación Foral de Álava (perspectiva territorial), y dentro de ella, conforme al Decreto Foral 47/2019, de 22 de octubre, al Consejo de Gobierno Foral y no individualmente al Diputado Foral de Infraestructuras Viarias y Movilidad (perspectiva jerárquica). En el caso descrito la perspectiva competencial más compleja es la territorial, dado que el servicio de transporte transita por el ámbito de dos territorios históricos (Bizkaia y Álava), siendo el criterio determinante para la determinación de la competencia territorial el mayor número de kilómetros de la línea por el territorio alavés (STSJ País Vasco de 15 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJPV:2019:3515).

28. La competencia es **irrenunciable**, pero se admiten técnicas que alteran los elementos determinantes de su ejercicio (delegación de competencias, encomiendas de gestión, delegación de firma y suplencia). Solo la avocación permite, excepcionalmente, alterar la titularidad de la competencia (arts. 8-14 LRJSP) (*supra* § 8.59-65 y § 14.41-48).

29. Además de tener la competencia, el titular del órgano competente debe haber sido **nombrado correctamente y** debe haber **tomado posesión de su cargo**. El nombramiento puede requerir alguna formalidad, como la publicación en un boletín oficial, y la toma de posesión puede consistir, para algunas autoridades, en un acto solemne o bien, más usualmente, en la aceptación y firma de un documento administrativo. No obstante, los terceros que se relacionan con la Administración generalmente ignoran la existencia o regularidad del nombramiento, toma de posesión o eventual cese del titular del órgano competente. La dogmática del Derecho administrativo incardina estos actos en la llamada "doctrina del funcionario de hecho" y les reconoce efectos jurídicos si su contenido se ajusta al ordenamiento jurídico, en aras de la protección de la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos que actúan de buena fe.

30. Pese a tener competencia suficiente, el ordenamiento jurídico le exige al titular del órgano competente que no intervenga en el procedimiento en determinadas circunstancias: el titular debe abstenerse (art. 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [LRJSP]). Dado que los artículos 103.1 CE y 3.1 LRJSP determinan que las Administraciones sirven con objetividad los intereses generales, la finalidad del **deber de abstención** es garantizar la imparcialidad de quien debe intervenir en el procedimiento y resolverlo (*supra* § 4.54-55 y § 15.33). La lectura de las causas legales de abstención explica con claridad el fin perseguido. Así, por ejemplo, debe abstenerse quien tenga interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél (art. 23.2 a) LPAC); o quien tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados (art. 23.2 c) LPAC).

31. El titular del órgano debe abstenerse por iniciativa propia si estima que se encuentra en una de las circunstancias señaladas. El órgano jerárquicamente superior también le puede ordenar que se abstenga. Si el titular no se abstiene por iniciativa propia o no se lo ordena el superior, los interesados podrán promover su **recusación** en cualquier momento de la tramitación del procedimiento: con los informes y comprobaciones que considere oportunos el superior resolverá sobre la recusación y acordará, en su caso, la sustitución del titular (arts. 23 y 24 LRJSP).

32. De acuerdo con el artículo 23.4 LRJSP, "la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido". Esta regulación no instituye la irrelevancia de la **infracción de las causas legales de abstención**, solo excluye el automatismo entre dicha infracción y la consecuencia jurídica de la invalidez de los actos producidos.

33. Las incidencias en la **formación de la voluntad** de la persona titular del órgano que son posibles a la luz del Derecho privado tienen una relevancia relativa en el ámbito del Derecho administrativo. Las situaciones que podrían influir en el consentimiento del titular de un órgano administrativo no siempre acarrean la invalidez del

acto adoptado. A menudo el acto administrativo que puede o debe dictarse está plenamente determinado por el ordenamiento jurídico, y el titular del órgano competente no tiene margen de decisión. El Derecho administrativo atiende al resultado objetivo: si el acto producido es el único posible, el vicio de consentimiento es irrelevante; si su contenido se ajusta al ordenamiento jurídico, el vicio puede ser irrelevante.

34. Relevancia relativa no quiere decir irrelevancia de las conductas constitutivas de ilícito penal: no, sin duda, en el ámbito penal, pero tampoco en el ámbito jurídico-administrativo. Los actos que sean constitutivos o se dicten como consecuencia de infracción penal son nulos de pleno derecho [art. 47.1 d) LPAC]. Además, cuando hubiera mediado error en la resolución del procedimiento o cuando el acto hubiese sido dictado como consecuencia de falsedad documental, falso testimonio, prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y así se ha declarado en virtud de sentencia judicial firme, los interesados cuentan con el recurso extraordinario de revisión para derribar la firmeza de los actos producidos (art. 125 LPAC).

4.2. Elementos objetivos

35. Los elementos objetivos del acto administrativo determinan también la validez de su producción: el supuesto de hecho, el fin, la causa y el contenido. A ellos se debe añadir la motivación, que es un elemento objetivo con una dimensión formal. La ley de procedimiento administrativo común no regula de forma general los elementos objetivos, más allá de señalar que los actos administrativos "se producirán […] ajustándose a los requisitos" (art. 34.1 LPAC) y alguna referencia general sobre su contenido.

36. El **supuesto de hecho** es el suceso o circunstancia al que el ordenamiento jurídico vincula la producción del acto administrativo. Así, por ejemplo, conforme al artículo 124 del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre ("Reglamento de Extranjería") para el otorgamiento a extranjeros de permisos de residencia temporal por arraigo es necesario que existan "vínculos con el lugar en el que residen" en España. La constatación de la concurrencia del supuesto de hecho es lo que permite o bien obliga a ejercer la potestad administrativa que faculta su producción. Por lo general, el supuesto de hecho es un elemento reglado, aunque en ocasiones, como en el ejemplo citado, la norma concede cierto margen de apreciación al órgano administrativo que dicta el acto (*supra* § 5.53).

37. El **contenido** del acto depende del tipo de potestad administrativa que se ejerza (básicamente, ampliatoria o limitativa de derechos). Según la concepción amplia del acto administrativo, consiste en una declaración de una de las siguientes modalidades: declaración de voluntad (licencias, autorizaciones, sanciones, órdenes), de conocimiento (certificados), de deseo (recomendaciones, advertencias) o de juicio (informes, dictámenes). Según la concepción estricta, solamente las declaraciones de voluntad se adecuan al concepto de acto administrativo.

38. Además de recordar que su contenido "se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico", la ley establece dos requisitos generales al respecto (art. 34.2 LPAC).

a) El primero es el carácter **determinado** del contenido del acto administrativo. El acto administrativo debe precisar de manera suficiente las consecuencias que se derivan de él, lo que viene a significar: las que se derivan de la aplicación de la ley. Si el contenido del acto no está determinado, no puede cumplirse, ni exigirse su cumplimiento. Controvertida, no obstante, puede resultar la calificación teórica de esa irregularidad: el acto cuyo contenido no está determinado será un acto inexistente, por carecer de un elemento esencial, o bien de un acto nulo de pleno derecho, subespecie acto con "un contenido imposible" [art. 47.1 c) LPAC].

b) El segundo requisito legal del contenido es su **adecuación a los fines** del acto. Para entender este requisito debemos explicar antes otros dos elementos objetivos que diferencia la teoría del acto administrativo: los fines y la causa.

39. La **causa** del acto administrativo consiste en la adecuación de su contenido a la modalidad de acto en cuestión. El elemento causal inquiere por la **razón jurídica** de la producción del acto. Por ejemplo: **¿Por qué se dicta el acto** que declara la necesidad de expropiación de una finca? Porque el legislador autoriza a las Administraciones públicas de carácter territorial a privar singularmente a uno o varios particulares de toda o parte de la propiedad de un bien a cambio de una indemnización (*infra* § 26.1-2). La causa del acto administrativo está objetivada y su comprobación solo requiere un examen externo.

40. El **fin** del acto atiende, en cambio, a la **razón práctica** de la producción del acto, que deberá corresponderse con el servicio o la consecución del interés general para el que se otorgó la potestad administrativa en cuestión. Volvamos al ejemplo anterior: **¿Para qué se dicta el acto expropiatorio?** Para obtener los bienes necesarios para cumplir el fin social o de utilidad pública que contempla la legislación de expropiación forzosa o cualquier otra ley. La identificación del fin del acto, la constatación de la adecuación del contenido del acto a ese fin y, sobre todo, la constatación de la adecuación del fin del acto a los fines aceptados por el ordenamiento jurídico son operaciones complejas. Ciertamente, el ordenamiento jurídico limita el abanico de los fines que lícitamente puede perseguir la Administración pública: esos fines están expresa o implícitamente establecidos en la norma que atribuya la correspondiente potestad administrativa. No obstante, las normas facultan a menudo a la Administración a adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar determinado fin de interés general, sin precisar o enumerar exhaustivamente tales medidas. Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, autoriza a dictar las prohibiciones necesarias para "asegurar la consecución de los fines previstos en esta Ley". De esta manera, pueden ser concebibles actos de diverso contenido para alcanzar el interés general establecido en la norma: esto ocurre, sobre todo, aunque no exclusivamente, en el marco de las potestades reglamentarias, de organización, de planeamiento o de coordinación. Todo ello está en el margen legítimo de decisión que la norma otorga a la Administración.

41. La otra fuente de complejidad estriba en la posibilidad de que el fin real sea ocultado porque se sabe o intuye que no se corresponde con lo establecido en la norma aplicada. Ese fenómeno se tipifica en el Derecho administrativo como **"desviación de poder"** y es causa suficiente para anular el acto (art. 48.1 LPAC). Sería el caso, por ejemplo, de una multa urbanística impuesta a un propietario

infractor, pero no por la probada comisión de una infracción, sino para forzarle a suscribir un convenio urbanístico con el ayuntamiento. La desviación de poder es la infracción del ordenamiento jurídico-administrativo **más difícil de acreditar**, pues para ello hay que levantar el "velo de ocultamiento" y averiguar el fin real perseguido por el autor del acto. La motivación es el elemento clave para identificar el fin del acto y comprobar su adecuación al fin perseguido por la norma.

42. La **motivación** realiza varias **funciones esenciales**. En primer lugar, una función estructuradora para la Administración: si esta está obligada a exteriorizar los hechos y fundamentos de derecho que sustentan su decisión, deberá recabar todos esos datos, ordenarlos de forma racional y esforzarse en la fundamentación. En segundo lugar, una función pacificadora: si el destinatario conoce los motivos del acto, estará en mejor situación de comprender su contenido, cumplirlo y evaluar su legalidad y las posibilidades de éxito de una impugnación. En tercer lugar, los jueces y tribunales podrán realizar en mejores condiciones su control sobre el acto si este cuenta con una motivación que si carece de ella.

43. La motivación ha sido considerada tradicionalmente como **un elemento formal más** del acto administrativo, aunque es más que eso, como se deduce de las líneas anteriores. Ciertamente, el acto administrativo que pone fin al procedimiento debe contener la exteriorización de las razones que sustentan la decisión adoptada y, en esa medida, constituye una "parte" formalmente diferenciada de la resolución. No obstante, no es una mera exigencia formal. La adecuación y pertinencia de la motivación se relaciona más bien con los elementos objetivos del acto administrativo: con las disposiciones jurídicas que el ordenamiento jurídico ha establecido para tutelar el interés general concreto que se protege en el ámbito de que se trate. Cuando un acto administrativo está sujeto a una obligación de motivación, los jueces y tribunales pueden controlar tres cuestiones: a) si existe o no motivación o es o no suficiente; b) si las razones aportadas se adecuan o no a los datos de la realidad empírica; c) si las razones aportadas se adecuan al tenor de la decisión. El primer aspecto sería el único elemento formal en sentido estricto (y, en ciertas ocasiones, puede ser el único controlable) (*supra* § 5.61), mientras que el examen de los otros dos aspectos, más complejo, se relaciona con el control de los elementos discrecionales de las potestades administrativas (*supra* § 5.39), esto es, con el fondo de la decisión.

44. **No existe una obligación general de motivación** de los actos administrativos, pero el elenco de supuestos que establece el artículo 34 LPAC incluye todos aquellos en los que la motivación tiene interés, por ejemplo, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 34 a) LPAC), los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos (art. 34 c) LPAC), o los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales (art. 34 i) LPAC).

45. Aunque la ley de procedimiento administrativo común se limita a exigir una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho", el **alcance de la motivación** necesaria dependerá del tipo del acto de que se trate, de la tramitación del procedimiento administrativo y, en último término, de lo que sea necesario para que se comprendan las razones de la decisión adoptada. La legislación sectorial puede incrementar ese alcance mínimo obligando a la Administración a pronunciarse sobre determinadas cuestiones. Los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva serán motivados de la forma que dispongan las normas que regulen sus convocatorias (p. ej., mediante baremos de puntuacion), siempre que en el procedimiento estén acreditados los fundamentos de la resolución que se adopte.

4.3. Elementos formales

46. Los elementos formales del acto administrativo son los relativos a su **producción y exteriorización**: el procedimiento administrativo, los requisitos de forma del acto y las reglas para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

47. Los actos administrativos se producirán "ajustándose al **procedimiento** establecido" (art. 34.1 LPAC). De conformidad con las previsiones constitucionales (art. 149.1.18 CE), el legislador estatal ha establecido el procedimiento administrativo común con el fin de ofrecer unas garantías mínimas comunes a todos los interesados (*supra* § 15.20). Respetando ese marco común, el legislador sectorial (estatal o autonómico) configura el procedimiento aplicable por razón de la materia.

48. El legislador estatal ha establecido también unos requisitos mínimos de **forma** para la producción del acto administrativo, pues los requisitos específicos se encontrarán, en su caso, en la legislación sectorial o en la legislación específica de régimen jurídico de los gobiernos estatal, autonómicos y locales, que dictan una buena parte de los actos administrativos que se producen. Los requisitos **mínimos** de forma se establecen en el artículo 36 LPAC. La ley diferencia entre la forma de producción (que puede ser verbal) y la forma de constancia del acto (que generalmente será escrita). Según el artículo 36.1 LPAC, los actos administrativos "se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión o constancia".

49. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia **de forma verbal**, "la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede" (art. 36.2 LPAC). Además, cuando los actos que se producen de forma verbal fueran resoluciones, "el titular de la competencia deberá autorizar una relación de los que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido" (art. 36.2 LPAC). Finalmente, cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, "podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado". Esta modalidad de acto administrativo se denomina "acto plúrimo".

50. Por poner un par de ejemplos, los **acuerdos de los órganos colegiados se adoptan verbalmente**, y el secretario del órgano los recoge en el acta y expide certificado de tales acuerdos (arts. 16 y 18 LRJSP); en caso de urgencia o necesidad, los inspectores de pesca pueden adoptar medidas cautelares de forma verbal, entre otras, para apresar el buque y desviarlo a puerto o confiscar su pesca, pero los interesados deben recibir la decisión y su motivación por escrito de forma inmediata y como máximo en el plazo de cinco días (art. 7 RD 176/2003).

51. Para la **formación de la voluntad de los órganos colegiados** se deben cumplir las reglas de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos. Con carácter general están establecidas en el artículo 17 LRJSP. Además, hay normas específicas para los órganos de gobierno estatal, autonómico y local (*supra* § 14.74).

5. LA DINÁMICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

5.1. Notificación

52. Una vez producido el acto administrativo, no acaba la actividad administrativa. La Administración tiene que notificar la resolución que dicte. De la correcta notificación depende la propia **eficacia** del acto administrativo ya dictado (*infra* § 17.61-65). Es más, si quiere evitar que se produzcan los efectos del silencio administrativo positivo (*supra* § 15.87), tendrá que intentar la notificación en papel o poner la notificación electrónica a disposición del interesado dentro del plazo máximo con que cuenta para resolver y notificar.

53. La notificación es una **actuación instrumental**, no un acto administrativo en sentido estricto (pues es imposible aplicarle la teoría del acto administrativo, en particular el régimen de invalidez). Es una actuación material por la que la Administración pone en conocimiento del interesado o los interesados un previo acto administrativo. Tradicionalmente, y todavía hoy para la mayor parte de las personas físicas, esa actividad material consiste en llevar un documento físicamente a su conocimiento, a su domicilio o a cualquier otro lugar designado o adecuado para la notificación. Esta actividad material puede ser desarrollada directamente por la Administración con sus empleados públicos, por medio del servicio de Correos (correo certificado) o contratando empresas de servicios. La notificación tiene sus propios requisitos de perfección, subsanación y eficacia (arts. 41-44 LPAC) y en ocasiones puede ser sustituida o complementada mediante publicaciones (arts. 45-46 LPAC).

54. La obligación de notificación se extiende a las resoluciones y a cualesquiera actos administrativos que **afecten a los derechos e intereses**. En puridad, los requisitos legales de la notificación se aplican no solo a los actos administrativos, sino también a otras actuaciones administrativas (como actos de trámite) que deben ser conocidas por los posibles interesados. El objeto de la notificación comprende el texto íntegro del acto, con la indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos (art. 40.2 LPAC).

55. Para los interesados, la notificación es una **garantía** de sus derechos e intereses. Sin notificación el acto administrativo no surte efectos y no obliga al destinatario. Para la Administración que lo ha producido, la notificación es una carga: no solo debe practicarla, también debe estar en situación de poder acreditar la correcta y completa realización para evitar que el interesado alegue después otra cosa y se oponga válidamente a su eficacia.

56. El medio de notificación **preferente** es el **electrónico**. Determinados interesados (personas jurídicas) están incluso obligados a recibirla por esta vía (art. 14.2 a) LPAC). Reglamentariamente podrán determinarse procedimientos y colectivos de personas físicas para los que será obligatoria la notificación electrónica (arts. 14.3

y 41.1 LPAC). Quedan exceptuados de la notificación electrónica los actos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico y los que contengan medios de pago, como cheques. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado a tal efecto por aquel; no obstante, si no fuera posible realizarla por ese medio, la Administración podrá practicarla en cualquier lugar adecuado (art. 40.2 LPAC).

57. Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener **constancia** de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario (art. 41.1 LPAC).

58. Las **notificaciones mediante medios electrónicos** se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única, o bien mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u organismo. En este contexto, la comparecencia en la sede electrónica consiste en el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación. Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido. Cuando la notificación por medios electrónicos sea obligatoria, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido (art. 43 LPAC).

59. Por lo que respecta a la **notificación en papel**, cuando el interesado o su representante **rechace la notificación** de un acto administrativo, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento (art. 41.5 LPAC). Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente este, podrá hacerse cargo de la notificación cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes, alternando mañana y tarde y al menos con tres horas de diferencia. Si el segundo intento de notificación personal resulta infructuoso, o bien se desconocen los interesados en el procedimiento o el lugar de notificación, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado. Facultativamente, también se podrá publicar un anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia o en el tablón de edictos del ayuntamiento del último domicilio del interesado (arts. 42.2 y 44 LPAC).

60. Determinados actos no se notifican, sino que directamente se **publican** en el boletín oficial que corresponde a la Administración de la que provenga el acto: son los dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas (también llamados "actos administrativos generales", como las convocatorias de ayudas o plazas de empleo público) y los actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo (en estos casos la convocatoria indicará el medio en el que se efectuarán las sucesivas publicaciones). Por ejemplo, el orden de intervención de los concursantes y la ubicación de los tribunales en un concurso-oposición para el acceso a la función pública normalmente se publica en el portal electrónico de la correspondiente Administración pública, no se notifica de manera individualizada a cada uno de los concursantes.

5.2. Eficacia

61. La eficacia material del acto administrativo se activa con independencia de su **conformidad con el ordenamiento jurídico**. De acuerdo con el artículo 39 LPAC, los actos administrativos "se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa". En esta disposición se mencionan los tres planos que deben distinguirse en la vida jurídica del acto administrativo: el plano de la producción (art. 34.1 LPAC) o dictado del acto (art. 39 LPAC), el de la generación de efectos y el de la validez. En particular, **eficacia y validez** siguen caminos separados. La desconexión o desvinculación entre legalidad y eficacia tampoco se interrumpe o flexibiliza cuando concurre una causa de nulidad de pleno derecho (*infra* § 17.71): el acto nulo de pleno derecho sigue siendo eficaz, mientras no se declare esa nulidad.

62. Según se dispone en el artículo 39.1 LPAC, la eficacia de los actos administrativos sería **inmediata**: los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan (regla general), salvo en las siguientes circunstancias (excepciones): que en ellos se disponga otra cosa o así lo exija el contenido del acto o que la eficacia esté supeditada a la notificación, publicación o aprobación superior. Ahora bien, la notificación (o, alternativamente, la publicación) es casi siempre necesaria, por lo que la referida excepción es solo aparente: más bien debería formularse como la regla general, y una de sus excepciones la producción inmediata, desde el primer día, de los efectos en caso de ser innecesaria la notificación. La supeditación de la eficacia del acto a la notificación, publicación (*supra* § 17.52-60) o aprobación superior constituye una condición legal: implica un requisito de eficacia, no de validez del acto administrativo.

63. El acto administrativo tiene por definición, por su mera existencia jurídica, la capacidad de producir efectos jurídicos. Si carece de esa capacidad, no es un acto administrativo, sino otro tipo de medida. Esa capacidad solo constituye la eficacia **externa** del acto administrativo. Que los llegue a producir o no, entera o parcialmente, frente a quién, por cuánto tiempo y en qué ámbito territorial, en cambio, constituye la eficacia material o **interna** del acto administrativo, que dependerá de lo previsto en el ordenamiento jurídico, lo resuelto en el acto en cuestión y el contexto fáctico. Por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, tras la correspondiente oposición, es un acto administrativo externamente eficaz, pero por exigencia del artículo 62.1 d) EBEP, solo despliega todos sus efectos internos (el efectivo acceso a la función pública) una vez que el interesado acepta el nombramiento ("toma de posesión"), para lo cual tiene un plazo limitado (normalmente, de un mes).

64. La eficacia del acto administrativo consiste en **proyectar el Derecho** (sus reglas y principios) sobre el caso concreto con el fin de producir efectos jurídicos. Esa determinación es siempre jurídicamente relevante, lo que no significa que los efectos sean siempre los mismos ni igualmente intensos. Según la estructura y contenido de los efectos, esa determinación dará lugar a una prohibición, una orden no prohibi-

tiva, una sanción pecuniaria, una autorización, la adjudicación de una ventaja o el reconocimiento de una situación jurídica, la certificación de un hecho, una promesa, una consulta vinculante o una recomendación. En una inadmisión a trámite o en una denegación de lo solicitado se determina también lo que (no) es el Derecho en el caso concreto.

65. Lo que caracteriza al acto administrativo (frente a la norma) es que **vincula** a su autor con su destinatario o viceversa, al destinatario con su autor; y ese vínculo debe ser respetado no solo por ambas partes, sino por un círculo más amplio de autoridades y de terceros, interesados o no. Esto explica que las leyes pongan límites tanto a la revocación de un acto administrativo por cambio de criterio (art. 109 LPAC) como a su anulación de oficio, por razones de legalidad (*infra* § 33.22, 24-44).

5.3. Validez

66. Las irregularidades de los actos administrativos se clasifican en **tres categorías** en función de las consecuencias jurídicas sobre su validez: la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y las irregularidades no invalidantes. Esas categorías se establecen en los artículos 47 y 48 LPAC. Fuera de la nulidad y la anulabilidad no hay más categorías de invalidez: la llamada "inexistencia", que históricamente se utilizó para calificar aquellos actos administrativos que no cumplían con las más elementales exigencias para ser reconocidos como tales actos administrativos, no constituye una categoría adicional de la invalidez, sino ausencia lisa y llana de acto administrativo susceptible de ser calificado como legal/ilegal o válido/inválido.

67. La categoría de la **anulabilidad** ocupa el espacio central y más extenso del territorio de la invalidez. Son anulables los actos que incurran en "cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder" (art. 48.1 LPAC). A partir de ahí debe realizarse un doble recorte o delimitación del espacio central ("por arriba" y "por abajo"). La regla es la anulabilidad a no ser que el acto incurra en una infracción tan cualificada que haya sido tipificada en el ordenamiento como nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LPAC) o a no ser que la infracción en cuestión carezca de relevancia invalidante.

68. Los llamados **"defectos de forma"** carecen de relevancia invalidante (art. 48.2 LPAC), cuando menos, siempre que el acto no carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión: estos serían los únicos defectos de forma con relevancia invalidante. Los "defectos de forma" deben ser entendidos de manera amplia, con inclusión de los vicios procedimentales y competenciales que no constituyen nulidad de pleno derecho, así como por lo general el incumplimiento de términos o plazos (art. 48.3 LPAC), la infracción de las causas de abstención tipificadas en la ley (art. 23.4 LRJSP) o la omisión de informes preceptivos no vinculantes (art. 80.3 y 4 LPAC).

69. Por ejemplo, aunque la regla respecto a las personas jurídicas sea la notificación electrónica, el hecho de haberse practicado la notificación de una sanción en papel a una persona jurídica, que las había aceptado anteriormente en el procedimiento, y cuando ello no le ha producido indefensión, constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (STS de 21 de noviembre de 2022 - ECLI:ES:TS:2022:4332).

70. Como excepción que es al régimen general de la anulabilidad, la **nulidad de pleno Derecho** tiene que estar prevista expresamente. El elenco básico de supuestos de nulidad de pleno Derecho se encuentra en el artículo 47.1 LPAC.

71. El artículo 47.1 LPAC enuncia **causas de nulidad** de pleno derecho tradicionales y otras más recientes. Las tradicionales son las que afectan a los elementos subjetivos y formales del acto administrativo: los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los que tengan contenido imposible, los actos dictados prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido y de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados y los que sean constitutivos o se dicten como consecuencia de una infracción penal. A esas causas tradicionales se añadieron en la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, otras dos: los actos que lesionen derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (arts. 14 a 30 CE) y los actos expresos o presuntos por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

72. Por ejemplo, una resolución sancionadora dictada en pretendida sustitución de otra anulada, sin tramitar de nuevo el procedimiento administrativo sancionador, es sin duda nula de pleno derecho. ¿Pero en qué causa de nulidad encaja? En el caso, el Tribunal Supremo no aplicó la causa de nulidad absoluta consistente en el abandono absoluto del procedimiento [art. 47.1 d) LPAC], sino la relativa a la vulneración de los derechos fundamentales susceptibles de amparo [art. 47.1 a) LPAC], por considerar que vulneraba el principio de legalidad procedimental del ejercicio de la potestad sancionadora (art. 25.1 CE) y no respetaba el derecho de defensa del art. 24.1 CE (STS de 7 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4024). La jurisdicción contencioso-administrativa tiende a priorizar la causa de nulidad de pleno Derecho relacionada con la lesión de derechos fundamentales, que parece materialmente más grave que la derivada de infracciones procedimentales.

72 *bis*. Además, el Tribunal Supremo suele condicionar la declaración de nulidad de pleno derecho por esta causa a que el acto se haya dictado prescindiendo totalmente de los trámites del procedimiento, resultando insuficiente la omisión de alguno de dichos trámites, por importante que fuera (STS de 24 de julio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3007). Sin embargo, en la práctica del Consejo de Estado la causa de nulidad relativa al abandono total y absoluto del procedimiento se interpreta de forma más laxa: para apreciar su concurrencia puede bastar la omisión de un trámite preceptivo singular, considerado esencial a tales efectos (*vid*., entre muchos, el dictamen de 24 de noviembre, emitido en el expediente núm. 1562/2022). No es, por tanto, una causa que se aplique solo en supuestos excepcionales.

73. El art. 47.1 LPAC no contiene todas las causas de nulidad de pleno derecho que existen en el ordenamiento. Es un **listado abierto** que se remite a cualquier otra que "se establezca expresamente en una disposición con rango de ley" [letra g)]. Tanto el legislador estatal **sectorial** como el autonómico pueden añadir nuevas causas de nulidad de pleno derecho en el ámbito de sus competencias. Por ejemplo, según el artículo 31.2 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, son nulas de pleno Derecho las licencias de parcelación urbanística contrarias a la propia ley. La tipificación de causas de nulidad de pleno derecho en la legislación sectorial

ha proliferado en las últimas décadas, incurriendo en cierta **tensión con el principio de seguridad jurídica**.

74. Fuera del elenco del artículo 47.1 LPAC, el legislador incorporó en 2015 un supuesto de nulidad de pleno derecho de extraordinaria amplitud y que, desde una perspectiva material, impone una consecuencia jurídica asistemática. Se trata del supuesto de la nulidad de pleno derecho de las resoluciones administrativas que **vulneran lo establecido en una disposición reglamentaria** (art. 37.2 LPAC). La previsión contradice la regla general de la anulabilidad para los actos administrativos que incurren en vulneraciones sustantivas del ordenamiento jurídico aplicable, y crea una asimetría con respecto a las vulneraciones de normas de rango superior al reglamentario y, por tanto, no menos importantes, como son las constitucionales, las legales y las europeas. Sin una reducción teleológica o una interpretación correctora, una sanción radical con un ámbito de aplicación tan amplio desborda las causas tasadas de nulidad previstas en el artículo 47.1 LPAC.

75. Las **diferencias** entre las dos categorías de la invalidez (nulidad absoluta o de pleno Derecho y relativa o anulabilidad) se aprecian en los posibles instrumentos para el control de legalidad de los actos administrativos por la propia Administración que los dicta, pues se amplían los instrumentos disponibles para reaccionar frente al acto nulo de pleno derecho: (a) Además de los recursos administrativos ejercitables por igual frente a todos los actos administrativos, con independencia de los vicios en que incurran, los afectados disponen de una vía específica ("acción de nulidad") para solicitar de la Administración competente la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto administrativo (art. 106.1 LPAC) (*infra* § 33.26-27). (b) La Administración puede revisar de oficio en cualquier momento los actos nulos de pleno Derecho, que puede culminar en su declaración de nulidad (art. 106.1 LPAC) (*infra* §33.26). En cambio, la Administración solo puede declarar de oficio la lesividad para el interés general de los actos anulables, teniendo que impugnarlos, como cualquier particular, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 107 LPAC) (*infra* § 33.47-50). (c) Tanto la "acción de nulidad" como la potestad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho son imprescriptibles, a diferencia de los breves plazos de caducidad a los que están sujetos los recursos administrativos y contencioso-administrativos; esa imprescriptibilidad debe moderarse en casos excepcionales de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 110 LPAC. A largo plazo la inexistencia de un plazo preclusivo para declarar la nulidad de pleno derecho es la diferencia más trascendente de régimen jurídico entre el acto nulo y el acto anulable.

76. **Otras diferencias importantes** entre la nulidad absoluta y la relativa son: (d) La nulidad de pleno derecho es una de las razones que permite fundamentar la suspensión del acto administrativo en vía administrativa (art. 108 LPAC). (e) Los actos nulos de pleno derecho son insubsanables, a diferencia de los anulables (art. 52.1 LPAC). (f) Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado (art. 115.3 LPAC): *sensu contrario*, esa limitación no rige para los vicios y defectos que causen la nulidad de pleno derecho.

5.4. Firmeza

77. Una vez adoptado y notificado, el siguiente peldaño que debe superar el acto administrativo en el camino a su estabilidad es la firmeza. El acto administrativo puede y suele adquirir firmeza de forma expeditiva. Basta con que **ningún interesa-**

do interponga un recurso administrativo (*infra* § 33.51-82) o, en su caso, el recurso contencioso-administrativo (*infra* § 34.58-59) en los breves plazos que rigen para su interposición (un mes o dos meses, respectivamente, a partir del día siguiente al de notificación o publicación del acto: arts. 122.1 LPAC y 46.1 LJCA) para que el acto administrativo adquiera esa especial protección ante terceros y ante la propia Administración que lo ha adoptado. Si se interpone un recurso se evita temporalmente que el acto adquiera firmeza: habrá que esperar a que la resolución de ese recurso devenga también firme. Si la resolución anula el acto impugnado, este desaparece de la realidad jurídica antes de haber adquirido firmeza; si lo confirma y no se interpone en plazo el recurso que proceda, el acto impugnado deviene firme. Solo la acreditación de que el acto ha sido notificado de forma defectuosa podría cuestionar la firmeza aparentemente adquirida, pues la notificación defectuosa deja permanentemente abierto el plazo de recurso, siempre que no sea convalidada tácitamente por el interesado (art. 40.3 LPAC).

78. Cuando el acto deviene **firme en vía administrativa** por falta de interposición del recurso administrativo procedente (recurso de alzada o recurso potestativo de reposición), o porque interpuesto el recurso administrativo, este ha sido desestimado, el interesado todavía podría utilizar el recurso extraordinario de revisión, reservado para circunstancias tasadas y excepcionales (arts. 113 y 125 LPAC) (*infra* § 33.83-89). Si el acto administrativo deviene **firme en la vía contencioso-administrativa** (por falta de interposición del recurso en plazo, o por haber sido inadmitido o desestimado por el juzgado o tribunal) no puede combatirse la firmeza del acto aisladamente sin atacar al mismo tiempo la firmeza de las resoluciones judiciales que hayan confirmado la validez el acto administrativo: el interesado tendría que interponer recurso de revisión contra la correspondiente sentencia firme (art. 102 LJCA). Ahora bien, se puede interponer contra el acto administrativo firme un **recurso administrativo de revisión**, al menos si todavía se está en plazo, fundamentado en motivos de invalidez que no se invocaron o no pudieron invocarse en el proceso contencioso-administrativo.

5.5. Ejecución

79. La **ejecutividad** es una cualidad de determinados actos administrativos, pues el interés general no exige en todos ellos una actuación material de ejecución de su contenido (p. ej., en los actos administrativos de naturaleza permisiva). En sentido propio, la ejecución del acto administrativo consiste en realizar actos materiales específicos para llevar a efecto de forma directa o indirecta su contenido. El contenido de cada acto determina quién debe cumplirlo de forma principal (el destinatario, la Administración o ambos simultánea o sucesivamente), así como las formas de cumplimiento, que no están previstas de forma general en la LPAC. La forma de reaccionar frente al incumplimiento depende de la naturaleza del sujeto obligado.

80. Si es la Administración la que no realiza lo establecido en la resolución (p. ej., no abona la subvención otorgada mediante acto firme, respecto a la cual el

beneficiario ha justificado el cumplimiento de la actividad a la que se obligó), el afectado puede solicitar **judicialmente** la ejecución del correspondiente acto firme formulando un recurso contencioso-administrativo que se tramitará por un procedimiento abreviado (art. 29.2 LJCA) (*infra* § 34.67). Y será el poder judicial el competente para hacer cumplir la sentencia firme que se dicte (arts. 103-113 LJCA).

81. Si es el destinatario del acto administrativo quien no lo cumple de forma voluntaria, la legislación de procedimiento administrativo común regula la llamada **"ejecución forzosa"** (para distinguirla de la ejecución voluntaria): esto es, el conjunto de medios de los que se vale la Administración pública para vencer la resistencia del destinatario y forzarle a cumplir el contenido del acto administrativo. Pese a su conexión con el principio constitucional de eficacia de la Administración (art. 103.1 CE), la de ejecución forzosa no deja de ser una potestad administrativa de creación legal y cuyo alcance viene configurado en la legislación de procedimiento administrativo común. Esta legislación se centra en tres aspectos: la definición de la ejecutoriedad (esto es, la delimitación de los actos susceptibles de ejecución forzosa), los requisitos de la actividad material de ejecución y, sobre todo, la regulación de los medios de ejecución forzosa.

82. La regla general afirma que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos" (art. 98.1 LPAC), si bien la rúbrica del propio precepto habla de **"ejecutoriedad"**. Con ello se quiere decir que, en principio, los actos que imponen obligaciones a sus destinatarios, si no son cumplidos voluntariamente, pueden ser objeto de ejecución forzosa. No obstante, el mismo artículo 98.1 LPAC admite cuatro **excepciones** a este criterio general de ejecutoriedad: a) la suspensión de la ejecución del acto (lo cual, ordinariamente, requiere la iniciativa del interesado, solicitando la suspensión a través de la interposición de un recurso administrativo [art. 117 LPAC] (*infra* § 33.61) o contencioso-administrativo [art. 129 LJCA y sigs.] (*infra* § 34.128), aunque también puede acordarlo la Administración, en vía de recurso administrativo o como consecuencia del inicio de un procedimiento de revisión de oficio [art. 108 LPAC] o bien en los supuestos de suspensión administrativa de acuerdos [arts. 127 y 127 *quáter* LJCA]; b) las resoluciones de procedimientos sancionadores contra las que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición [art. 98.1 b) LPAC], o bien, si no cabe recurso alguno en vía administrativa, siempre que se acuerde su suspensión cautelar una vez anunciada la intención de interponer contencioso-administrativo (art. 90.3 LPAC); c) una disposición que establezca lo contrario; y d) la necesidad de aprobación o autorización superior (esta excepción, por tanto, se solapa con los requisitos de la eficacia del acto administrativo: vid. art. 39.2 LPAC).

82 *bis*. En suma, la firmeza del acto administrativo no es presupuesto para su ejecutividad, pero será la Administración la que corra el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, pues el particular afectado no deberá sufrir perjuicio alguno como consecuencia de una actividad material de ejecución de la Administración cuyo título habilitante sea declarado ilegal en una posterior revisión judicial (STS de 1 de abril de 1996, ECLI:ES:TS:1996:2004). La ejecutividad del acto administrativo

no es en principio contraria al **derecho fundamental a la tutela judicial efectiva** reconocido en el art. 24 CE, pues lo decisivo, desde la perspectiva de dicho derecho, es la posibilidad de control jurisdiccional (STC 78/1996, FJ 3). Por tanto, el derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión; no impone paralizar la posibilidad de ejecutar el acto administrativo dotado de ejecutividad hasta que se dicte sentencia en el proceso judicial en el que se impugnó dicho acto (STS de 24 de noviembre de 2004, ECLI:ES:TS:2004:7633).

83. La legislación regula con cierta redundancia los presupuestos de la actividad material de ejecución regulados (art. 97 LPAC), por un lado, y los requisitos de la ejecución forzosa que se contemplan en el art. 99 y siguientes de la LPAC, por otro. Ordenados desde un punto de vista lógico, los **presupuestos y requisitos** para la ejecución forzosa son los siguientes: a) existencia de un título habilitante, que debe constituir una resolución (art. 97.1 LPAC), esto es, un acto que ponga fin a un procedimiento administrativo, siempre que se pretenda limitar derechos de los particulares; b) notificación de dicha resolución a los interesados (art. 97.2 LPAC); c) ejecutividad de dicha resolución e inexistencia de acuerdo de suspensión de su eficacia (art. 98.1 LPAC), que puede adoptarse en cualquier momento; d) previo apercibimiento de que la Administración va a proceder a su ejecución forzosa (art. 99 LPAC), lo que a menudo se incluye en la propia notificación de la resolución, aunque no es imprescindible; e) utilización del medio de ejecución menos restrictivo, cuando más de uno fuera admisible en la situación concreta, con el fin de respetar la libertad individual (art. 100.2 LPAC); f) respeto de la dignidad de la persona y los derechos fundamentales (art. 104.1 LPAC), incluida la inviolabilidad del domicilio, lo cual puede exigir la intervención de un órgano judicial (arts. 99 y 100.3 LPAC y 8.5 LJCA).

84. El respeto de tales requisitos es crucial. Sin una resolución administrativa y sin un apercibimiento previos la actuación material de ejecución de la Administración será considerada **"vía de hecho"**, frente a la cual el afectado cuenta con medios específicos de defensa en las vías jurisdiccionales contencioso-administrativa y civil, como los recursos contencioso-administrativos (art. 30 LJCA) (*infra* § 34.68-71) y las acciones posesorias (art. 105 LPAC). El **previo apercibimiento** constituye un acto iniciador del procedimiento de ejecución: en principio, es un acto de trámite que no es susceptible de recurso autónomo, salvo que genere indefensión o perjuicios de difícil reparación, lo que permitirá su impugnación siempre y cuando los motivos del recurso vayan referidos única y exclusivamente al procedimiento de ejecución forzosa (STS de 9 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:409). Igualmente son impugnables de manera autónoma los posibles excesos o desviaciones en la actuación material de ejecución respecto a la resolución que le sirve de título habilitante, supuesto de falta de cobertura jurídica que la jurisprudencia incluye también en la noción de "vía de hecho" (STS de 6 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2009).

85. Conforme a los artículos 100-104 LPAC, los **medios** de ejecución forzosa previstos en la legislación de procedimiento son cuatro: apremio sobre el patrimonio (por ejemplo, retener fondos de una cuenta bancaria para saldar una deuda con la

Administración), ejecución subsidiaria (por ejemplo, la realización por el ayuntamiento de una orden de demolición no cumplida voluntariamente por el infractor), multa coercitiva (por ejemplo, la imposición de una cantidad de euros por cada día que se incumple una orden de paralización de unas obras ilegales) y compulsión sobre las personas (por ejemplo, la sujeción física de una persona que incumple una orden sanitaria de confinamiento). El procedimiento de apremio tiene una regulación propia, al que remite el artículo 101.1 LPAC y que se contiene actualmente en los artículos 70 y siguientes del Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 939/2005, de 29 de julio).

86. Veamos algunas precisiones sobre el alcance de los medios de ejecución forzosa. Un ayuntamiento no puede **embargar** el dinero de las cuentas bancarias de una comunidad autónoma, al formar parte de sus recursos financieros, preordenados a fines de interés general y, por ende, inembargables (SSTS de 20 de enero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:154, y de 13 de junio de 2023, ECLI:ES:TS:2023:2738). La **multa coercitiva** es un medio de ejecución viable (y exigido por la normativa europea, por periodos de doce meses) para exigir el cumplimiento de la obligación de arranque de las plantaciones ilegales de viñedo. Como no es una medida sancionadora, no precisa de la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador: basta con la tramitación de un procedimiento administrativo que determine la ilegalidad de lo plantado, con audiencia a la parte, declarando la obligación de arranque, y previo requerimiento, imponga la multa coercitiva (STS de 5 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2179). La **ejecución subsidiaria** es un medio de ejecución viable para exigir la reposición del dominio público marítimo–terrestre al estado anterior a su ocupación sin título (STS de 3 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:4288). En cambio, la ejecución de un aval, constituido en garantía de la realización de unas obras exigidas por el contenido de una licencia urbanística, no debe confundirse con la ejecución de dicho acto administrativo: no constituye una ejecución subsidiaria (STS de 23 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3873).

87. El **territorio** limita la práctica de los medios de ejecución forzosa. Una entidad local no puede practicar y dictar diligencia de embargo de dinero en cuentas abiertas en sucursales de entidades financieras radicadas fuera de su término municipal, incluso cuando dicho embargo no requiera la realización material de actuaciones fuera del término municipal por la Administración local, siendo necesario, en estos casos, instar, conforme al artículo 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, la práctica de dicha actuación a los órganos competentes de la correspondiente comunidad autónoma o a los órganos competentes del Estado, según corresponda (STS de 22 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:174). Por tanto, la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales deberán **colaborar y auxiliarse** entre sí para la ejecución de sus actos que hayan de realizarse o tengan efectos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales, sin perjuicio de que repercutan el coste cuando así se acuerde (art. 141.3 LRJSP).

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

Raúl BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2012.

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas-Revista de Occidente, Madrid, 1974.

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.

Guido ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, 8ª ed., Giuffrè, Milán, 1958.

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, tomo XII: Actos administrativos y sanciones administrativas*, 2ª ed., BOE. Madrid, 2017.

Luciano PAREJO ALFONSO, "Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo español", en Manuel REBOLLO PUIG, Eloísa CARBONELL y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Coordinadores), *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 471-502.

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, "Actos administrativos", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (Coordinadores), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sâo Paulo, 2025 (en prensa).

Margarita BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1992.

José María BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

José Antonio GARCÍA-TREVIJANO, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 455-473
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L18
© Marcos Vaquer Caballería
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 18

PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Marcos Vaquer Caballería
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA: AUGE, CRISIS Y RENOVACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN.—2. TIPOLOGÍA MATERIAL DE PLANES ADMINISTRATIVOS: 2.1. Planificación socio-económica; 2.2. Planificación de infraestructuras; 2.3. Planificación ambiental; 2.4. Planificación territorial y urbanística; 2.5. Planificación interna de la actuación administrativa.—3. NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICAS DE LOS PLANES: 3.1. Identidad de la planificación: entre la normación y la actuación; 3.2. Sus características comunes: *3.2.1. Motricidad; 3.2.2. Sistematicidad*; *3.2.3. Temporalidad*; 3.3. Eficacia vinculante u orientadora; 3.4. Consecuencias para su régimen de invalidez e impugnación; 3.5. La confianza legítima generada por los planes. - 4. PROCEDIMIENTOS DE PLANIFICACIÓN.—4.1. Consideraciones generales; 4.2. Evaluación; 4.3. Participación ciudadana y coordinación interadministrativa; 4.4. Terminación.—5. RELACIONES ENTRE PLANES.—6. BIBLIOGRAFÍA: 6.1. Bibliografía citada; 6.2. Bibliografía recomendada.

1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA: AUGE, CRISIS Y RENOVACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN

1. A las actividades tanto públicas como privadas más complejas, para desenvolverse con eficacia y coordinación, les puede convenir un ejercicio previo de planificación y programación.

2. Cualquiera que sea la **nomenclatura** que adopten (estrategia, agenda, plan, hoja de ruta, …), los **planes** diagnostican una realidad (un territorio, una población, una actividad, un problema o una necesidad) y prevén o incluso ordenan las acciones más convenientes para transformarla, así como los medios disponibles para su ejecución, coordinando a todos los agentes afectados por ellas. En ocasiones, el concepto de programa se utiliza como sinónimo de plan detallado o específico (p. ej., Programa general de prevención y gestión de residuos y recursos de Cataluña). Pero también pueden diferenciarse como dos conceptos distintos, aunque relacionados. Los **programas** organizan temporalmente la ejecución de las acciones planificadas. Pueden contenerse en los planes o constituir un instrumento diverso y, en este segundo caso, pueden ser independientes de ellos o darles desarrollo.

3. Por ejemplo, los **planes estatales** de investigación científica y técnica y de innovación y los **planes autonómicos** de investigación, desarrollo e innovación, incluyen las ayudas estatales y autonómicas destinadas a investigación y desarrollo que se van a otorgar dentro de un concreto período de tiempo, para el cumplimiento de los objetivos de las **estrategias europea y española** de ciencia y tecnología y de innovación. El plan estatal vigente está integrado, a su vez, por cuatro **programas**, que corresponden a los objetivos generales establecidos en las mencionadas estrategias y que son: el programa para afrontar las prioridades de nuestro entorno; el programa para impulsar la investigación científico-técnica y su transferencia; el programa para desarrollar, atraer y retener talento; y el programa para catalizar la innovación y el liderazgo empresarial.

4. La actividad administrativa de planificación **empezó a desarrollarse** por influjo de las ideas ilustradas y las revoluciones burguesas, que imprimieron a las políticas públicas un espíritu racionalista y un propósito reformista, respectivamente.

5. Sirvan como ejemplo el **plan para la reforma de los teatros** de Madrid aprobado por Real Orden de 21 de noviembre de 1799, los **planes generales de enseñanza** (como el que ya se manda formar al inicio del trienio liberal por Real Decreto de 14 de junio de 1820, encargando "este examen y coordinación a una comisión de personas instruidas y zelosas"), los **planes generales de carreteras** del Estado aprobados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley de 24 de julio de 1857 (como los de 7 de septiembre de 1860, 6 de septiembre de 1864 y 11 de julio de 1877) o los **planes de ensanche** de las poblaciones en ejecución de lo dispuesto en las Leyes de 26 de diciembre de 1876 y 26 de julio de 1892 (como el de Barcelona aprobado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1894). Tales planes todavía distaban mucho de sus sucesores en la actualidad, pero ya eran instrumentos de análisis de una situación existente y determinación de su evolución futura mediante la actuación administrativa.

6. El **mayor auge** de la planificación administrativa llegó durante el siglo xx, máxime en algunos regímenes totalitarios. En España, el régimen de Franco alumbró un completo sistema de planes de ordenación territorial y urbanística en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956, que pronto coexistió e incluso se vio eclipsado por los planes económicos a partir del conocido como Plan Nacional de Estabilización Económica de 1959, aprobado por el Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio, de Ordenación Económica.

7. Más que un plan, el de Estabilización de 1959 fue un conjunto de medidas legales liberalizadoras de la economía, pero la **planificación económica general** tomó cuerpo en seguida en los sucesivos planes de desarrollo (el primero, aprobado por la Ley 194/1963, de 28 de diciembre, para el cuatrienio 1964-1967) y se acompañó de la planificación sectorial, como por ejemplo el Plan Nacional de Vivienda para el periodo 1961-1976, aprobado por la Ley 84/1961, de 23 de diciembre, que proyectaba su ejecución en periodos cuatrienales coordinados con los planes generales de desarrollo económico del país (art. 2). Tuvo que ver en ello un cambio político dentro de la dictadura, desde la autarquía del falangismo hacia el desarrollismo de la tecnocracia, que promovería el crecimiento de la economía española mediante la inversión pública

y la apertura a la inversión exterior, lo que hizo posible la adhesión de España al Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) en 1958 y a la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE, actual OCDE) en 1959.

8. Posteriormente, primero la transición política a la democracia y después nuestra incorporación a la que hoy es la Unión Europea han constituido una economía social de mercado (art. 3.3 3 del Tratado de la Unión Europea, TUE) en la que ha perdido cierto protagonismo la dirección pública de la economía a favor de la libre iniciativa y competencia empresariales (art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). Esta nueva orientación de las políticas públicas, sobre todo económicas, ha provocado cierta **crisis de la planificación** tal y como se venía entendiendo y practicando. Ahora bien, se trata sobre todo de una crisis de los planes rígidos y con vocación omnicomprensiva heredados del pasado, que no impide la subsistencia y aún la proliferación de la planificación en cada vez más sectores del ordenamiento, como se verá. Sólo que esta nueva generación de planes es muy distinta de la anterior. En ella predominan los instrumentos sin eficacia normativa y menos deterministas, más orientadores.

9. Esta renovada vitalidad no es un fenómeno singularmente español, sino que se observa fácilmente que está siendo impulsada por **Unión Europea**. Y no sólo por el generoso uso que hacen sus instituciones de la aprobación de planes bajo formas diversas, como conclusiones del consejo europeo (Plan de Recuperación Next Generation EU) o comunicaciones de la comisión (Estrategia Europea de Datos, Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular, Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer, Estrategia de Adaptación al Cambio Climático, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Plan REPowerEU, …). También cuando imponen a los Estados miembros del ejercicio de la potestad de planificación. Por ejemplo, para poder acogerse a los fondos europeos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece dicho mecanismo, o para hacer frente a los riesgos de ciberseguridad, mediante la estrategia nacional de ciberseguridad y el plan nacional de respuesta a incidentes y crisis de ciberseguridad a gran escala a que obligan, respectivamente, loa artículos 7 y 9.4 de la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022; o para vigilar el mercado, mediante una estrategia general que debe diseñarse como mínimo cada cuatro años según el artículo 13 del Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos. Con estos ejemplos transversales ya se percibe la magnitud y relevancia del fenómeno, aunque podríamos añadirles toda una pléyade de planes sectoriales asimismo impulsados desde la UE, algunos de los cuales aparecerán en la clasificación del siguiente apartado (*infra*, § 18.12 ss.).

9 *bis*. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha contribuido a revivificar la planificación administrativa cuando ha sancionado su idoneidad para garantizar la misión de los servicios de interés económico general porque, por una parte, permite asegurar en todo el territorio un acceso suficiente y permanente a las prestaciones de que se trate y, por otra, permite controlar los gastos y asignar eficientemente los recursos disponibles (STJUE de 12 de julio de 2001, BSM Smits, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, par. 76-80). Esta doctrina hace posible la proliferación de la planificación administrativa en sectores económicos tan diversos pero importantes como la energía, los transportes, la sanidad o la vivienda.

10. La **Constitución española** (CE) habilita a la planificación para ordenar la libertad de empresa (art. 38) y da **cobertura expresa a la planificación económica general** del Estado mediante ley, "para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución" (arts. 131 y 149.1. 13 CE).

11. Y es que la progresiva **complejidad e interdependencia** de las actividades humanas y de los riesgos que generan sobre el territorio, unida a la mayor conciencia ecológica y del cambio global de la sociedad contemporánea, hacen que, para cumplir con su función transformadora de la realidad (art. 9.2 CE) salvaguardando los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) de los ciudadanos y de eficacia de la Administración (art. 103.1 CE), los poderes públicos tengan que recurrir a la planificación como instrumento de anticipación al cambio, de promoción de la innovación, de remoción de obstáculos, de gestión de riesgos y de buen gobierno de la población y del territorio.

2. TIPOLOGÍA MATERIAL DE PLANES ADMINISTRATIVOS

12. A falta de una disciplina legal general de la actividad de planificación, la forma más pedagógica de aproximarse a su configuración y extensión en nuestro ordenamiento es hacer una somera **clasificación material**, teniendo presente que se trata de una clasificación convencional (los planes territoriales y urbanísticos, por ejemplo, podrían incluirse dentro de los ambientales, pero también ordenan la actividad económica y programan infraestructuras y además constituyen un tipo singular y muy consolidado de planificación) y que un mismo plan puede encontrar acomodo en varias de estas categorías. Por tal motivo, esta clasificación se propone con un ánimo meramente descriptivo, no prescriptivo.

2.1. Planificación socio-económica

13. En el orden económico, ha decaído la **planificación** general (*supra* § 18.10) pero sigue teniendo gran presencia la **sectorial,** debido a la necesidad de contar con una previsión de las necesidades reales de cada sector y con una programación de la correspondiente asignación de recursos económicos, en forma de subvenciones, ayudas o inversiones. A este tipo pertenecen, por ejemplo, los planes agrarios, industriales, turísticos o de vivienda previstos en la legislación autonómica correspondiente, o la planificación eléctrica o de transportes o los planes nacionales de numeración para los servicios de telecomunicaciones de la legislación estatal de dichas materias.

14. La planificación socio-económica también puede no ceñirse a un concreto sector económico, sino abordar de forma **transversal** problemas que los trascienden, como la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la coordinación del sistema español de ciencia, tecnología e innovación, o el desarrollo sostenible del medio urbano o del rural y la lucha contra su despoblamiento.

15. Para la primera, el art. 17 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres manda al Gobierno aprobar periódicamente un **Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades**. Para la segunda, el artículo 6 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación idea la **Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación**, llamada a ser desarrollada mediante planes de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas. Y en relación con la gestión del medio urbano, para superar las tradicionales rigideces de

la planificación urbanística están hoy en auge **las agendas urbanas**, que carecen de eficacia vinculante, van de lo global a lo local y de lo estratégico a lo operativo, son más flexibles en su procedimiento de aprobación y más holísticas en su contenido, no ceñido al urbanismo sino abierto a la coordinación de las diversas políticas urbanas (vivienda, movilidad, cambio climático, economía circular, etc.); mientras que la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural hace descansar su efectividad en la programación (art. 4) y, en particular, en el **Programa de Desarrollo Rural Sostenible**, que configura "como el instrumento principal para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el medio rural", dotado de carácter reglamentario y plurianual (art. 5). Desde entonces, han proliferado los planes para impulsar el desarrollo rural y/o combatir su despoblamiento: aparte del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020, el Estado ha aprobado la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, a los que habría que añadir las agendas, estrategias y demás planes promovidos por las comunidades autónomas.

2.2. Planificación de infraestructuras

16. La planificación de grandes **infraestructuras de comunicación, transporte y energía** (puertos, aeropuertos, vías ferroviarias, carreteras, redes energéticas) se encuentra a medio camino entre la **planificación económica** sectorial y la **planificación territorial**, en la medida en que incluye previsiones relativas a la financiación de su construcción o mejora y determina también su ubicación en el territorio (localización y trazado).

17. Esta dualidad entre planificación de la actividad económica y de la infraestructura física puede observarse en los artículos 52 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que regula la planificación estratégica que debe aprobar el Ministerio de Fomento, los **planes estratégicos de la autoridad portuaria** y el **plan director de infraestructuras del puerto**. Pueden traerse aquí también a colación el **plan estratégico de las carreteras** del Estado regulado en el artículo 7 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, la **planificación de las infraestructuras ferroviarias** prevista en el artículo 5 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, o los planes nacionales de **banda ancha o de conectividad digital** y los de utilización del **dominio público radioeléctrico** a que se refieren los artículos 48.4 y 85.4.a) y 86.a) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. Dentro del género de la planificación eléctrica, el artículo 4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico identifica singularmente a la **planificación de la red de transporte** —constituida por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos de alta tensión— como la única a la que atribuye carácter vinculante. Y es que dicha planificación ya no se refiere genéricamente a la actividad eléctrica, sino específicamente a las infraestructuras territoriales de transporte del fluido eléctrico.

18. El objetivo de **interconexión** de las infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía a **nivel europeo**, para dar cumplimiento al art. 170 TFUE, se materializa a través de instrumentos de planificación más complejos, que incluyen la identificación de proyectos de interés común, cuya ejecución debe ser planificada por los organismos europeos de cooperación de los gestores de las redes.

19. Por ejemplo, para las **redes transeuropeas de energía**, el Reglamento (UE) 2022/869 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropea, prevé la aprobación de un **plan decenal de desarrollo de la red** a escala de la Unión, basado en metodologías acordadas de análisis coste-beneficio que permitan comparar proyectos y elaborado por la red europea de gestores de las redes de transporte de electricidad y la red europea de gestores de las redes de transporte de gas.

2.3. Planificación ambiental

20. También en la legislación medioambiental es común remitir a los planes la culminación de su función de ordenación de los **recursos naturales** y la programación de la actividad administrativa de ejecución.

21. Sirvan como ejemplo la estrategia para la adaptación de la **costa** a los efectos del cambio climático y los planes autonómicos concordantes que la disposición adicional 8.ª de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas manda elaborar y aprobar; la **planificación hidrológica**, formada por los planes hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional, todos ellos de carácter vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Aguas; la **planificación forestal**, integrada por la Estrategia Forestal Española, el Plan Forestal Español y los planes de ordenación de los recursos forestales a que se refieren los artículo 29 a 31 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; o el sistema de planes establecido por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB), encabezado por el **Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad**, que puede desarrollarse mediante planes sectoriales, la Estrategia estatal de infraestructura verde y de la conectividad y restauración ecológicas y planes de ordenación de los recursos naturales.

22. La contribución de las entidades locales al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible marcados para la agenda 2030 en lo que atañe al **cambio climático y la transición energética** también se basa en la planificación (en concreto, en los **planes locales para el clima y la energía**, que deben identificar, para cada municipio, el origen y la cantidad de emisiones de CO2 y establecer las medidas previstas para su reducción).

2.4. Planificación territorial y urbanística

23. De conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU), "la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste." En la tradición española, estas dos funciones públicas se ejercen mediante sendos sistemas de planes lógicamente relacionados. Los **planes de ordenación territorial** son de competencia autonómica, ámbito supralocal, carácter estratégico y eficacia normalmente directriz, mientras que los de **ordenación urbanística** son de competencia eminentemente municipal, ámbito local, carácter operativo y eficacia directa.

24. A ellos se han añadido recientemente, por impulso del Derecho de la Unión Europea y ante la creciente presión que la actividad humana y el cambio climático ejercen sobre el medio marino, los nuevos **planes de ordenación del espacio marítimo** regulados por la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino y el Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, y aprobados por el Real Decreto

150/2023, de 28 de febrero. Estos planes pueden equipararse a los de ordenación del territorio, porque van más allá de una planificación meramente ambiental (de los ecosistemas marinos y su biodiversidad, del paisaje y del patrimonio subacuático) o económica (de sus aprovechamientos extractivos, piscícolas o energéticos o de la actividad portuaria y de navegación, por ejemplo) para tratar de combinar ambas perspectivas y planificar cabalmente el espacio marino bajo soberanía española, teniendo en cuenta además las interacciones entre tierra y mar.

24 *bis.* Esta analogía sustancial entre la ordenación del territorio (espacio terrestre) y del *aquitorio* (espacio marino) explica que ambos utilicen la técnica de la zonificación, que su ordenación de usos sea vinculante para la Administración pero no cree por sí sola derechos u obligaciones para los particulares y que su aprobación o modificación no dé lugar a indemnización, así como la prevalencia de los planes de los espacios protegidos. Pese a todo ello, el Tribunal Supremo ha declarado que "se trata de una técnica de planificación que no se asemeja a la de ordenación del territorio", quizás queriendo referirse más bien a la de ordenación urbanística (STS de 11 de julio de 2024, ECLI ES:TS:2024:3779). En todo caso, donde sí difieren es en el plano competencial, pues ya se ha advertido que los planes de ordenación territorial son una competencia autonómica exclusiva, mientras que los planes de ordenación del espacio marino han sido aprobados por el Estado al amparo de las competencias básicas que le reservan los artículos 149.1.13ª y 23ª de la Constitución española.

2.5. Planificación interna de la actuación administrativa

25. Hasta ahora nos hemos referido a planes ordenadores de la sociedad, la economía, el medio ambiente o el territorio. Pero las administraciones también planifican su propia actividad y tales planes, pese a su carácter interno (o interadministrativo, cuando desarrollan actuaciones conjuntas, colaborativas o coordinadas de varias administraciones), pueden desplegar cierta eficacia *ad extra* en la medida en que la tenga la actividad administrativa que organizan (*supra* § 13.51 y 14). Suele tratarse, en este caso, de una planificación más operativa que estratégica, dentro de la que tienen cabida, por ejemplo, los **planes de actuación** o la **planificación normativa**. Los primeros organizan la actividad de la Administración, disponiendo el desarrollo en el tiempo de sus actuaciones inspectoras, de fomento o de servicio público, por ejemplo. Los segundos hacen lo propio con las iniciativas normativas de la Administración.

26. Entre los primeros, pueden citarse los **planes de actuación** de que deben dotarse todos los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), los **planes provinciales de cooperación a las obras y servicios** de competencia municipal del artículo 36.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) o los **planes anuales o plurianuales de actuación** que el artículo 20.16 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia atribuye a dicha comisión elaborar y aprobar. También los **planes de inspección**, como los de los servicios sociales previstos en la legislación autonómica en la materia o los de los servicios de transportes, previstos en el artículo 35.2 de la Ley

16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, "que darán a las actuaciones inspectoras un carácter sistemático" para aumentar su objetividad y eficacia. O los **planes de fomento**, como los planes estratégicos de subvenciones que, con carácter general, el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones manda aprobar a las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones o, en particular, los que los artículos 3 y 4 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas manda aprobar al gobierno, con la dotación presupuestaria adecuada, para garantizar la continuidad en el tiempo de las políticas de promoción de la lectura. En materia de **servicios públicos**, puede traerse a colación los planes de salud previstos en los artículos 51, 54, 70 y ss. de la Ley Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad o la programación de la red de centros que manda hacer el artículo 109 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación para asegurar una oferta suficiente de plazas educativas públicas.

27. La **planificación normativa**, por su parte, forma parte de las medidas de mejora regulatoria (*better regulation*) introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Su artículo 132 manda a la Administración General del Estado publicar anualmente un plan normativo con las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente (*supra* § 16.55).

3. NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICAS DE LOS PLANES

3.1. Identidad de la planificación, entre la normación y la actuación.

28. El plan administrativo es un 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. Con frecuencia, los planes tienen atribuida naturaleza normativa (son disposiciones de carácter general), pero no siempre es así.

29. Esto es posible porque 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. Esta función intermedia es manifiesta cuando el plan viene específicamente mandado por una ley y su vigencia es condición para poder adoptar determinados actos administrativos o privados de ejecución. Pero también se cumple cuando es simplemente previsto por la ley e incluso en ausencia de cobertura legal específica, porque el plan siempre se interpone lógicamente entre el marco legal (el material, el procedimental y de régimen jurídico de las AAPP y el presupuestario, por ejemplo) y su ejecución, determinando opciones y prioridades para el cumplimiento de los principios y las reglas mediante objetivos y medidas y programando temporalmente la actuación y el gasto.

29 *bis*. Sin embargo, en España la legislación general sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común no reconoce dicha posición intermedia. Bien al contrario, nuestro régimen administrativo exacerba la *summa divisio* entre norma y acto, entre los que no contempla un ***tertium genus*** intermedio. Esta clasificación binaria está presente en el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 37 LPAC y *supra* § 16.72), así como en el régimen de las invalideces de Derecho administrativo (arts. 47 ss. LPAC y *supra* § 17.72), en el de la revisión de oficio y los recursos administrativos (arts. 106 ss.

LPAC e *infra* §33.24) o en la dualidad de los procedimientos resolutorio y normativo (arts. 127 ss. LPAC y *supra* § 15).

30. Este **rígido dualismo** sólo presenta una posible falla en la diferenciación que parece establecer entre "reglamentos" y "otras disposiciones" el Título VI de la LPAC, dando pie a interpretar que existen otras "disposiciones administrativas" de carácter general distintas de las estrictamente reglamentarias (*supra* § 6.37 y § 16.19), como podrían ser los planes, a los que cabría aplicar asimismo los principios de buena regulación o de publicidad, por ejemplo. Bien distinta y mucho más clara es la situación en Alemania, donde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) arbitra en sus artículos 72 a 78 un procedimiento especial para la planificación, dando carta de naturaleza general a este tipo de disposición administrativa (PAREJO, 2020: 35).

31. Así las cosas, en nuestro país, en función del concreto régimen jurídico establecido para cada plan en la legislación sectorial, los planes o (1.º) tienen naturaleza normativa, o (2.º) la de actos administrativos "plúrimos", es decir, que tienen por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas, o (3.º) mixta de ambos cuando combinan determinaciones de una y otra naturaleza. En consecuencia, en lo no dispuesto por su normativa específica, se sujetarán al régimen jurídico propio de la potestad normativa ejercida (legislativa o reglamentaria) o de los actos administrativos, según corresponda.

3.2. Características comunes

3.2.1. Motricidad

32. Los planes prevén y organizan en el espacio y el tiempo determinadas medidas o acciones: obras, inversiones, ayudas, prestaciones de servicios, campañas de comunicación, etc. No son sólo instrumentos de ordenación sino también de transformación de la realidad que ordenan. Son un **motor de cambio**. Por tanto, deben definir tanto la situación de partida (diagnóstico) como el punto esperado de llegada (fines y objetivos) y el proceso a seguir desde la primera al segundo (medidas y acciones propuestas).

33. Para tal fin, los planes **suelen o, al menos, pueden contener**, en primer lugar, un **diagnóstico de la situación**. Este diagnóstico, para cumplir con el principio de objetividad, debe ser racional y cumplir con algunos requisitos metodológicos. Y suele no limitarse a diagnosticar la situación actual, sino también pronosticar la futura. Es un proceso de gestión de la información que requiere recabar los mejores datos disponibles (que sean ciertos, suficientes y relevantes) y tratarlos conforme al mejor conocimiento científico y las mejores técnicas disponibles. Suele documentarse con diferentes instrumentos técnicos, como mapas, cartografías, infografías, fotografías, tablas e índices o inventarios de los bienes, valores o riesgos presentes en el objeto de planificación. Y para facilitarlo y complementarlo, es bastante frecuente que las leyes que configuran sistemas de planificación los acompañen de sistemas de información (como el sistema de información sobre ciencia, tecnología e innovación, los sistemas de información geográfica, territorial o urbana, etcétera).

34. Los planes también incluyen, en segundo lugar, los **objetivos** a alcanzar durante su vigencia y los criterios generales de actuación; así como, en tercer lugar, las **medidas o acciones concretas** a acometer para alcanzar los objetivos establecidos, con programación de su desarrollo en el tiempo y estimación de su coste presupuestario y demás implicaciones.

35. Finalmente, los planes deberían contener un conjunto de **indicadores para el seguimiento y evaluación de su ejecución**. Aunque menos tradicional, este contenido está generalizándose por influjo de la cultura anglosajona de la rendición de cuentas (*accountability*). Más allá del control judicial sobre los planes, estos contenidos (si son transparentes) facilitan el control cívico y el autocontrol administrativo mediante la evaluación *ex post* de los planes.

36. Estos cuatro contenidos son lógicamente consecutivos, lo que implica que cada uno debe ser congruente con los anteriores. La incongruencia de las medidas con los objetivos o de estos con el diagnóstico podría acarrear un vicio invalidante de arbitrariedad del plan o de las partes del mismo afectadas.

3.2.2. Sistematicidad

37. La necesidad de una planificación, interpuesta entre la legislación y su ejecución, suele obedecer a la **complejidad** del espacio, la situación o el problema objeto de la planificación. Para afrontar eficazmente dicha complejidad, la planificación suele ser una **actividad sistemática**, tanto en el sentido subjetivo (pues afecta a diversos intereses generales y particulares interrelacionados), como en el objetivo (ya que suele abarcar un conjunto de materias y medidas interdependientes) y en el metodológico (pues requiere un análisis o diagnóstico de carácter científico que sirva de fundamento a las acciones que se planifiquen).

38. De esta sistematicidad se deriva tanto la complejidad de los procedimientos de planificación como la necesidad de articular en su seno técnicas de **coordinación** interadministrativa. Es más, la misma potestad de planificación puede ser un instrumento de coordinación, como ocurre con los planes sectoriales a que se refiere el artículo 59 LBRL.

39. El carácter sistemático también suele traducirse en la **pluralidad de los planes sobre un mismo objeto**: es habitual que no formen un único instrumento, sino un conjunto ordenado de ellos diferenciados jerárquica o funcionalmente. Así ocurre cuando se diferencian la planificación de la actividad económica y de la infraestructura física destinada a ella (en materia de electricidad o de puertos, por ejemplo) o bien se diferencia entre la planificación estratégica y la operativa, la estructural y la detallada, y la general y la especial (en materia territorial y urbanística, por ejemplo).

40. Los dos últimos apartados de este capítulo se dedicarán, en consecuencia, a abordar algunos aspectos generales de la complejidad de los procedimientos de planificación y el problema de las relaciones entre planes (*infra*, § 18. 52 y 72, respectivamente).

41. Por último, el carácter sistemático de los planes provoca que la potestad de planificación sea típicamente **discrecional** (*supra*, § 5.2), 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, que admiten múltiples combinaciones posibles y que sólo pueden hacerse atendiendo a las circunstancias concretas de tiempo y lugar del plan, por lo que su resultado no puede venir predeterminado por la ley de forma abstracta, sin perjuicio de que algunos de sus elementos sí puedan estar reglados. Son elementos reglados de la potestad, sin duda, el procedimiento y la competencia, pero también pueden serlo algunas determinaciones sustantivas.

42. Así, por ejemplo, la jurisprudencia tiene ampliamente reconocida la **discrecionalidad del planeamiento urbanístico**, que ordena los usos del suelo mediante técnicas tales como la clasificación, la calificación y la zonificación de los terrenos. Ahora bien, dentro de la clasificación del suelo (como urbano, urbanizable o no urbanizable), considera regladas las clases del suelo urbano (que corresponde por imperativo legal a los terrenos efectivamente integrados en la malla urbana y dotados de servicios urbanísticos y sólo a ellos: por todas, STS de 19 de diciembre de 2002, ECLI:ES:TS:2002:8649) y de suelo no urbanizable protegido (para los terrenos en los que concurran determinados valores: por todas, STS de 21 de enero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:159), por lo que la discrecionalidad se ciñe a la clasificar los suelos urbanizables y no urbanizables comunes. Análogamente y en materia de patrimonio histórico, también ha calificado como reglada la catalogación de los edificios y demás inmuebles en los que concurran los valores que ameriten protección (STS de 21 de abril de 2010, ECLI:ES:TS:2010:3183).

3.2.3. Temporalidad

43. Los planes suelen tener menor abstracción espacio-temporal que la legislación que los prevé o en la que se enmarcan. Dicho más llanamente, suelen tener un **ámbito espacial y temporal de aplicación determinado**. El ámbito espacial puede coincidir con el de competencia de la Administración territorial que aprueba el plan, pero también puede ser más reducido, como ocurre con frecuencia con la planificación ambiental o la territorial y urbanística. Y para determinar su ámbito temporal de aplicación, o bien tienen vigencia temporal, que se extingue automáticamente a su término, o bien tienen vigencia indefinida, pero requieren una revisión o actualización periódica. El plazo de vigencia y/o de revisión de los planes puede venir dispuesto en la ley que configura la potestad o en el propio plan, de conformidad con ella.

44. Ya sea temporal o indefinida la vigencia formal de los planes, la planificación es por naturaleza una **actividad temporal** y, por ello, el transcurso del tiempo suele afectar a su eficacia material: aboca al plan a la obsolescencia, por inadaptación sobrevenida a la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicado, cuando sus determinaciones ya se han ejecutado completamente (la obra o la actuación terminada, el crédito gastado, la clasificación de un suelo urbanizable que ya ha sido urbanizado, etc.) o cuando, por el contrario, su ejecución se revele imposible o inoportuna. Como se verá, las leyes pueden prescribir evaluaciones *ex post* y procedimientos de adaptación o de revisión periódica de los planes para combatir este problema.

3.3. Eficacia vinculante u orientadora

45. Los planes prevén determinadas medidas o acciones y, por tanto, orientan la actividad de los sujetos, públicos o privados, legitimados para llevarlas a cabo. Unas veces lo hacen de forma meramente **indicativa**, otras **imperativa**. También pueden combinar unas disposiciones indicativas con otras vinculantes, ya sea para todos los afectados por sus medidas o solo para las Administraciones públicas.

46. Así, por ejemplo, ya se ha observado que la planificación eléctrica es meramente indicativa en general, pero la de la red de transporte es vinculante. Y los planes de ordenación urbanística surten efectos directos sobre todos los sujetos afectados, pero es habitual que los planes de ordenación territorial contengan algunas prescripciones que son vinculantes para el planificador urbanístico, que debe adaptarse a ellas y darles desarrollo, pero carecen de efecto directo sobre los particulares.

47. Para tener **eficacia vinculante** sobre todos los sujetos, tanto públicos como privados, los planes pueden tener atribuida la naturaleza de **ley o de reglamento**. En tal caso, integran el ordenamiento jurídico, con el rango correspondiente, y producen el efecto de sujeción general que le es propio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1 CE. Ahora bien, no existe una relación biunívoca entre normatividad e imperatividad, que son cosas distintas. Como es bien sabido, las normas pueden ser imperativas o dispositivas. Y la planificación puede ser normativa pero meramente indicativa o, por el contrario, no ser normativa pero sí ser vinculante.

48. El Plan Hidrológico Nacional se aprueba por **ley** del Estado, y varias son las comunidades autónomas que también aprueban mediante ley el instrumento de cabecera de su ordenación del territorio, como las directrices de ordenación del territorio de las Illes Balears y las Islas Canarias, que sin embargo en otras comunidades como el País Vasco o Galicia se aprueban por **decreto** y tienen rango reglamentario. Mientras que la planificación de la red de transporte de energía eléctrica, pese a ser asimismo vinculante, se aprueba por acuerdo del Consejo de Ministros sin naturaleza normativa, si bien debe ser previamente sometida al Congreso de los Diputados. Tales disparidades no encuentran fácilmente una explicación racional, sino que parecen más bien indicativas de la carencia de una teoría general de la planificación en España.

49. Salvo que se aprueben por ley, los planes con eficacia vinculante general suelen requerir **cobertura en una ley**, por su afectación a derechos constitucionales como la propiedad y la libertad de empresa (arts. 33 y 38, ambos en relación con el art. 53.1 CE). Ya se ha visto más arriba un amplio elenco de leyes que ofrecen cobertura expresa a la potestad administrativa de planificación.

49 *bis*. Los planes suelen ejecutarse mediante actos administrativos a los que dan cobertura. En mayor o menor medida, la eficacia y la validez de dichos actos queda vinculada o condicionada por la planificación. En efecto, los planes pueden ser:

a) Un **título habilitante** de la actuación (por ejemplo, los planes como causa implícita de utilidad pública del art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa) que, a veces, es imprescindible (por ejemplo, por la prohibición legal de la actividad sistemática de ejecución urbanística mientras no se haya completado la ordenación de los usos del suelo mediante los planes, o de acometer obras de transporte de la electricidad no previstas en la planificación eléctrica).

b) Una **motivación** de la actuación, a la que esta puede remitir y de la que no puede apartarse libremente. Incluso el plan que no es vinculante, supone un ejercicio de autovinculación cuyo apartamiento no podrá ser ni inopinado, ni impredecible o intempestivo. Bien al contrario, deberá estar a su vez motivado y respetar la confianza legítima generada por el plan, como se razonará *infra* § 18.52.

3.4. Consecuencias para su régimen de invalidez e impugnación

50. Como ya se ha reiterado, los planes pueden tener naturaleza normativa y/o de acto administrativo, por lo que su **régimen de invalidez** variará en consecuencia: los planes o las partes de ellos de **naturaleza legal o reglamentaria** que infrinjan lo dispuesto en el ordenamiento jurídico son nulos de pleno Derecho (art. 47.2 LPAC y *supra* § 16.72), mientras que los que tengan **naturaleza de acto** podrán ser nulos de pleno Derecho o anulables (arts. 47.1 y 48 LPAC y *supra* § 17.66) y, en el segundo caso, podrán ser convalidados subsanando sus defectos (art. 52 LPAC). Y respecto de su impugnabilidad, debe tenerse presente que frente a los planes normativos no cabrá recurso directo alguno en vía administrativa (art. 112.3 LPAC) sino sólo el contencioso-administrativo siempre que tengan rango reglamentario, ya que el control jurisdiccional sobre las leyes está reservado al Tribunal Constitucional.

51. La especialidad tipológica y la complejidad, tanto procedimental como material, de los planes ha provocado un amplio debate sobre cuál deba ser el alcance y los efectos de su control judicial, que se ha hecho especialmente presente para los planes urbanísticos, que han sido masivamente anulados por los tribunales contencioso-administrativos en las últimas décadas. Por ello se están sucediendo, más recientemente, no sólo las opiniones doctrinales que discuten la extensión sin más a los planes de la teoría general de la invalidez reglamentaria, sino también las iniciativas legislativas y los fallos judiciales (como veremos más adelante, § 18.67) que la matizan.

3.5. La confianza legítima generada por los planes

52. Aun cuando sean meramente indicativos, los planes no carecen de eficacia jurídica. Son una disposición administrativa orientadora de la actuación de la Administración en el ámbito subjetivo, objetivo, material, espacial y temporal de su vigencia. El apartamiento injustificado de dicha orientación general por parte de la Administración que lo aprobó puede acarrear su invalidez, por arbitrariedad. Y el apartamiento que sea imprevisible e intempestivo, aun cuando estuviere justificado, puede generar **responsabilidad patrimonial** por los daños antijurídicos asociados a la defraudación de la **confianza legítima** generada por el plan (*supra* § 4.35). En consecuencia, y aunque sea consustancial a los planes su adaptación al cambio mediante su modificación o extinción, también es exigible al *ius variandi* de la Administración una cierta atemperación, de manera que dicho cambio o sea previsible o, cuando no pueda serlo, sea proporcional y permita a los operadores adaptarse razonablemente a él.

53. En el caso de los **planes territoriales y urbanísticos**, el legislador ha explicitado los supuestos en los que son indemnizables los **daños producidos por un cambio de ordenación**: cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de participación en ella de los propie-

tarios antes de cumplirse los plazos previstos para su desarrollo, cuando una construcción o edificación no pueda ser usada y disfrutada durante su vida útil por haber quedado fuera de ordenación, o cuando se modifiquen o se extingan las licencias u otros títulos habilitantes de obras y actividades (art. 48 TRLSRU). Supuestos todos ellos, como se ve, en los que un cambio de ordenación merma el contenido patrimonial del derecho de propiedad antes de haber podido ejercerlo o disfrutarlo lícitamente conforme al plan anterior.

4. PROCEDIMIENTOS DE PLANIFICACIÓN

4.1. Consideraciones generales

54. El carácter complejo y sistemático de los planes se refleja en el procedimiento de planificación y lo dota de una particular relevancia jurídica. Tanto, que ha llegado a afirmarse con razón la preeminencia de la *planificación* como procedimiento sobre el propio *plan* como resultado (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2023: 19-20).

55. En primer lugar, es común que la legislación prevea no sólo el procedimiento de **aprobación** de los planes, sino también actuaciones sucesivas de seguimiento de su cumplimiento y procedimientos más sencillos para su **modificación o revisión** periódica, que eviten la obsolescencia del plan por el paso del tiempo. El proceso real de la planificación suele ser continuo porque es **idealmente circular**: empieza con el diagnóstico de un problema o situación compleja, sigue con la definición de objetivos y de medidas y no concluye con su aprobación, sino que prosigue tras ella con su seguimiento, evaluación y corrección periódicos hasta iniciar su revisión o reformulación con un nuevo diagnóstico, y así indefinidamente. Por ello y sin perjuicio de que el procedimiento de aprobación de los planes termine formalmente con su aprobación definitiva, podemos afirmar que el procedimiento de planificación, allí donde se instaura como forma típica de actuación, no tiene fin. En la planificación administrativa no sólo se expresa palmariamente la continuidad entre creación y ejecución del Derecho, sino también su **retroacción permanente** (VAQUER, 2024: 54-55).

56. De forma preliminar a la iniciación formal del procedimiento de aprobación del plan o como fase inicial de dicho procedimiento, según los casos, debe elaborarse el **proyecto** de planificación. En algunos casos, la competencia para su elaboración es atribuida a un **órgano colegiado**, plural y especializado, al que pueden atribuirse asimismo competencias de informe sobre el proyecto ya elaborado y/o de seguimiento de la eficacia del plan ya aprobado y propuesta de modificaciones, actualizaciones, adaptaciones o mejoras.

57. A este género de **órganos colegiados** pertenecen, por ejemplo, el Consejo de Política Científica, Tecnológica y de Innovación o el Consejo Nacional del Agua. Al primero se le atribuyen amplias competencias de promoción, información y seguimiento de la planificación, mientras que en el segundo se limitan a un trámite preceptivo de informe. El primero es un órgano interadministrativo, en el segundo además participan representantes de diversas organizaciones de la sociedad civil.

57 *bis*. También es frecuente que se cree un órgano *ad hoc*, una oficina técnica de planificación bajo diversas denominaciones, para impulsar de oficio tanto la re-

dacción y tramitación del plan hasta su aprobación, como su seguimiento y evaluación posteriores.

58. Respecto de la **instrucción**, cabe destacar tres actuaciones comunes en los procedimientos de planificación: **la evaluación, la participación ciudadana y la colaboración interadministrativa**. De ellas se ocuparán los dos apartados siguientes.

4.2. Evaluación

59. La evaluación es una fase habitual en los procedimientos de planificación consistente en **estudiar, diagnosticar y documentar** la situación del ámbito material o espacio-temporal sobre el que se va a planificar, para evaluar las posibles medidas a adoptar, considerando sus alternativas posibles y sus potenciales impactos.

60. La evaluación más sofisticada existente en el ordenamiento español es la evaluación ambiental estratégica de los planes y programas dispuesta en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA). Deben someterse a esta **evaluación ambiental** todos los planes y programas que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y que se refieran a la agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o de uso del suelo; así como los que afecten a espacios de la Red Natura 2000. La evaluación consiste en un **análisis de los efectos significativos** que pueden tener los planes y programas sobre el medio ambiente en un sentido amplio, comprensivo de la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad y la geodiversidad, los recursos naturales (la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire y el agua), el clima y el cambio climático, el paisaje o el patrimonio cultural.

61. La **evaluación ambiental estratégica** requiere un estudio ambiental estratégico elaborado por el promotor del plan o programa, donde debe identificar, describir y analizar no sólo los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente, sino también unas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables. Después de someterlo a información pública y consultas a las Administraciones públicas afectadas y personas interesadas, finaliza con la **declaración ambiental estratégica** (el informe ambiental estratégico en el caso del procedimiento simplificado), que es un informe preceptivo y determinante del órgano ambiental que se pronuncia sobre la integración de los aspectos ambientales en la propuesta final del plan o programa.

62. Por otra parte, los planes con naturaleza normativa pueden estar sujetos asimismo a la **evaluación previa y/o posterior** de sus efectos que viene exigiendo últimamente la legislación administrativa para las iniciativas reglamentarias (*supra* § 16. 67 y 73).

63. Así lo ha advertido el Tribunal Supremo, por ejemplo, para los planes de ordenación territorial: dada su naturaleza reglamentaria, en su tramitación debe incorporarse una previsión suficiente del impacto económico que pueda derivarse de su aprobación, con independencia de la denominación formal que se asigne a esa previsión (memoria económica, estudio económico-financiero u otra) (STS de 27 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1751).

64. A las evaluaciones previas en el seno del procedimiento de formulación y aprobación de los planes les pueden acompañar evaluaciones *ex post* de los ya vigentes, como ocurre por ejemplo con los **informes de seguimiento** sobre el cumplimiento de la declaración ambiental estratégica o del informe ambiental estratégico

de los planes y programas a ellos sometidos (art. 51 LEA), o los de la actividad de ejecución de los planes urbanísticos (art. 22.6 TRLSRU).

64 *bis*. La tendencia a extender las evaluaciones *ex ante*, intermedias y *ex post* de los planes y programas administrativos la atestigua, por último, la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de las políticas públicas en la Administración General del Estado, dirigida, entre otros fines, a "mejorar la planificación" [art. 4 a)] y aplicable a cualquier política pública del Estado, "en cualquiera de sus formas de despliegue en normas, estrategias, planes, programas, medidas, o cualquier otra denominación equivalente" (art. 2.1).

4.3. Participación ciudadana y coordinación interadministrativa

65. La complejidad de la realidad objeto del plan conlleva su afección a diversos **intereses**, tanto generales como particulares. Eso provoca que deban participar en el procedimiento de planificación, con mayor o menor intensidad según sea la de dicha afección, tanto los ciudadanos como otras administraciones públicas distintas de la competente para promoverlo y aprobarlo. El procedimiento de planificación es típicamente un **proceso de diálogo**.

66. La eficacia general de los planes hace que sus leyes reguladoras suelan prever trámites preceptivos de **participación ciudadana**, como la **información pública** ya aludida en el apartado anterior. En el caso de que el plan tenga naturaleza normativa, la participación ciudadana tendrá que desplegarse, en principio, en unas **consultas públicas** previas a la redacción del proyecto y un trámite posterior de audiencia e información públicas (art. 133 LPAC) (*supra* § 16.59).

67. Ahora bien, el Tribunal Supremo ya ha afirmado que el trámite de consultas públicas del artículo 133.1 LPAC no es exigible a los planes urbanísticos, por razón de la especialidad de su regulación procedimental acogida a lo dispuesto en la disp. adic. 1.ª LPAC (STS de 6 de febrero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:290). Si se consolida, esta doctrina podría extenderse a otros planes para los que su legislación propia establezca trámites distintos. El desplazamiento de la disciplina procedimental de la LPAC, al amparo de su propia disp. adic. 1.ª, no debería poder extenderse a cualesquiera reglamentos o actos por cualesquiera leyes sectoriales, para no defraudar la función constitucional de regulación del "procedimiento administrativo común" que dicha ley cumple, pero sí tiene sentido para las leyes que regulan actuaciones administrativas tipológicamente especiales, como son los planes. Este parece ser el sentido de la sentencia, cuando califica a los urbanísticos como "una normas tan peculiares, complejas y de difícil articulación" que requieren y siempre han tenido "esa especialidad procedimental".

68. Esta participación debe atender no sólo a los sujetos genéricamente afectados por el plan, mediante el trámite de información pública, sino también a los interesados identificados en el procedimiento, mediante la **audiencia**.

69. Así, por ejemplo, para los **Planes de Ordenación de los Recursos Naturales** el artículo 22 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad exige "necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las organizaciones sin fines lucrativos que persigan el logro de los objetivos de esta Ley." La jurisprudencia ha dejado sentado que en este trámite de audiencia debe oírse como interesados a todos los ayuntamientos y diputaciones de los municipios y provincias incluidos en el ámbito

territorial del plan (por todas, puede verse la STS de 3 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3362), de modo que dicho trámite sirve, a un tiempo, para la participación ciudadana y la colaboración interadministrativa, de la que pasamos a tratar a continuación.

70. Por otro lado, la común afección de los planes a diversos intereses generales y, en consecuencia, a las competencias de otros órganos o Administraciones distintos de los competentes para su elaboración y aprobación, hace asimismo frecuente arbitrar trámites de **colaboración interadministrativa** (*supra* § 13.18), cuya naturaleza, número e intensidad varían según los casos: los planes suelen estar sujetos a consulta o audiencia de las Administraciones afectadas en sus competencias, o a sus informes preceptivos o incluso vinculantes y algunos, además, a la aprobación sucesiva de distintas Administraciones. El resultado de dicha colaboración debería ser la coordinación eficaz de todos los intereses generales afectados. Como criterio general y "en todo caso, las Administraciones públicas que tengan atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una participación que permita armonizar los intereses públicos afectados", según dispone el artículo 58.2 LBRL en cumplimiento del principio de lealtad institucional (*supra* § 13.52).

71. En el caso de algunos planes, como los urbanísticos, los **informes sectoriales** requeridos pueden llegar a contarse por decenas, cuyas múltiples afecciones cruzadas sobre el plan proyectado pueden comprometer la validez y eficacia del resultado. En lugar de un diálogo, esta configuración legal del procedimiento propicia una sucesión de monólogos contraria a los principios de eficacia y coordinación de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE) y a los criterios de celeridad y simplicidad de los procedimientos administrativos (arts. 71 y 72 LPAC). Eso debería invitar al legislador a ensayar otras formas de colaboración interadministrativa en el seno del procedimiento, como las *conferenze di servizi* reguladas en Italia por los artículos 14 ss. de la Ley nº 241, de 7 de agosto de 1990, donde la Administración promotora del plan convoca a todas las demás afectadas —cada una representada por un único sujeto habilitado para expresar definitiva y unívocamente la posición de tal Administración— para debatir conjuntamente —ya sea de forma asíncrona o mediante reuniones síncronas— sobre tales afecciones y alcanzar un consenso o, en su defecto, documentar el disenso antes de continuar con el procedimiento como proceda en cada caso.

4.4. Terminación

72. La terminación formal del procedimiento de planificación se produce normalmente con la **aprobación y publicación** del plan.

73. A tenor de su complejidad y/o su afección a distintas competencias, los planes pueden ser sometidos a varios actos sucesivos de aprobación por diversos órganos administrativos o de gobierno de uno o más entes territoriales del Estado. En tal caso, sólo la **última y definitiva** aprobación tendrá la consideración de resolución terminadora del procedimiento, por lo que las **aprobaciones iniciales o provisionales** que la precedan serán actos de trámite, sin perjuicio de que eventualmente puedan ser susceptibles de impugnación directa (en alguno de los casos previstos en los arts. 112.1 LPAC y 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA).

74. La jurisprudencia en materia de urbanismo ha distinguido entre el acto administrativo de **aprobación definitiva del plan** (al que aluden expresamente los arts. 70.2 LBRL y 64.2 TRLSRU) y el plan aprobado, que es una norma: "el acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de Urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de urbanismo que se aprueba)." De donde se sigue que el primero podrá ser recurrido en la vía administrativa, pero la segunda no, a tenor de lo previsto en el artículo 112.3 LPAC (SSTS de 19 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:9048, y 31 de mayo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4442). Pero el mismo Tribunal Supremo también tiene declarado que el acuerdo de aprobación de la planificación eléctrica —que sabemos que es parcialmente vinculante, aunque no sea aprobada en forma de disposición general sino mediante acuerdo del Consejo de Ministros— "no es disociable" de dicha planificación a los efectos de su impugnación, "como si fuesen realidades independientes" (STS de 20 de marzo de 2002, ECLI:ES:TS:2012:1626). Aquí afloran, una vez más, las dificultades para construir una teoría general de la planificación administrativa en España, donde la categoría carece de una carta de naturaleza común y oscila variablemente entre la norma y el acto administrativo.

75. La publicación es necesaria para que los planes puedan surtir la eficacia general que les es común, ya se trate de planes normativos (en virtud del principio de publicidad de las normas del art. 9.3 CE) o no (mientras tengan por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas: art. 45.1.a) LPAC).

5. RELACIONES ENTRE PLANES

76. Como ya se ha dicho más arriba, el carácter sistemático de la planificación conlleva muchas veces que una misma materia sea planificada en un mismo espacio y tiempo por un conjunto de instrumentos, ya formen parte de un mismo subsistema de planificación o de varios distintos. Varios instrumentos pueden concurrir en la ordenación de una misma realidad. En consecuencia, cobran relieve las **relaciones entre planes**, sobre todo cuando se aprecien lagunas en alguno de ellos o previsiones de varios que sean concurrentes pero incompatibles entre sí.

77. Aquellos planes que tengan naturaleza normativa ordenan sus relaciones, evidentemente, conforme a los **principios que rigen las relaciones entre normas**. Pero también pueden extenderse tales principios por analogía a los restantes. En consecuencia, las relaciones entre planes están presididas por los principios de legalidad, temporalidad, especialidad, competencia, función y jerarquía.

78. Los dos primeros principios (**legalidad** y **temporalidad**) implican, respectivamente, que el plan normativo rige y, en consecuencia, prevalece sobre el que no lo es y que el plan posterior deroga al plan precedente que tenga idéntico objeto y naturaleza y el mismo o inferior rango.

79. De acuerdo con el principio de **especialidad**, el plan especial prevalece y desplaza la aplicación del plan más general.

80. El criterio de la especialidad explica, por ejemplo, la prevalencia de los **planes de ordenación de los recursos naturales** sobre los instrumentos generales de ordenación espacial o física (planes territoriales o urbanísticos), pero no necesariamente sobre los planes sectoriales (art. 19 LPNB). Y también explica la que hace que, en la tradición urbanística española, los llamados —precisamente— planes

(urbanísticos) especiales puedan dictarse en ausencia de los planes urbanísticos generales e incluso desplazar algunas de sus determinaciones, pero no sustituirlos.

81. Los planes dictados en ejercicio de competencias distintas se ordenan entre sí según el mismo orden de prevalencia de las **competencias** ejercidas.

82. Así, por ejemplo, los planes estatales, como los de las infraestructuras de interés general, prevalecen sobre los autonómicos y locales, como los planes territoriales y urbanísticos.

83. Dentro de una misma competencia, los planes pueden estar ordenados **funcional o jerárquicamente**. Es decir, que las leyes que configuran una determinada potestad de planificación pueden establecer la prevalencia de unos planes sobre otros por razón de su función o de jerarquía. Si los ordenan jerárquicamente, la prevalencia del superior es global e incondicionada. Si los ordenan funcionalmente, la prevalencia de uno sobre otro está condicionada y limitada al cumplimiento de la concreta función que tiene atribuida, pero en lo demás el otro puede apartarse de él si es posterior.

84. En el urbanismo español, por ejemplo, era tradicional fundamentar en el principio de jerarquía las relaciones entre los planes generales y los parciales que les daban desarrollo, pero más recientemente el legislador (por ejemplo, art. 47.3 de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, del Suelo), tiende a diferenciarlos funcionalmente, de forma que reserva a los primeros la ordenación estructural, pero permite a los segundos alterar la detallada o pormenorizada, incluso desplazando la contenida en los primeros.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

Luciano PAREJO ALFONSO, "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*, vol. 1 (2020), pp. 7-40.

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

Marcos VAQUER CABALLERÍA, "El resurgir de la planificación administrativa: algunas claves para el debate", *Revista da AGU*, vol. 23, núm. 02 (2024).

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "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.

Marcos VAQUER CABALLERÍA, "Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 7 (2017), pp. 68-85.

Marcos VAQUER CABALLERÍA, "Planes territoriales y planes urbanísticos: otra extraña pareja", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 217 (2023), pp. 667-678.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 475-518
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L19
© Silvia Díez Sastre
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 19
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Silvia Díez Sastre
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO.—2. EUROPEIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 2.1. El sector público como cliente en el mercado; 2.2. Marco jurídico; 2.3. Conceptos funcionales del Derecho europeo: *2.3.1. Poder adjudicador; 2.3.2. Operador económico; 2.3.3. Contrato público; 2.3.4. Concesión.*—3. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO INTERNO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 3.1. Marco jurídico; 3.2. Estructura de aplicación de la legislación de contratos del sector público: *3.2.1. Tipo de entidad contratante; 3.2.2. Contratos armonizados y contratos no armonizados; 3.2.3. Contratos administrativos y contratos privados; 3.2.4. Contratos excluidos.*—4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 4.1. Partes en el contrato; 4.2. Necesidad y objeto del contrato; 4.3. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato; 4.4. Garantías.—5. LA VIDA DEL CONTRATO PÚBLICO: 5.1. Preparación: *5.1.1. Expediente de contratación; 5.1.2. Criterios de solvencia y criterios de adjudicación; 5.1.3. Condiciones especiales de ejecución; 5.1.4. Cláusulas sociales, laborales y medioambientales;* 5.2. Adjudicación y formalización: *5.2.1. Adjudicación directa; 5.2.2. Procedimientos de adjudicación; 5.2.3. Perfeccionamiento y formalización; 5.2.4. Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición;* 5.3. Efectos, cumplimiento y extinción: *5.3.1. Ejecución y cumplimiento del contrato; 5.3.2. Prerrogativas en los contratos administrativos*.—6. VÍAS DE TUTELA: 6.1. Recurso especial en materia de contratación; 6.2. Sistema de recursos.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO

1. Las Administraciones públicas y las entidades del sector público actúan a través de diversas formas: aprueban normas jurídicas de rango infralegal, dirigen instrucciones a su personal, dictan actos administrativos, elaboran planes, ofrecen prestaciones públicas y, también, celebran contratos. Esos contratos pueden tener múltiples finalidades, como contratar personal, adquirir bienes y servicios en el mercado, gestionar los bienes del patrimonio público o transferir conocimiento a la sociedad. A diferencia de los particulares, que se guían por su autonomía de la voluntad, las Administraciones públicas y los entes del sector público deben seguir las directrices y procedimientos establecidos en las normas para celebrar estos contratos (principio de legalidad). No pueden contratar libremente con quien quieran. Además, la celebración y ejecución de estos contratos no siempre se someterá a las reglas del Derecho privado. Para cada clase de contratos existe una regulación distinta, que responde a los principios, derechos y valores protegidos en el ámbito respectivo. Así, hay que diferenciar, fundamentalmente, entre los **contratos laborales**, que se celebran con los empleados públicos (*infra* § 31.49 ss.), los **contratos patrimoniales**, que tienen por objeto la gestión de los bienes públicos (*infra* § 30), ciertos **contratos privados**, que se rigen por las normas generales del Derecho privado —por ejemplo, el contrato de patrocinio regulado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad—, y los contratos públicos o **contratos del sector público**, que se refieren exclusivamente a la adquisición de obras, servicios o suministros en el mercado. Esta lección aborda únicamente este último tipo de contratos.

2. La contratación del sector público ha adquirido una especial relevancia en el estudio del Derecho administrativo debido a los profundos cambios que ha experimentado en el siglo xxi de la mano del Derecho europeo. Antes de ese proceso de europeización podían identificarse dos modelos. En la **tradición germánica** estos contratos se sometían al Derecho privado, aunque se introducían algunas modulaciones en normas de carácter presupuestario para regular la adjudicación del contrato y evitar la corrupción y el buen uso de los fondos públicos. En la **tradición francesa**, por el contrario, se creó el concepto de contrato administrativo, distinto del contrato civil, que se adjudica y ejecuta siguiendo las normas administrativas creadas al efecto. En concreto, se establece un denso régimen de prerrogativas que la Administración puede ejercer en la fase de ejecución del contrato con el fin de asegurar el interés general. El **régimen jurídico español** tradicional se adscribe a la tradición francesa.

3. El **Derecho de la Unión Europea** se eleva por encima de estos modelos nacionales creando el concepto de contrato público, que tiene como finalidad fundamental asegurar que la adquisición de bienes y servicios en el mercado por los Estados miembros no altere el buen funcionamiento del mercado interior. Para ello, se fija, fundamentalmente, en la **fase de adjudicació**n del contrato, con el fin de proteger la competencia entre los operadores económicos. Solo parcialmente, a lo largo del tiempo, se han introducido también algunas reglas en la fase de ejecución que tienen una orientación económica, especialmente en relación con la **modificación**

de los contratos. Es preciso recalcar que estas normas europeas se dirigen únicamente a los **Estados miembros**, ya que la contratación de las instituciones, agencias y otros organismos de la Unión Europea se rige por otro grupo de normas, más flexibles, contenidas en el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de julio de 2018, sobre normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión.

4. Más allá de las reglas europeas, existen instrumentos internacionales que tratan de crear estándares comunes de contratación pública para abrir los mercados entre sus partes —la denominada **contratación pública internacional—**. Es el caso del Acuerdo sobre Contratación Pública de 30 de marzo de 2012 (ACP) promovido por la Organización Mundial del Comercio. Prácticamente todos los Estados miembros de la Unión Europea —un total de 25, incluido España— son parte de este acuerdo. Para los contratos no cubiertos por este acuerdo u otros similares se aprobó el Reglamento (UE) 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de junio de 2022, sobre el acceso de operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países (Instrumento de Contratación Internacional-ICI). Esta norma se dicta con base en la competencia exclusiva de la Unión Europea para la política comercial común. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la **contratación pública en el extranjero** de los Estados miembros se rige por reglas específicas. Se trata de los contratos formalizados y ejecutados más allá de la Unión Europea, por ejemplo, por las correspondientes misiones diplomáticas. En España, la celebración de estos contratos se regula en la DA 1.ª Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

5. Seguidamente, se estudian los aspectos esenciales del régimen jurídico de contratación pública vigente en España. En primer lugar, se expone el impacto del proceso de europeización (2.). Con posterioridad, se analizan la configuración del Derecho de la contratación del sector público a nivel interno (3.), los elementos estructurales de los contratos del sector público (4.), así como las reglas que ordenan la vida del contrato (5.) y las vías de tutela (6.).

2. EUROPEIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. El sector público como cliente en el mercado

6. Los Estados miembros invierten una parte importante de sus respectivos presupuestos en la adquisición de bienes y servicios. Al realizar esas compras, pueden distorsionar el buen funcionamiento del mercado. Es lo que sucede si dan preferencia, directa o indirectamente, a sus empresas nacionales frente a las que proceden de otros Estados. Por esa razón, se han creado normas a nivel europeo con el fin de garantizar que la actividad de adquisición de bienes y servicios en el mercado esté orientada a identificar cuál es la **oferta con la mejor relación calidad-precio**. Para ello, es fundamental asegurar la garantía de **principios generales** como la igualdad y no discriminación, la concurrencia, la transparencia o la publicidad de las decisiones contractuales cuando se adjudican contratos públicos.

7. Esta aproximación competitiva a la contratación pública, de base económica, se ha suavizado en los últimos años con el reconocimiento de la denominada **con-**

tratación estratégica. En ese sentido, la legislación vigente prevé expresamente que en la contratación pública se incorporen de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, para lograr una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos; y que se facilite el acceso de las pymes y de las empresas de economía social a los contratos públicos. Además, se promueve la innovación a través de la contratación pública (art. 1.3 LCSP). De forma complementaria, en el actual contexto geopolítico, se aprecia una fuerte tendencia de las instituciones europeas a fomentar la **autonomía estratégica** de la Unión Europea y de los Estados. Es posible que en el futuro cercano se impulsen reformas normativas para permitir la preferencia de los productos europeos en ciertos sectores estratégicos, como, por ejemplo, el sector farmacéutico (Ursula von der Leyen, «La decisión de Europa», Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029, 18 de julio de 2024). Esto supondría un novedoso giro en el Derecho de los contratos públicos.

2.2. Marco jurídico

8. La armonización del Derecho de contratación pública se ha realizado mediante la aprobación de sucesivos paquetes de directivas, en las que cristaliza progresivamente una rica **jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (TJUE). El Tribunal contribuye activamente a la configuración del Derecho de contratos públicos a través de la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de los recursos de incumplimiento interpuestos normalmente por la Comisión Europea. La regulación de las directivas se proyecta únicamente sobre determinados contratos que tienen un especial impacto en el funcionamiento del mercado interior debido, principamente, a su volumen económico —hay que tener en cuenta que la competencia de la Unión para regular en esta materia está sometida a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad—. Los contratos regulados en las directivas se denominan **contratos armonizados** o contratos sujetos a regulación armonizada. Estos contratos se someten a reglas precisas relativas, fundamentalmente, a los procedimientos de adjudicación y, en menor medida, a la ejecución del contrato. Sus mandatos deben transponerse por los Estados miembros.

9. En la actualidad, las directivas vigentes regulan los **contratos públicos** en general (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE), los **contratos de concesión**, tanto de obras como de servicios (Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión), así como los contratos que se celebran en determinados sectores caracterizados por la pervivencia de derechos especiales o excluidos —agua, energía, transportes y servicios postales—, los denominados **contratos en sectores excluidos o especiales** (Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación

por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE). En esta lección solo se alude a la regulación contenida en las dos primeras directivas, que tienen carácter general. Los **umbrales económicos** que determinan el carácter armonizado de un contrato público se actualizan periódicamente. Los umbrales vigentes se contienen en el Reglamento Delegado (UE) 2023/2495 de la Comisión, de 15 de noviembre de 2021, que modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos (*infra* § 19.54).

10. Además de las directivas señaladas existe una directiva específica que regula la adjudicación de **contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad** (Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE). Su aplicación ha cobrado protagonismo debido al aumento del gasto en defensa propiciado en el seno de la Unión. Las normas de esta directiva regulan los procedimientos de adjudicación de contratos que tienen por objeto la adquisición de equipos militares, así como obras y servicios con fines específicamente militares, a partir de ciertos umbrales económicos —que también se actualizan periódicamente— y son especialmente sensibles a las exigencias de protección de información clasificada. El resto de las compras que deban realizarse en el ámbito de la defensa —por ejemplo, para adquirir suministros logísticos ordinarios— se someten a las reglas generales de la contratación pública.

11. Junto a las directivas de contratación pública existen las llamadas **directivas de recursos**. Estas directivas no tienen como finalidad ordenar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, sino que imponen a los Estados miembros la obligación de crear vías de recurso rápidas y eficaces que permitan detectar las infracciones de las normas de contratación europeas en una fase en la que aún puedan corregirse y que ofrezcan tutela eficaz a los operadores económicos.

12. En primer lugar, se aprobó la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos; posteriormente, se dictó la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos. Transcurridos varios años, con el fin de mejorar las medidas contenidas en estas normas, se aprobó 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. Más adelante, se hace referencia a la manera en que se han transpuesto en España las obligaciones contenidas en estas directivas (*infra* § 19.47 ss.).

13. Por debajo de los umbrales fijados en las directivas, los **contratos no armonizados** se sujetan únicamente a las reglas del Derecho primario —contenidas en los Tratados y vinculadas a las libertades del mercado interior— en la medida en que tengan un **interés transfronterizo cierto** y se celebren por el tipo de entidades definidas en las directivas (entre otras, STJUE de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Livor Lavori Pubblici*, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063). Ese interés transfronterizo cierto puede concurrir por distintas razones como pueden ser la cuantía del contrato o la zona geográfica sobre la que se proyecta su objeto. Al respecto hay

que atender a lo dispuesto en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02). De acuerdo con ella, en estos contratos habrá que garantizar una publicidad adecuada, igualdad y no discriminación en la adjudicación del contrato, transparencia y tutela judicial efectiva.

2.3. Conceptos funcionales del Derecho europeo

14. El concepto de contrato público a nivel europeo se ha evolucionado en la jurisprudencia del TJUE alejándose del concepto tradicional de contrato de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. De este modo se ha delineado un **ámbito de aplicación** propio del Derecho europeo, tanto en sentido **subjetivo** —identificando el tipo de sujetos que debe someterse a estas normas— como **objetivo** —determinando los negocios jurídicos que pueden considerarse contratos públicos—. Esto se explica por la finalidad principal que cumplen estas normas: lograr el mejor funcionamiento del mercado interior evitando que los Estados distorsionen la competencia a través de su demanda de bienes y servicios. Para asegurar esa eficacia ha sido preciso definir conceptos en **clave funcional**, esto es, que no estén ligados a las tradiciones de los Estados miembros o a decisiones que permitan a los Estados huir fácilmente de la aplicación del Derecho europeo.

2.3.1. Poder adjudicador

15. Antes de la armonización acometida por las directivas europeas, el ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública de los Estados miembros era desigual. Se atendía a las diferentes formas de organización reconocidas en el Derecho interno, de modo que, por ejemplo, era posible en algunos casos evitar la aplicación de las reglas de contratación pública creando entidades con forma jurídico-privada (sociedades mercantiles públicas o fundaciones públicas) —la denominada **«huida del Derecho administrativo»** (*supra* § 2.32)—. Para garantizar su efecto útil, el Derecho europeo elabora un concepto capaz de superar las diferencias de los ordenamientos jurídicos nacionales, en la medida en que se apoya en criterios funcionales: el concepto de **poder adjudicador**. De acuerdo con el artículo 2.1(1) de la Directiva 2014/24/UE son poderes adjudicadores, y se someten a las reglas europeas: «el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público».

16. El sometimiento de las Administraciones territoriales o generales de cada Estado a reglas específicas de contratación no plantea problemas en la práctica, pero más difícil es determinar qué entes serán o no **organismos de Derecho público**. En esa categoría podrán entrar o no las entidades de la Administración instrumental o

institucional (*supra* § 8.26 ss.), así como entes que están más allá del sector público, como los sindicatos o los partidos políticos, por ejemplo. De hecho, el 16 de diciembre de 2024 la Comisión Europea decidió recurrir ante el TJUE por el incumplimiento del Reino de España al transponer incorrectamente las directivas de contratación pública, entre otras materias, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación (INFR(2021)2171). El concepto de organismo de Derecho público se define en el artículo 1.4 Directiva 2014/24/UE y ha dado lugar a una densa jurisprudencia del TJUE. Para que un ente sea organismo de Derecho público y, por tanto, poder adjudicador, debe reunir todas las condiciones siguientes: a) haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial; b) estar dotado de personalidad jurídica propia; y c) estar financiado mayoritariamente o sujeto a la supervisión de un poder adjudicador, o tener órganos de administración, dirección o supervisión en los que más de la mitad de miembros se nombran por un poder adjudicador (este tercer requisito se cumple siempre que concurra una de las tres situaciones descritas).

17. Los criterios señalados deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE en **clave funcional**. Para ello, recurrirá a distintos elementos de análisis en atención a los casos concretos. No se trata, por tanto, de una pura operación subsuntiva, sino del examen del caso concreto con arreglo a parámetros que, en última instancia tienen un claro cariz económico. En relación con el primero, hay que tener en cuenta que el hecho de que una entidad sea de Derecho privado e incluso tenga forma de sociedad mercantil no obsta a su cumplimiento (STJUE de 16 de octubre de 2003, *Comisión c. España*, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544); es más, una sociedad mercantil mixta, público-privada, creada, por ejemplo, para la gestión del agua será poder adjudicador si, como es habitual, el socio público ostenta más de la mitad de las participaciones en el capital social social y nombra a más de la mitad de los miembros del consejo de administración. En ese sentido, un ente se habrá creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial cuando tenga atribuida la realización de actividades de interés general, por ejemplo, mediante el cumplimiento de obligaciones de servicio público. Es más, aunque la entidad opere en el mercado, si una **parte relativamente poco importante de su actividad** es de interés general, se entiende también que se cumple con este requisito. Otro criterio apuntado por el Tribunal es el análisis de las circunstancias de creación de la entidad y las **condiciones en las que ejerce su actividad**. En ese sentido, no se cumplirá con el primer requisito si la entidad opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas que pueda sufrir con ocasión del ejercicio de su actividad (Considerando 10 Directiva 2014/24/UE). En estos casos, el ente operaría en el mercado como un privado y, por tanto, no cumpliría con la primera condición para ser poder adjudicador.

18. La STJUE de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros/Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 es un buen ejemplo de esta jurisprudencia. Entendió el TJUE que una **entidad austriaca creada para imprimir documentos administrativos oficiales**, algunos de los cuales tenían carácter confidencial o se sujetaban a normas de seguridad, como los pasaportes o los documentos de identidad, así como para difundir textos legales, reglamentarios y administrativos del Estado, cumplía con este requisito aunque también llevara a cabo otras actividades como la edición y distribución de libros que podían, incluso, tener más relevancia desde un punto de vista económico.

19. El requisito relativo a la personalidad jurídica no plantea problemas en la práctica, de modo que no exige mayor atención. La tercera exigencia, referida a la financiación o a la existencia de supervisión o control, sí presenta una aplicación más compleja. El TJUE afirma que este requisito supone la existencia de una dependencia estrecha de un poder adjudicador (STJUE de 22 de mayo de 2003, *Korbonen y otros,* C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300). Esa dependencia puede certificarse de varias formas. Una de ellas es la **financiación mayoritaria**, que puede producirse de forma **directa o indirecta**. Los supuestos de financiación directa no plantean especiales problemas, pero es más difícil certificar la

existencia de financiación indirecta. Uno de los casos más relevantes que se han planteado sobre esta cuestión ante el TJUE confirmó que el importe de las becas para estudiantes concedidas por entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora o en materia de educación sí son financiación pública a los efectos de cumplir con las exigencias de poder adjudicador. No lo son, sin embargo, las sumas abonadas en el marco de contratos de prestación de servicios que comprendan trabajos de investigación o de otros servicios como asesoramientos o la organización de conferencias (STJUE de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529). El siguiente criterio alternativo a la financiación consiste en que la gestión de la entidad esté sujeta a la **supervisión de poderes adjudicadores**. En ese caso, se entiende que el poder adjudicador debe poder influir en la toma de decisiones, no basta con un control *a posteriori*. En la STJUE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110, se ofrecen criterios concretos para certificar la existencia de este tipo de control: «se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo (sic) las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial». La última forma en que puede cumplirse el tercer requisito para ser poder adjudicador es que el ente tenga un **órgano de administración, dirección o supervisión** en el que **más de la mitad de los miembros** se nombran por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público. Para comprobar esta exigencia será necesario analizar la estructura organizativa del ente, de acuerdo con sus estatutos o normas de creación y funcionamiento.

20. Es importante apuntar que, cuando se certifica el cumplimiento de todos los requisitos para ser poder adjudicador, se aplican las normas europeas de contratación pública a todos los contratos que celebre el ente, con independencia de que se enmarquen en la actividad de interés general que no tiene carácter mercantil o industrial o en la actividad que, en su caso, lleve a cabo el ente en el mercado. Un poder adjudicador no podrá contratar entonces en ningún caso como un particular. De este modo, las reglas de contratación pública cumplen una finalidad de ajuste de la competencia, puesto que limitarán el impacto en el mercado de la parte de actividad que pueda realizar el poder adjudicador compitiendo en el mercado con terceros. Es la denominada **teoría del contagio** que ha afirmado el TJUE en su jurisprudencia (entre otras, STJUE de 10 de abril de 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213: las normas de las directivas se aplican «sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividad de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzadas entre esos sectores»).

2.3.2. Operador económico

21. La parte que celebra un contrato con un poder adjudicador es un **operador económico**. El artículo 2.1(10) de la Directiva 2014/24/UE define al operador económico en un sentido muy amplio como «una persona física o jurídica, una entidad pública o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra,

el suministro de productos o la prestación de servicios». El elemento determinante de la definición es, así, la capacidad para actuar en el mercado ofreciendo obras, servicios o suministros.

22. La definición plasmada en la Directiva es fruto de una larga evolución del concepto en la jurisprudencia del TJUE que también se interpreta en clave funcional. Lo relevante es que se contrate con una **persona jurídica distinta**, ya tenga naturaleza jurídico-privada o jurídico-pública, y que esté en condiciones de **ofrecer prestaciones en el mercado** (STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562); es más, es posible que no tenga personalidad jurídica (STJUE de 10 de noviembre de 2022, Taxi Horn Hours BV, C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869). En esa misma línea, se afirma en la jurisprudencia del TJUE que los operadores económicos no necesitan tener como finalidad principal el ánimo de lucro, como sucede, por ejemplo, en el caso de las universidades públicas o los centros de investigación, que pueden ofrecer servicios en el mercado en el marco de sus actividades de investigación y transferencia (STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce and Others*, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817).

23. Una entidad **sin ánimo de lucro**, como una fundación o una entidad del tercer sector social, puede considerarse operador económico a los efectos de aplicar las normas europeas de contratación pública. De hecho, la distorsión que puede causar la competencia entre entidades con y sin ánimo de lucro es objeto de algunos pronunciamientos jurisprudenciales (por ejemplo, STJUE de 14 de julio de 2022, *ASADE*, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:77). La jurisprudencia del TJUE ha mostrado sensibilidad hacia la necesaria colaboración con entidades de voluntariado, basadas en el **principio de solidaridad** en algunos casos, para la realización de prestaciones vinculadas al Estado social (por ejemplo, STJUE de 11 de diciembre de 2014, *«Spezzino»*, C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440). Además, el Derecho europeo positivo reconoce la importancia de operadores económicos que tienen como principal objetivo la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas y permite que se les reserven directamente ciertos contratos, que no se someterían a la competencia con operadores económicos de otro tipo. Asimismo, también permite que, en el ámbito de los servicios sociales, culturales y de salud, se reserven contratos a organizaciones que tengan una misión de servicio público siempre que cumplan ciertas condiciones. Estos son los denominados **contratos reservados** que se regulan en los artículos 20 y 77 de la Directiva 2014/24/UE.

24. La consideración de las entidades públicas como potenciales operadores económicos abre la puerta a la existencia de **contratos público-públicos**, cuando el contratista es una entidad pública, a diferencia de los **contratos público-privados**, en los que el adjudicatario del contrato es un particular. Algunos de esos contratos público-públicos se excluyen de la obligación de licitación, en la medida en que se cumplan una serie de requisitos establecidos inicialmente en la jurisprudencia del TJUE y consagrados en la actualidad en las directivas. En ese sentido, se excluyen de la obligación de licitar los denominados contratos *in-house* o contratos domésticos, que suponen una **cooperación vertical**, así como los contratos público-públicos que suponen una **cooperación horizontal** entre entes públicos. Los requisitos que deben cumplirse en ambos casos para quedar excluidos de la aplicación de las reglas europeas de adjudicación de contratos públicos se contienen en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE. La transposición de estas reglas al Derecho interno de contratación pública es objeto de estudio más adelante (*infra* § 19.63 y 68).

2.3.3. Contrato público

25. El concepto de contrato público se define en el artículo 2.1(5) Directiva 2014/24/UE como sigue: «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». En esta definición se pueden identificar una serie de elementos especialmente relevantes, referidos a los sujetos, el objeto y el carácter oneroso, que se analizan seguidamente —la formalización por escrito apenas ha dado lugar a problemas interpretativos—. Como puede observarse, es irrelevante para esta definición que el objeto del contrato se destine o no a un fin público (art. 1.2 Directiva 2014/24/UE).

26. El elemento **subjetivo** del concepto de contrato público se remite a los conceptos de poder adjudicador y operador económico, que ya han sido objeto de exposición (*supra* § 19.15 ss. y 21 ss.). La Directiva precisa que el contrato puede celebrarse entre **uno o varios poderes adjudicadores** y **uno o varios operadores económicos** porque un poder adjudicador puede celebrar un contrato con varios operadores económicos —cuando el contrato se divide en lotes (*infra* § 19.81), o cuando se celebra un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición (*infra* § 19.122-123)— del mismo modo que varios poderes adjudicadores pueden unirse para llevar a cabo una contratación de forma conjunta con un operador económico (considerandos 71 y 73 y art. 38 de la Directiva 2014/24/UE).

27. Si no existe un poder adjudicador como entidad contratante, no habrá contrato público en el sentido europeo y no se aplicarán ni las directivas ni el Derecho primario (*supra* § 19.15 ss., *infra* § 19.48 ss.). Únicamente hay que tener en cuenta una excepción a esta regla: los denominados **contratos subvencionados** por los poderes adjudicadores (art. 13 de la Directiva 2014/24/UE). Los particulares o los entes que no son poder adjudicador que celebren contratos de obras y de servicios subvencionados en más del 50 por ciento de su importe por un poder adjudicador, deben someterse también a ciertas reglas de contratación pública definidas a nivel europeo, siempre que el contrato tenga carácter armonizado (*supra* § 19.54).

28. El **objeto** de los contratos públicos debe consistir en la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios (arts. 2.1(7) (8) y (9) Directiva 2014/24/UE). Las **obras** se definen como el conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil que cumplen una función económica o técnica. Los contratos de **suministro** tienen como objeto la compra, arrendamiento financiero, arrendamiento o venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos (puede incluir de forma accesoria, operaciones de colocación o instalación). Finalmente, los contratos de **servicios** son aquellos que tienen por objeto la prestación de servicios distintos a las obras y los suministros. Es posible que un mismo contrato incluya prestaciones de distinto tipo: por ejemplo, un contrato que incluya la redacción de proyecto de obras (servicio) y la ejecución de las obras (obras). Se trata de supuestos de **contratación mixta** (art. 3 de la Directiva 2014/24/UE). La regulación de estos contratos en el Derecho español se aborda en un momento posterior (*infra* § 19.90).

29. Las directivas contienen diversas **exclusiones** de su ámbito de aplicación. Es el caso de los contratos público-públicos a los que ya se ha hecho referencia (*supra* § 19.24). Además, existe una serie

de contratos de servicios que se excluyen en atención a su objeto: así sucede con los contratos patrimoniales —cuyo objeto son bienes públicos (arrendamiento, compraventa, etc.)—, los contratos de servicios de arbitraje y conciliación, ciertos contratos de servicios financieros, los contratos de trabajo o los contratos de servicios relacionados con campañas políticas, por poner algunos ejemplos (art. 10 de la Directiva 3014/24/UE). Además, para algunos servicios que tienen una **dimensión transfronteriza limitada**, como ciertos servicios a las personas de carácter social, sanitario y educativo y otros servicios específicos (Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE), se establece un régimen especial más flexible, con un umbral de armonización más elevado (arts. 74 ss. de la Directiva 2014/24/UE).

30. Los contratos públicos deben ser **onerosos**. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE el carácter oneroso de un contrato implica que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación. El contrato crea obligaciones jurídicamente vinculantes para cada una de las partes, cuyo cumplimiento debe poder reclamarse judicialmente (STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168). El **carácter sinalagmático** del contrato es, así, una característica esencial del contrato público. La contraprestación no tiene que consistir necesariamente en el pago de una cantidad de dinero, puede retribuirse de otro modo al contratista, como, por ejemplo, el **reembolso de los gastos** soportados por prestar el servicio pactado (STJUE de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385).

31. Conforme a la definición expuesta, existe contrato público cuando hay intercambio de prestaciones, aunque el pago consista, por ejemplo, en una subvención a cambio de una promesa de construcción de un estadio de fútbol (STJUE de 17 de octubre de 2024, NFŠ a.s., C-28/23, ECLI:EU:C:2024:893). No habría contrato oneroso, sin embargo, en el caso de que un poder adjudicador no esté obligado jurídicamente a realizar ninguna prestación a cambio de la prestación que debe llevar a cabo el contratista. Se plantea entonces la duda de si puede aplicarse la Directiva cuando un licitador realiza una **oferta a precio cero**. Al respecto, ha señalado el TJUE que la definición de contrato público contenida en la Directiva 2014/24/UE no puede servir de fundamento legal para rechazar automáticamente una oferta que proponga un precio de cero euros. En ese caso, habría que evaluar la información proporcionada y solo se podrá rechazar la oferta si no se explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos. En el caso de la oferta de importe a cero euros, puede llegar a explicarse porque el licitador quiere ejecutar el contrato para tener acceso a un nuevo mercado u obtener referencias para futuras licitaciones (STJUE de 10 de septiembre de 2020, *Tax-Fin Lex*, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685).

32. La inexistencia de onerosidad se utiliza por el legislador europeo para definir la fórmula conocida como **transferencia de competencias** (art. 1.6 de la Directiva 2014/24/UE). Se considera que no hay contrato público, sino un asunto de organización interna de los Estados miembros, cuando se adoptan acuerdos, decisiones y otros instrumentos jurídicos para organizar la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores, siempre que no prevean que «se dé una retribución por la ejecución de un contrato público». Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se crea una sociedad mercantil pública a la que se atribuye la gestión de un servicio público, como la recogida de residuos sólidos urbanos, y a la que se aportan medios para llevar a cabo sus funciones, por ejemplo, a través de la transferencia de una partida presupuestaria anual para cubrir los gastos derivados de su actividad (el caso de referencia en esta materia es la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985).

33. La jurisprudencia del TJUE ha deducido en los últimos años una nota definitoria adicional del concepto de contrato público. Se trata del necesario **carácter selectivo o exclusivo** del contrato público. Entiende el Tribunal que la elección de una oferta es un elemento intrínsecamente vinculado al concepto de contrato público, por-

que las normas de contratación pública están al servicio de los principios del mercado interior y de la protección los intereses de los operadores económicos europeos. De hecho, señala que el artículo 1.2 de la Directiva 2014/24/UE incorpora este elemento al afirmar que «se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores (…)». De manera que cuando el poder adjudicador no selecciona a uno o varios operadores económicos frente a otros, no hay peligro para la competencia, ni riesgo de discriminación. En esos casos, si no hay selectividad, no se concede ninguna ventaja a un operador económico frente a otro de manera que no hay contrato público en el sentido de las directivas. Este tipo de actuaciones quedarían fuera del ámbito de aplicación de las directivas, sin perjuicio de que deban ajustarse a los principios básicos del derecho primario y a la normativa interna de cada Estado miembro.

34. El criterio de la selectividad aparece por primera vez en la STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399. En este caso, el Tribunal debía determinar si existía contrato público y, por tanto, debían aplicarse las directivas en el siguiente supuesto: las cajas del seguro médico alemanas (Corporaciones de Derecho público) adquirían medicamentos a un precio fijo, que ellas mismas determinaban, a todas las farmacéuticas que aceptaban sus condiciones. Las farmacéuticas no tenían que presentar oferta, sino demostrar que tenían capacidad y solvencia para suministrar los medicamentos en las condiciones fijadas. Todas las empresas que cumplían y aceptaban las condiciones firmaban un contrato idéntico con la caja o cajas respectivas. Posteriormente, el paciente o el médico elegían a cuál de las farmacéuticas que habían aceptado incorporarse al sistema le compraban el medicamento. Las cajas abonaban el coste de los medicamentos efectivamente vendidos por esta vía. En ningún momento las cajas comparaban ofertas, seleccionando a uno o varios operadores económicos. Se incorporaban a lo que se denomina en la doctrina alemana un **contrato *open-house*** (DÍEZ, 2021). El TJUE consideró que en ese caso no hay riesgo para la competencia, porque no hay selectividad por parte del poder adjudicador, y que, por tanto, no hay contrato público en el sentido de las directivas.

2.3.4. Concesión

35. Junto a la celebración de contratos, el Derecho europeo regula también los **contratos de concesión de obras y de servicios**, con un régimen jurídico diferenciado. De hecho, dedica específicamente la Directiva 2014/23/UE (*supra* § 19.9) a este tipo de contratos. Los contratos de concesión en el marco del Derecho de la contratación pública son algo distinto de las concesiones propias de la utilización de los bienes de **dominio público** —que son objeto de estudio en otro momento en esta obra (*infra* § 30.52)—. Tampoco se pueden identificar con las concesiones de los **contratos de gestión de servicios públicos** que se preveían en la legislación de contratación vigente en España antes de 2018, y que todavía se aplica en determinados contratos celebrados entonces, cuya duración se extiende a la actualidad (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y otras normas anteriores).

36. Como sucede con el contrato público, el Derecho europeo ha perfilado su propio concepto de concesión. La diferencia entre un contrato público y un contrato de concesión no reside en los sujetos —poderes adjudicadores y operadores económi-

cos—, ni en el objeto —obras y servicios—, ni en el carácter oneroso del contrato y en la exigencia de que se celebre por escrito. La clave está en que, en la concesión, la contrapartida que recibe el concesionario es bien el **derecho a explotar los servicios o las obras**, bien ese mismo derecho de explotación en conjunción con un pago. Además, en la adjudicación se transferirá al concesionario un **riesgo operacional** en la explotación de las obras o de los servicios, que puede abarcar riesgo de **demanda o de suministro**, o ambos (art. 5.1 de la Directiva 2014/23/UE). Esta especial articulación económica de la relación entre el ente contratante y el concesionario afecta a la regulación de este tipo de contratos a los que se asocia, por ejemplo, una duración mayor con el fin de permitir la amortización de las inversiones realizadas, además de otro tipo de particularidades en su régimen jurídico.

37. En la jurisprudencia del TJUE se encuentran distintos supuestos referidos a contratos de concesión. Así, se entiende que hay transferencia del riesgo operacional en una concesión en la que el Ayuntamiento de Liubliana (Eslovenia) encomienda la creación y gestión de un **servicio de alquiler y uso compartido de vehículos eléctricos** a un operador económico cuya aportación financiera se destina mayoritariamente a la adquisición de dichos vehículos, y en la que los ingresos del operador económico provendrán fundamentalmente de los pagos realizados por los usuarios del servicio (STJUE de 10 de noviembre de 2022, *SHARENGO*, C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868).

3. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO INTERNO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

38. Tras la exposición del marco jurídico y los conceptos fundamentales del Derecho europeo de la contratación pública, es momento de referirse a la configuración del Derecho interno. En el ordenamiento jurídico nacional se transponen las disposiciones de las directivas europeas —introduciendo, en algunos casos, exigencias adicionales—; además, se regula la contratación pública para los contratos no armonizados y para otro tipo de contratos más allá de la influencia del Derecho europeo. En esta tarea, el legislador nacional ha debido combinar las exigencias de la **contratación pública europea** con la arraigada tradición de la **contratación administrativa**, a la que se ha hecho referencia anteriormente (*supra* § 19.2). El resultado es un régimen jurídico complejo. A continuación, se expone el marco jurídico, así como los conceptos que ayudan a desentrañar la estructura de aplicación de la legislación de contratos del sector público.

3.1. Marco jurídico

39. La estructura del marco jurídico interno de la contratación pública se corresponde con el **modelo constitucional de distribución de competencias** en esta materia. El hecho de que se trate de un sector intensamente europeizado no altera el orden de reparto competencial contenido en la Constitución (STC 21/1999, de 25 de febrero, ECLI:ES:TC:1999:21). El artículo 149.1.18.ª CE prevé la competencia exclusiva del **Estado** para dictar la **legislación básica** sobre contratos administrativos. En virtud de esa habilitación competencial, el Estado ha aprobado la **Ley**

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) —que se encargó de transponer las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE y que también incorpora las exigencias de las directivas de recursos y parcialmente la Directiva 2014/25/UE— y el **Real Decreto-ley 3/2020**, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales —que transpuso las exigencias de la Directiva 2014/25/UE—. Estas leyes se complementan por la regulación básica contenida en dos normas reglamentarias: **Real Decreto 1098/2001**, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y **Real Decreto 817/2009**, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En esta lección solo se hace referencia a las disposiciones contenidas en la LCSP, en la medida en que constituyen el régimen general de aplicación al sector público.

40. Junto a las normas señaladas, hay que recordar que la contratación en el ámbito de la **defensa y seguridad** tiene un régimen propio a nivel europeo. La **Ley 24/2011**, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, se encargó de transponer la Directiva 2009/81/CE, y disciplina los contratos en este sector (*supra* § 19.10). Esta norma se complementa con varias normas reglamentarias como el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero. Además, existen otras normas estatales que se refieren a aspectos concretos de la contratación —por ejemplo, las normas sobre desindexación de la economía española— y a cuestiones relativas a contratos específicos, solo para el ámbito de la Administración General del Estado —por ejemplo, para la contratación de obras o de servicios de telecomunicación—. El Código de Contratos del Sector Público actualizado periódicamente por el **BOE** contiene todas las disposiciones aprobadas por el Estado en materia de contratación pública y es de gran utilidad para identificar todas las normas vigentes en esta materia.

41. La legislación básica estatal regula con alto grado de detalle la contratación del sector público, lo que reduce el espacio disponible para el **desarrollo** por parte de las **comunidades autónomas**. Son escasas las normas autonómicas relativas a la contratación pública con carácter general (destaca la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón). Sí se han dictado más normas que desarrollan aspectos concretos de la contratación pública. Es el caso de la **contratación estratégica** (por ejemplo, la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura), o de la **contratación electrónica** (por ejemplo, el Decreto 54/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha). Además, en el ámbito de la **potestad de autoorganización** hay que destacar la creación de **juntas consultivas de contratación** a nivel autonómico, que se encargan de emitir informes y recomendaciones en este ámbito, sin perjuicio del ejercicio de otras competencias atribuidas en su legislación respectiva. En la actualidad existen trece órganos de este tipo (Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Illes Balears, Madrid, Murcia, Navarra, Valencia y Euskadi). En el ámbito estatal la **Junta Consultiva de**

Contratación Pública del Estado se regula en el art. 328 LCSP, junto a otros órganos consultivos como el **Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública** (art. 329 LCSP), la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReSCON)** (art. 332 LCSP) y la **Oficina Nacional de Evaluación (ONE)** (art. 333 LCSP).

42. La distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas en materia de contratación pública ha dado lugar a distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (el más reciente en la STC 68/2021, de 18 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:68, que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos). El Tribunal ha identificado progresivamente los criterios que delimitan el **alcance de la legislación básica**. Se trata de **criterios teleológicos**, que atienden a las finalidades que pretenden alcanzar las normas básicas. El primero se refiere a la garantía de los principios generales de la contratación del sector público: publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad y no discriminación, libre concurrencia, integridad y seguridad jurídica. El segundo se refiere al objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto.

43. El marco jurídico descrito se completa con la DA 49.ª LCSP. Esta disposición contiene una remisión a la legislación de las comunidades autónomas para regular, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social». El sentido de esta previsión se conecta con lo establecido en el artículo 11.6 LCSP. Este precepto excluye del ámbito de aplicación de la ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas «siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación». Con base en esta remisión competencial, se han aprobado numerosas normas autonómicas relativas a las denominadas **acciones concertadas** o **conciertos sociales o sanitarios** (DÍEZ, 2019, LEÑERO, 2022). En ocasiones, las comunidades autónomas reservan estas acciones concertadas o dan preferencia en su adjudicación a entidades del tercer sector, lo que ha dado lugar a dos interesantes pronunciamientos del TJUE (STJUE de 14 de julio de 2022, *ASADE*, C-436/20, ECLI:EU:C:2022:77 y ATJUE de 21 de marzo de 2023, ASADE (II), C-676/20, ECLI:EU:C:2023:289) (*supra* § 19.23).

44. El marco jurídico descrito tiene una excepción. La **Comunidad Foral de Navarra** tiene competencia legislativa exclusiva en materia de contratación pública conforme al artículo 49.1 d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral. De manera que no se sujeta a la legislación básica estatal y tiene un régimen propio de contratación pública, que incorpora, lógicamente, las exigencias del Derecho de la Unión Europea. La **Ley Foral 2/2018**, de 13 de abril, de Contratos Públicos, rige la contratación de las Administraciones públicas navarras, autonómicas y locales, así como del Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.

45. Las especialidades de la contratación de las **entidades locales** se regulan con carácter básico en las DDAA 2.ª y 3.ª LCSP. La densa programación contenida en la normativa básica estatal y en la legislación autonómica de desarrollo apenas deja margen para la aprobación de reglas de contratación pública locales.

46. El marco jurídico descrito ha creado un complejo régimen de adjudicación de contratos públicos que se ha tratado de simplificar para acelerar la ejecución de los fondos asignados a España en el marco del Programa *Next Generation EU*. Con esa finalidad se aprobó el **Real Decreto-ley 36/2020**, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del **Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia**, que contiene medidas temporales para los contratos financiados con estos fondos (arts. 49-58) y que se desarrolla a través de varias normas reglamentarias que depuran el sistema de gestión y control del Plan.

3.2. Estructura de aplicación de la legislación de contratos del sector público

47. La aplicación de la LCSP no es lineal. Esto significa que **no hay un régimen único** para todos los contratos públicos. La norma aplicable en cada caso dependerá, en primer lugar, del tipo de entidad contratante. Una vez determinada la naturaleza de la entidad adjudicadora, habrá que atender al objeto y el volumen económico del contrato para definir si el contrato es armonizado o no armonizado y si es un contrato administrativo o privado. De esa manera se pueden identificar las normas aplicables a las distintas fases de la vida del contrato: preparación y adjudicación, por un lado, y efectos, cumplimiento y extinción, por otro lado.

3.2.1. Tipo de entidad contratante

48. El ámbito subjetivo sobre el que se proyectan las normas de contratación pública ha sido uno de los aspectos más problemáticos en la asimilación del Derecho europeo. La LCSP va más allá de las exigencias de las directivas y proyecta sus normas, no solo sobre los entes que reúnen la condición de poder adjudicador, sino sobre un listado de entidades que forman parte del sector público —entre los que se encuentran los poderes adjudicadores—, así como sobre otro tipo de entidades que no forman parte del sector público. Al respecto, hay que recordar que no existe un único **concepto de sector público** en el ordenamiento jurídico español. El legislador define el sector público de forma diferenciada en atención al tipo de normas que regula. Así pues, el sector público de las normas de régimen jurídico y de procedimiento administrativo (*supra* § 1.15, § 8 y § 15.30 ss.) no coincide con el de las normas del ámbito presupuestario o de contratación pública.

49. El art. 3.1 LCSP establece el listado de entidades que forman parte del sector público de la contratación pública. Ahora bien, no a todas se les aplica la ley con la misma intensidad. Se establece una diferenciación entre entes que son poderes adjudicadores y **entes que no tienen el carácter de poderes adjudicadores**, cuestión que deberá determinarse con arreglo a la interpretación que se realiza de este concepto por el TJUE (*supra* § 19.15 ss.). Dentro de la categoría de los entes que son poder adjudicador, el legislador diferencia entre entidades que son **Administración pública**, de aquellas que son **poder adjudicador que no tienen la condición de Administraciones públicas (PANAP)**. De este modo puede mantener algunas de las particularidades ligadas a la tradición propia del contrato administrativo (*supra* § 19.2, *infra* § 19.55 ss.).

50. A las Administraciones públicas se les aplica la LCSP con su máxima intensidad. Todo el **Libro II LCSP (arts. 115-315)** se dedica a su régimen de contratación que abarca desde la preparación y adjudicación del contrato hasta sus efectos, cumplimiento y extinción. A los PANAP se les aplica la ley en un segundo grado. El **Libro III LCSP (arts. 316-320)** regula la preparación y adjudicación de sus contratos, así como especialidades puntuales en su ejecución y resolución, pero se realizan

importantes remisiones al régimen de contratación de las Administraciones públicas —en la práctica hay, además, un claro acercamiento al régimen jurídico de los contratos celebrados por las Administraciones públicas—. En último lugar, a los entes que no son poder adjudicador, se les aplican algunas particularidades recogidas en el **Libro III LCSP (arts. 321-322)**, que solo alcanzan al régimen de preparación y adjudicación de sus contratos.

51. Tabla 1. Clasificación de entidades del sector público en el artículo 3 LCSP

ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO	REGULACIÓN
Administraciones públicas (art. 3.2 LCSP)	
Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y entidades que integran la Administración local	art. 3.1 a) LCSP
Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social	art. 3.1 b) LCSP
Organismos autónomos, universidades públicas y autoridades administrativas independientes	art. 3.1 c) LCSP
Diputaciones Forales y Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco	art. 3.1 l) LCSP
Consorcios y otras entidades de Derecho público (entidades públicas empresariales) que sean poder adjudicador y no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, conforme al Sistema Europeo de Cuentas (SEC)	art. 3.1 d) y g) LCSP
Poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración pública (PANAP) (art. 3.3 LCSP)	
Fundaciones públicas	art. 3.1 e) LCSP
Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social	art. 3.3 f) LCSP
Consorcios y entidades de Derecho público (entidades públicas empresariales) que sean poder adjudicador y se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, conforme al Sistema Europeo de Cuentas (SEC)	art. 3.1 d) y g) LCSP
Sociedades mercantiles públicas que reúnan la condición de poder adjudicador	art. 3.1 h) LCSP
Asociaciones de Administraciones públicas, fundaciones, mutuas u otros poderes adjudicadores	art. 3.3 e) LCSP
Entes del sector público que no tienen el carácter de poder adjudicador (art. 3.3 LCSP)	
Fondos sin personalidad jurídica propia	art. 3.1 i) LCSP
Entidades públicas empresariales y entidades de Derecho público que no reúnan la condición de poder adjudicador	art. 3.1 g) LCSP
Sociedades mercantiles públicas que no reúnan la condición de poder adjudicador	art. 3.1 h) LCSP
Asociaciones de entidades que no tengan el carácter de poder adjudicador	art. 3.1 k) LCSP

Fuente: elaboración propia.

52. Además de las entidades que forman parte del sector público, el legislador reconoce que los **partidos políticos**, las **organizaciones sindicales** y las **organizaciones empresariales** y **asociaciones profesionales,** así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellas, deberán aprobar y publicar unas **instrucciones internas** en materia de contratación adecuadas a la normativa europea siempre que cumplan con los requisitos para ser poder adjudicador (art. 3.4 LCSP). Llama la atención que se haga esta previsión, dejando en manos de estas entidades el posible cumplimiento de las normas contenidas en las directivas europeas. En la misma línea, se afirma que las **Corporaciones de Derecho público** (por ejemplo, los colegios profesionales) deberán someterse a la ley cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador (art. 3.5 LCSP). En este caso no se hace ninguna remisión a instrucciones internas, sino que se dispone que se someterán a la ley. Podría entenderse que se les aplicaría entonces el régimen previsto para los PANAP. En último lugar, hay que tener en cuenta que la DA 44.ª LCSP prevé que los **órganos constitucionales del Estado** (Congreso de los Diputados, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo), así como los **órganos legislativos y de control autonómicos** (asambleas legislativas de las comunidades autónomas e instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) ajusten su contratación a las normas previstas para las Administraciones públicas.

3.2.2. Contratos armonizados y contratos no armonizados

53. Los contratos que celebran los poderes adjudicadores, Administración pública o no, se clasifican en **contratos sujetos a una regulación armonizada** y contratos **no sujetos a una regulación armonizada**, en atención a su sometimiento a las directivas europeas. Si el objeto del contrato está regulado en las directivas y se supera el umbral económico actualizado periódicamente por la Comisión, se tratará de un contrato armonizado (salvo en los casos previstos en el art. 19.2 LCSP); de lo contrario, el contrato tendrá carácter no armonizado. En la práctica, el volumen de contratación armonizada en el conjunto de los Estados miembros no suele superar el 10 por 100 de todos los contratos públicos celebrados, pero su importancia económica es muy relevante. El legislador interno ha tendido a homogeneizar el régimen de todos los contratos públicos, armonizados o no, así que el régimen jurídico de estos contratos se diferencia, principalmente, por la mayor extensión de los plazos para participar en los procedimientos, así como por las reglas de publicidad. Los contratos armonizados deberán publicarse en el **Diario Oficial de la Unión Europea**. El umbral de armonización se actualiza periódicamente y en algunos casos varía en atención al ámbito territorial de la entidad que contrata. El umbral es más alto si contrata el Estado que si lo hacen poderes adjudicadores subcentrales, regionales o locales. En la siguiente tabla se muestran los umbrales vigentes que se refieren al **valor estimado del contrato**, que no incluye el impuesto sobre el valor añadido (IVA) —sobre este concepto, *infra* § 19.86—.

54. Tabla 2. Umbrales económicos de armonización de los contratos públicos previstos en la Directiva 2014/24/UE (Reglamento Delegado (UE) 2023/2495 de la Comisión de 15 de noviembre).

<table>
<tr><th>Entidad contratante</th><th>Obras</th><th>Servicios</th><th>Suministros</th><th>Servicios sociales y del Anexo XIV</th></tr>
<tr><td>Autoridades, órganos y organismos estatales (Administración General del Estado)</td><td rowspan="3">5.382.000 €</td><td>140.00 €</td><td>140.000 €</td><td rowspan="2">750.000 €</td></tr>
<tr><td>Poderes adjudicadores subcentrales (comunidades autónomas y entidades locales)</td><td rowspan="2">215.000 €</td><td>215.000 €</td></tr>
<tr><td>Particulares o no poderes adjudicadores en contratos subvencionados por los poderes adjudicadores</td><td colspan="2">(no procede)</td></tr>
</table>

Fuente: elaboración propia.

3.2.3. Contratos administrativos y contratos privados

55. La clasificación de los contratos como armonizados y no armonizados que acaba de exponerse se refiere únicamente a contratos celebrados por los poderes adjudicadores e indica si deben aplicarse o no las reglas de las directivas. La consideración de un contrato como armonizado o no armonizado se combina con otra clasificación de Derecho interno: contrato administrativo y contrato privado, que abarca a todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP. Las **Administraciones públicas** celebran como regla general **contratos administrativos**: los contratos de obras, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios —denominados en la doctrina «contratos típicos»— y los contratos con un objeto distinto con naturaleza administrativa especial por estar ligados al giro o tráfico administrativo o satisfacer una finalidad pública (art. 25.1 a) y b) LCSP). Los contratos de las Administraciones públicas solo se consideran **privados** cuando tienen por objeto ciertos servicios financieros, servicios de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos, así como suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (art. 25.1 a) LCSP). El resto de las entidades contratantes, **PANAP** y **entes del sector público que no son poder adjudicador**, celebran siempre **contratos privados**.

56. Un ayuntamiento (Administración pública) puede celebrar un contrato de obras, que tendrá la consideración de contrato administrativo (típico) y, en el caso de que supere el umbral establecido a nivel europeo será, además, contrato armonizado. En atención a esa clasificación, se elegirán las normas aplicables de la LCSP. Más difícil es encontrar ejemplos de contratos administrativos especiales. Tradicionalmente podían considerarse tales los **contratos para la gestión de una cafetería** en un edificio público —por ejemplo, en una facultad de Derecho de una universidad pública—. En la actualidad la reconducción de estos tipos a los contratos de servicios o los contratos de concesión de servicios hace difícil mantener esa clasificación, así como su posible configuración como concesión demanial en algunos casos. A esta cuestión se dedica el Informe 3/2025, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, que da cuenta de los principales pronunciamientos realizados sobre la materia.

57. La **preparación y adjudicación** de todos los contratos, administrativos y privados, se regula en la LCSP. Los **contratos armonizados** y **no armonizados** se

adjudicarán siguiendo los procedimientos regulados en la LCSP, con las particularidades relativas a los plazos y la publicidad en los contratos armonizados. Además, en el caso de los contratos no armonizados, se prevén algunos supuestos excepcionales de adjudicación directa (*infra* § 19.109). Por su parte, los entes que no reúnen la condición de poder adjudicador aprobarán y publicarán unas **instrucciones** que regulen los procedimientos de contratación garantizando los principios generales de la contratación (publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como adjudicación a la mejor oferta) (art. 321.1 LCSP). No obstante, esas instrucciones podrán no aplicarse si se cumple con ciertas exigencias procedimentales previstas en la ley (art. 321.2 LCSP).

58. Un buen ejemplo de instrucciones de una entidad del sector público que no es poder adjudicador son las instrucciones internas de contratación de Navantia, S.A. Navantia es una sociedad pública estatal que lleva a cabo actividad de mercado consistente en la construcción naval civil y militar.

59. La diferencia fundamental en el régimen jurídico de los contratos administrativos y los contratos privados del sector público se sitúa entonces en la fase de **efectos, cumplimiento y extinción**. Así, en los contratos administrativos esa fase estará regida por lo dispuesto en la **LCSP**, que contiene reglas exhaustivas para cada tipo de contrato. Sin embargo, en los contratos privados del sector público, en esta fase se produce una **remisión al Derecho privado**, que se matiza con más o menos intensidad según el **tipo de entidad contratante**. Si se trata de un ente del sector público que no es poder adjudicador, la remisión al Derecho privado es prácticamente plena (art. 322 LCSP). Si contrata un PANAP, la aplicación del Derecho privado se modula en relación con la modificación del contrato, fundamentalmente, así como en otros aspectos, como las condiciones especiales de ejecución, el régimen de cesión y subcontratación o las condiciones de pago (art. 319 LCSP). Finalmente, si el contrato privado se celebra por una Administración pública, también se produce una remisión al Derecho privado, salvo en la regulación relativa a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución, siempre que el contrato esté sujeto a regulación armonizada (art. 26.2 2º párrafo *in fine* LCSP).

3.2.4. Contratos excluidos

60. La LCSP prevé una serie de contratos excluidos de su ámbito de aplicación, a los que se deberán aplicar sus propias reglas, sin perjuicio de la obligación de proyectar **supletoriamente** los **principios** de la ley para resolver posibles dudas y lagunas (art. 4 LCSP). Entre los negocios jurídicos excluidos aparecen los contratos en el ámbito de la defensa y seguridad (art. 5 LCSP) —regulados en su propia Ley, § 19.40—, los convenios y encomiendas de gestión (art. 6 LCSP), los contratos en el ámbito internacional (art. 7 LCSP), los contratos en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la innovación (art. 8 LCSP), —que se refieren a la llamada «compra pública precomercial»—, las relaciones jurídicas, negocios y contratos en el ámbito del dominio público y patrimonial (art. 9 LCSP), los negocios y contratos en el ámbito financiero (art. 10 LCSP) y otros contratos y negocios excluidos, como las relaciones

de servicios de los funcionarios públicos y la legislación laboral (art. 11.1 LCSP), las relaciones jurídicas entre usuarios y el prestador de un servicio público a cambio de una tarifa, tasa o precio público (art. 11.2 LCSP), los contratos de servicios de arbitraje y conciliación (art. 11.3 LCSP), los contratos de servicios relacionados con campañas políticas (art. 11.5 LCSP) y las formas de prestación de servicios sociales por técnicas no contractuales (art. 11.6 LCSP) —al respecto, *supra* § 19.43—.

61. Algunos de los contratos que se excluyen del ámbito de aplicación de la LCSP son **contratos privados**, en la medida en que se regirán por el Derecho civil. Esto no significa, sin embargo, que se trate de contratos privados en el sentido que se ha analizado en el apartado anterior. La clasificación que hace la LCSP en torno a contratos administrativos y privados se refiere necesariamente a los contratos que entran dentro de su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, un contrato patrimonial, relativo al arrendamiento de un edificio público, será un contrato privado, pero no sujeto a las previsiones de la LCSP. Es más, el régimen jurídico vinculado a la celebración de estos negocios jurídicos patrimoniales se prevé en la normativa específica que, en algunos aspectos, se remite a la legislación de contratos públicos (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) (*infra* § 30.64).

62. Existen contratos cuya exclusión de la LCSP y determinación de su régimen jurídico plantea muchas dudas en la práctica. Es el caso, por ejemplo, de los **contratos de patrocinio**, vinculados a la realización de actividades deportivas o culturales. Piénsese en el patrocinio de la Vuelta Ciclista a España por parte de un municipio por el que transcurre la carrera, que se manifiesta en forma de carteles y otras posibles formas de publicidad. En algunos casos, estos contratos pueden encubrir subvenciones y, por tanto, ser nulos. Al respecto, es de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 7/2018, sobre admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos.

63. Del catálogo de exclusiones contenido en la LCSP, conviene detenerse en la relativa a los convenios y encomiendas de gestión (art. 6 LCSP). En primer lugar, los **convenios de colaboración**, regulados con carácter general en los artículos 47 ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) (*supra* § 13.46), pueden llegar a considerarse un contrato público-público desde el punto de vista del Derecho europeo; serían una técnica de cooperación horizontal (*supra* § 19.24). Piénsese, por ejemplo, en el convenio celebrado entre una universidad pública y un ministerio para la realización conjunta de actividades de formación e investigación. Estos convenios se pueden celebrar directamente, sin necesidad de una licitación previa, siempre que se cumplan una serie de condiciones, que se han configurado progresivamente en la jurisprudencia del TJUE hasta cristalizar en la regulación prevista en la actualidad en la Directiva 2014/24/UE (art. 12.4). El artículo 6.1 LCSP recoge estas condiciones. Se excluyen de la aplicación de la ley los convenios celebrados entre Administraciones públicas, entidades dependientes con personalidad jurídico-pública (por ejemplo, una entidad pública empresarial) y entidades con personalidad jurídico-privada (por ejemplo, una sociedad mercantil pública), siempre que estas últimas sean poder adjudicador, en la medida en que concurran tres condiciones: a) las partes **no tienen vocación de mercado**, que se presume si realizan en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por 100 de las actividades objeto de colaboración; b) se desarrolla una cooperación para garantizar **objetivos de interés común** ligados a la prestación de los servicios públicos que les incumben; y c) la cooperación se guía únicamente por consideraciones de **interés público** (en detalle, SANTIAGO, 2024).

64. En la jurisprudencia del TJUE se encuentran numerosos ejemplos de cooperación horizontal a través de los cuales se afinan los criterios de aplicación de las condiciones expuestas. Así, la STJUE de 28 de mayo de 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* (ISE), C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395, se refiere a un supuesto en el que la ciudad de Colonia y el *Land* de Berlín habían celebrado dos contratos que preveían la cesión gratuita a Colonia de un *software* para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos desarrollado por Berlín. Los desarrollos realizados por ambas partes en ese *software* se compartirían. Más problemáticos son los casos en que el convenio articula la realización de una prestación por una parte y el reembolso de costes por la contraparte, ya que el TJUE pone en duda que siempre exista de una verdadera cooperación (por ejemplo, en la STJUE de 4 de junio de 2020, *Remondis*, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436).

65. Además de los **convenios** entre dos entidades públicas, el artículo 6.2 LCSP excluye los convenios que celebren entes del sector público con **personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado**, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en la ley o en normas administrativas especiales. Esta excepción solo puede hacerse compatible con el Derecho europeo en la medida en que no se cumplan los requisitos de los contratos públicos, por ejemplo, porque no exista onerosidad. Ese sería el caso en un convenio celebrado por una universidad pública con una empresa privada para la realización de prácticas externas por parte de sus estudiantes.

66. El art. 6.3 LCSP excluye también del ámbito de aplicación de la LCSP las **encomiendas de gestión**, que se regulan en el art. 11 LRJSP (*supra* § 8.63). A través de esta técnica se encomienda la realización de actividades de carácter material o técnico de unos órganos administrativos o de entidades de Derecho público a otros órganos administrativos o entidades de Derecho público de la misma o de distinta Administración. Ello puede justificarse por razones de eficacia o por ausencia de medios. Este tipo de relación también podría llegar a encajar en el concepto de contrato público-público del Derecho europeo (*supra* § 19.24). Por esa razón, se establecen dos límites a su utilización: desde el punto de vista subjetivo esta técnica no puede emplearse con entidades del sector público de **naturaleza jurídico-privada** (fundaciones y sociedades públicas); y desde el punto de vista objetivo se prohíbe que las encomiendas de gestión tengan por objeto **prestaciones propias de los contratos** regulados en la LCSP. En el caso de que no sea posible emplear la encomienda de gestión por una de estas dos razones o por las dos, la LRJSP se remite a la LCSP.

67. La regulación vigente ha reducido de forma considerable el margen para realizar encomiendas de gestión. No obstante, es posible encontrar ejemplos de encomiendas realizadas conforme al marco legal vigente. Así, por ejemplo, es habitual que las **universidades públicas** articulen una **encomienda de gestión** con el Organismo Autónomo Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (**ANECA**), de la Administración General del Estado, con el fin de que evalúe la actividad investigadora del personal docente e investigador contratado. Se trata de un objeto que no es susceptible de un contrato público, ya que las universidades públicas requieren un sistema de evaluación equiparable al que realiza ANECA para el personal funcionario.

68. La LCSP prevé la posibilidad de que una entidad del sector público quiera encomendar prestaciones propias de los contratos públicos a otra entidad del sector público, ya tenga naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada, a cambio de una compensación tarifaria. Se trata de contratos público-públicos, desde la perspectiva del Derecho europeo, que se excluyen del deber de licitar si concurren una serie de condiciones; se trataría de fórmulas de **cooperación vertical**. Para diferenciar esta técnica de las encomiendas de gestión, el legislador se refiere a **encargos a medios propios**. A diferencia de los convenios, que se excluían del ámbito de aplicación de

la LCSP, los encargos a medios propios, aunque no se someten a las reglas de licitación, sí se incluyen en el ámbito de aplicación de la LCSP, que los regula de forma detallada en los artículos 32 y 33 LCSP, dando cumplimiento a las exigencias del Derecho europeo. El artículo 32 LCSP se refiere a los encargos realizados por poderes adjudicadores y el artículo 33 LCSP a los encargos que realizan entes del sector público que no son poder adjudicador. En esta lección solo se expone el contenido del artículo 32 LCSP.

69. El artículo 32.1 LCSP afirma que el encargo que cumpla con los requisitos indicados no tendrá la consideración de contrato. A este respecto, hay que tener en cuenta que el legislador español no cuestiona aquí que se trate de contrato público desde la perspectiva del Derecho europeo, sino que **no es contrato** a efectos de aplicar las **reglas de licitación** previstas en la propia LCSP.

70. Para que un poder adjudicador pueda realizar un encargo a otra entidad de forma directa, sin necesidad de licitar, la entidad que recibe el encargo debe cumplir cumulativamente una serie de requisitos, que la convierten en medio propio. El Derecho europeo exige tres condiciones, que se han plasmado como sigue en la legislación interna (art. 32.2 LCSP): a) el poder adjudicador ejerce sobre la entidad un **control, directo o indirecto, análogo** al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, que suponga una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas; b) **más del 80 por 100 de las actividades** de la entidad controlada debe realizarse en el ejercicio de los cometidos confiados por el poder adjudicador que la controla —se toma como referencia la actividad de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo—; y c) si el ente tiene naturaleza jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio debe ser de **titularidad pública**, no puede haber ninguna participación privada. El legislador añade, además, la exigencia de que los estatutos o acto de creación de la entidad reconozcan la condición de medio propio (art. 32.2 d) LCSP) —al respecto, NOGUERA, 2024—.

71. La interpretación de los requisitos para ser considerado medio propio da lugar a numerosos problemas en la práctica. En la jurisprudencia del TJUE es posible encontrar interesantes pronunciamientos. Así, por ejemplo, sobre el criterio del control análogo se apunta a la necesidad de analizar si la entidad tiene o no **vocación de mercado** (STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Sea*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:605), a la amplitud del **objeto social** (STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605) o al control que se ejerce por los **órganos de gestión** de la entidad (STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562).

72. La realización de encargos a medios propios suele tener sentido descendente, como se ha visto: el ente que controla al medio propio le realiza el encargo, que será de ejecución obligatoria. Sin embargo, la ley también prevé los **encargos ascendentes**, en los que el medio propio encarga la realización de una prestación a la entidad que lo controla; así como los **encargos horizontales**, entre entidades que ostentan la condición de medio propio con respecto a la misma entidad matriz (art. 32.3 LCSP) —por ejemplo, un ayuntamiento puede tener dos sociedades públicas que cumplan las condiciones de medio propio: entre ellas podrían realizarse encargos de forma directa, sin necesidad de licitar—. En la misma línea, caben **encargos a medios propios conjuntos**, esto es, entidades controladas por varios entes del sector público (art. 32.4 LCSP) —un ejemplo típico es la Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P. (TRAGSA) controlada conjuntamente por el Estado, las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla, y un buen número de diputaciones provinciales, cabildos insulares y consells insulars—. —. Sobre esta última modalidad de medio propio se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una importante sentencia (STS 3898/2024, de 4 de julio de 2024, ECLI:EU:TS:2024:3898).

73. Vistas las exigencias para ser considerado medio propio, puede concluirse con facilidad que las entidades que tengan el carácter de medio propio cumplirán también necesariamente con los requisitos para reunir la **condición de poder adjudicador**. Así que deberán someterse a las reglas de la LCSP cuando celebren contratos con terceros en el mercado (art. 32.7 a) LCSP).

4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

4.1. Partes en el contrato

74. En un momento anterior se ha hecho referencia a los tipos de entidades que se someten a las reglas de la LCSP (*supra* § 19.48 ss.). Ahora es necesario determinar qué órgano ostenta la competencia para contratar en cada entidad. Las normas legales o reglamentarias atribuyen la competencia para contratar a los **órganos de contratación**, unipersonales o colegiados, de las distintas entidades del sector público. Esos órganos de contratación tramitan, en su caso, los oportunos procedimientos de adjudicación y celebran los contratos de la persona jurídica en la que se integran. Por supuesto, la competencia para contratar se podrá delegar o desconcentrar (*supra* § 8.58-59), de acuerdo con las normas aplicables en cada caso, en atención a la naturaleza de la entidad contratante (art. 61 LCSP). Además, en cada contrato que celebre, el órgano de contratación debe designar a un **responsable del contrato** —una persona física dentro de la organización o un tercero contratado al efecto, mediante un contrato público—, que se encargará de supervisar la ejecución, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones oportunas para asegurar la correcta realización de la prestación (art. 62 LCSP).

75. Por ejemplo, en un municipio de régimen común (*supra* § 11.9) el órgano de contratación será el **alcalde**, el **pleno** o la **junta de gobierno local** en atención al tipo de contrato, su valor estimado y su duración. Si se trata de un municipio de gran población, como es el caso de Valencia, el órgano de contratación será siempre la junta de gobierno local (DA 2.ª LCSP). En el caso de las sociedades mercantiles públicas, el órgano de contratación puede ser, por ejemplo, el **consejo de administración**, el **gerente** u otro órgano constituido al efecto, dependiendo del valor estimado del contrato y de su duración.

76. Con el fin de evitar situaciones de fraude y corrupción, la ley obliga a los órganos de contratación a adoptar las medidas necesarias para evitar los **conflictos de intereses**. Estos conflictos se producen al concurrir circunstancias que puedan comprometer la imparcialidad e independencia del personal del órgano de contratación (art. 64 LCSP). En esos casos, se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la transparencia e igualdad y evitar restricciones en la competencia. Las oficinas y agencias antifraude de las distintas Administraciones cumplen una importante función en este ámbito.

77. Cada órgano de contratación debe disponer de un **perfil de contratante** que difundirá en internet para asegurar la transparencia y el acceso público a la información y documentos relativos a su actividad contractual, cuya publicación se prescribe en la ley (art. 63 LCSP); sin perjuicio de que en los respectivos portales

de transparencia también se ofrezca la información oportuna sobre la contratación pública de la entidad de que se trate (*infra* § 28.40 ss.). Los perfiles de contratante de las entidades del sector público estatal deberán alojarse obligatoriamente en la **plataforma de contratación del sector público**. En el caso de las entidades del sector público autonómico y local, sus perfiles de contratante deben alojarse en plataformas de contratación similares o directamente en la plataforma de contratación del sector público del Estado (art. 347 LCSP).

78. Una vez determinadas las características de la parte que contrata por el sector público, es momento de centrarse en las características de los operadores económicos o empresarios, en la terminología de la LCSP. El artículo 65 LCSP regula las **condiciones de aptitud** de los empresarios: solo pueden contratar con el sector público personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, ostenten la habilitación empresarial o profesional exigible para realizar las prestaciones objeto del contrato —por ejemplo, la habilitación para ejercer como abogado en un contrato de servicios de representación en juicio—, no estén incursas en prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera, técnica o profesional. La acreditación de estas condiciones de aptitud se regula de forma detallada en la ley (arts. 84-97 LCSP). Además, según los casos, es posible que deban estar debidamente clasificadas, conforme a lo previsto en los artículos 77-83 LCSP.

79. Las **prohibiciones de contratar** son circunstancias previstas en la ley que impiden que un empresario contrate con el sector público. Se refieren a situaciones graves como, por ejemplo, haber sido condenado por sentencia firme por delitos graves (terrorismo, corrupción, cohecho, etc.); haber solicitado la declaración de concurso voluntario; o no hallarse al corriente de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social. También pueden vincularse a un comportamiento inadecuado en licitaciones previas como retirar indebidamente una proposición o candidatura, no haber formalizado el contrato por una causa imputable al propio adjudicatario o haber incumplido condiciones especiales de ejecución (art. 71 LCSP). Dependiendo de la causa concreta, la prohibición de contratar se podrá declarar por el órgano judicial en sentencia firme, por el órgano de contratación, por el ministro competente en el Estado y por el órgano competente en las comunidades autónomas. Si la entidad contratante no es una Administración pública, la prohibición de contratar se declarará por el órgano competente de la Administración a la que esté vinculada (art. 72 LCSP). El alcance de los efectos de la prohibición de contratar se regula en el artículo 73 LCSP.

80. La **solvencia** se refiere a las condiciones mínimas que debe reunir un operador económico para realizar adecuadamente la prestación que es objeto del contrato. Debe contar con medios económicos y financieros, profesionales y técnicos suficientes para ejecutar el contrato en caso de resultar adjudicatario (art. 74 LCSP). Los criterios que permiten medir la solvencia se precisan en los pliegos y deben ser proporcionados al objeto del contrato —más adelante se desarrolla esta cuestión (*infra* § 19.99)—. Por supuesto, es posible que la solvencia —siempre que se acredite una solvencia mínima— se **integre con medios externos**, por ejemplo, gracias a la colaboración de otras entidades, siempre que se acredite que, efectivamente, se dispondrá de esa solvencia durante la ejecución del contrato y que la entidad o entidades con las que se colabore no estén incursas en prohibición de contratar (art. 75 LCSP). En esa línea, en ocasiones los operadores constituyen **uniones de empresarios**, conocidas como UTE (uniones temporales de empresas), para concurrir a las licitaciones de forma conjunta (art. 69 LCSP).

4.2. Necesidad y objeto del contrato

81. Para celebrar un contrato en el marco de la LCSP, las entidades del sector público deben identificar de forma precisa una **necesidad** vinculada a su actividad institucional, que constituirá el objeto del contrato (art. 28 LCSP). Ese objeto será determinado y no podrá fraccionarse para disminuir su cuantía y eludir las exigencias de adjudicación previstas en la ley (*infra* § 19.113 ss.). Ahora bien, salvo que se motive adecuadamente, el contrato deberá **dividirse en lotes**, cuya realización pueda ser independiente. De ese modo se facilita el acceso a las pymes a la contratación pública. En cada lote se celebrará un contrato, aunque para determinar las normas de publicidad y de procedimiento de adjudicación se atenderá al **valor acumulado** de todos los lotes (art. 99 LCSP).

82. Por ejemplo, en un contrato licitado por un ayuntamiento para la recogida de residuos sólidos urbanos, no cabe fraccionar el contrato haciendo contratos cada 6 meses para que tengan menor relevancia económica y se puedan adjudicar de forma directa o con procedimientos más sencillos. Habrá que identificar la necesidad en su conjunto, que es la recogida de residuos sólidos en todo el municipio de forma continuada para satisfacer las exigencias impuestas por la legislación de régimen local. Ahora bien, la prestación puede llevarse a cabo de forma independiente por **lotes**. Esos lotes podrían corresponderse con los distritos de la ciudad, con los barrios o con otro criterio razonable en atención a las necesidades del servicio. De esa manera, empresas de menor tamaño podrían competir para llevar a cabo la prestación en cada uno de los lotes, ya que probablemente carecerían de la solvencia necesaria para ejecutar un contrato que no se dividiera en lotes.

83. El **plazo de duración** de los contratos depende del tipo de contrato y de su forma de financiación —como regla general, cinco años máximo para contratos de suministro y servicios, incluyendo posibles prórrogas, y el tiempo necesario para recuperar las inversiones en las concesiones de obras y servicios, con unos límites máximos fijados en la ley en atención al objeto del contrato (art. 29.4 y 6 LCSP)—. La ley impone, además, que periódicamente se liciten los contratos con el fin de abrir la competencia en el mercado (art. 29.1 LCSP). El contrato puede prever una o varias **prórrogas**, que se acordarán por el órgano de contratación y será obligatoria para el contratista, si se preavisa con un mínimo de dos meses de antelación a la finalización de la duración del contrato, salvo que el pliego establezca un plazo mayor. En ningún caso cabe la prórroga por consentimiento tácito de las partes; en la realidad esta práctica ha dado lugar a numerosos problemas jurídicos (AGUADO, 2017). Durante el periodo de prórroga las características del contrato se mantienen inalterables, sin perjuicio de que puedan introducirse modificaciones conforme al régimen legal previsto (*infra* § 19.128).

84. El art. 29.4 LCSP prevé una **prórroga *ex lege*** de los contratos para garantizar la **continuidad** de la prestación, siempre que existan razones de interés público. Por ejemplo, en un contrato que tenga por objeto la recogida de residuos sólidos urbanos que va a terminar sin que se pueda adjudicar a tiempo un nuevo contrato. Esta prórroga legal tiene un periodo máximo de nueve meses. Para que se active es necesario que tres meses antes de que termine el contrato originario —que será objeto de prórroga— se publique un anuncio de licitación para abrir un procedimiento de adjudicación del nuevo contrato y que no pueda adjudicarse el nuevo contrato por acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación.

4.3. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato

85. Una vez que se ha determinado el objeto del contrato, el órgano de contratación puede calcular el **presupuesto base de licitación**. Este concepto se refiere al límite de gasto que puede comprometer el órgano de contratación; es un concepto de naturaleza presupuestaria. Deberá calcularse con arreglo a los precios de mercado —desglosando en el pliego los costes directos e indirectos y otros gastos— e incluir el IVA, como regla general (art. 100 LCSP). También deben incluirse todos los lotes. No se toman como referencia, sin embargo, las posibles prórrogas y las modificaciones previstas.

86. El presupuesto base de licitación se diferencia del **valor estimado** (VEC) del contrato. El valor estimado se toma como referencia en la ley para establecer umbrales económicos que diferencian entre contratos armonizados y no armonizados o permiten utilizar determinados procedimientos de adjudicación. Este concepto está ligado a la garantía de la competencia en el mercado. Los operadores económicos interesados deben poder calcular cuál será el volumen económico del contrato en su conjunto para formular sus ofertas. Por esa razón, en el cálculo del valor estimado se excluye el IVA, se toman como referencia todos los lotes del contrato y se incluyen conceptos como las posibles prórrogas del contrato y los modificados previstos en los pliegos (art. 101 LCSP) —sobre estos conceptos, MOREO, 2024—.

87. Una vez adjudicado el contrato se determinará el **precio** del contrato, con arreglo a la oferta presentada por el adjudicatario y que incluirá el IVA, en su caso. El precio será cierto y se abonará de acuerdo con lo pactado y en función de la prestación efectivamente ejecutada (art. 102 LCSP). Podrá fijarse a tanto alzado por el conjunto de las prestaciones o formularse por precios unitarios, referidos a los componentes de la prestación o las unidades que se entreguen —por ejemplo, en un contrato de compra de combustible para calefacción de edificios públicos, se puede fijar el precio en atención a la unidad (precio por litro)—. Además, en los pliegos contractuales se podrá fijar la forma de **revisión de precios** conforme a lo establecido en la ley (arts. 103-105 LCSP).

4.4. Garantías

88. La LCSP prevé la posibilidad de que los órganos de contratación exijan garantías a los licitadores. Con ellas se busca equilibrar los costes derivados del procedimiento de adjudicación, evitando que devenga inútil. Hay dos tipos posibles de garantías: provisional y definitiva. La **garantía provisional** se exige a los participantes en la licitación para responder del mantenimiento de las ofertas presentadas hasta el perfeccionamiento del contrato. Las Administraciones solo pueden exigirla de forma excepcional y motivada y dentro de los límites cuantitativos establecidos legalmente (art. 106 LCSP). La **garantía definitiva** se exige únicamente a los licitadores que hayan presentado la mejor oferta, una vez tramitado el procedimiento de adjudicación.

Esta garantía responde de la correcta ejecución de la prestación objeto del contrato. También tiene límites cuantitativos establecidos en la ley (art. 107 LCSP). En ambos casos —garantía provisional y garantía definitiva— el régimen aplicable a los entes que no son Administración pública también es más flexible que en el caso de las Administraciones públicas (art. 114 LCSP).

89. En paralelo a la constitución de garantías por los licitadores o adjudicatarios, la ley prevé **deberes indemnizatorios** de la Administración. De este modo, en el caso de que el órgano de contratación **cancele una licitación** en curso antes de la formalización del contrato —decisión de no adjudicar o desistimiento (art. 152 LCSP)—, los participantes tendrán derecho a una indemnización por los gastos de preparación y participación en el procedimiento (art. 152.2 LCSP). Asimismo, cuando deba **suspenderse** la ejecución de un contrato, se prevén indemnizaciones a favor del contratista (art. 208 LCSP). Lo mismo sucede en determinados casos en que deba procederse a la **resolución** del contrato por causas imputables al órgano de contratación, como la imposibilidad de modificar el contrato (art. 211 g) y 213.4 LCSP).

5. LA VIDA DEL CONTRATO PÚBLICO

90. Una vez expuestos los elementos estructurales de los contratos, es preciso atender a la regulación legal de la vida del contrato, que se articula en varias fases: preparación, adjudicación y formalización, y efectos, cumplimiento y extinción. El régimen jurídico aplicable dependerá del tipo de entidad contratante, del objeto del contrato y de su volumen económico, fundamentalmente. Al respecto, hay que tener en cuenta que se establecen reglas diferenciadas, tanto para la adjudicación, como, especialmente en la fase de ejecución, para los contratos de obras, suministro y servicios y las concesiones de obras y servicios. Por esa razón, cuando se celebra un **contrato mixto**, que incorpora prestaciones de distintos tipos contractuales, se establece un régimen *ad hoc*. Si es un contrato mixto con prestaciones de obras, suministros o servicios, se adjudicará conforme a las reglas de la prestación principal (art. 18.1 a) LCSP). Si se introducen prestaciones de contratos y de contratos de concesión, se prevén reglas especiales (art. 18.1 b) LCSP).

91. La adecuada aplicación de la ley para ordenar la contratación del sector público requiere una buena programación y dotación de medios por parte de la entidad contratante. Se trata de un régimen jurídico complejo, cuya aplicación exige un alto grado de especialización. Por esa razón, se prevé la elaboración de un **plan de contratación** por las entidades del sector público, con carácter anual o plurianual, que recoja, como mínimo, los contratos armonizados y que se dé a conocer mediante un anuncio de información previa (art. 28.4 LCSP).

92. Las entidades contratantes pueden realizar **consultas preliminares del mercado** para realizar estudios de mercado y consultar a los operadores económicos con el fin de preparar correctamente la licitación. En esos casos, la ley prevé una serie de límites para evitar que, por esta vía, se puedan distorsionar las reglas de la competencia, favoreciendo en un momento posterior a los operadores económicos que hayan participado en las consultas (art. 115 LCSP). Junto a este tipo de consultas es posible contactar con los operadores económicos por otras vías más flexibles e informales, siempre que se tomen medidas para no alterar la competencia.

5.1. Preparación

5.1.1. Expediente de contratación

93. La celebración de contratos públicos requiere la tramitación de un expediente, que se inicia por el órgano de contratación motivando la **necesidad** del contrato. Al expediente se incorporan los **pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP)** y los **pliegos de prescripciones técnicas particulares (PPT)** que regirán el contrato y que vinculan a las partes (COLÁS, 2024). En el expediente se deben justificar distintos aspectos, como la elección del procedimiento de adjudicación, los criterios de solvencia exigidos, los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución, el valor estimado del contrato y la necesidad del contrato (art. 116.4 LCSP). También forma parte del expediente el **certificado de existencia de crédito**, que es un requisito esencial de la preparación, cuya ausencia determina la nulidad del contrato (art. 39.2 b) LCSP). Cuando se ha completado el expediente, el órgano de contratación dicta una resolución que aprueba el expediente y dispone la apertura del procedimiento de adjudicación. Esa resolución debe publicarse en el perfil de contratante (art. 117 LCSP).

94. Junto a la tramitación ordinaria del expediente, el legislador prevé su **tramitación urgente** cuando el contrato responde a una necesidad inaplazable o la adjudicación debe acelerarse por razones de interés público. La utilización de esta modalidad de tramitación debe motivarse adecuadamente. El expediente urgente se tramita del mismo modo que un expediente ordinario, pero se da preferencia en su tramitación y se reducen los plazos (art. 119 LCSP).

95. La LCSP prevé también un régimen de **tramitación de emergencia** que puede utilizarse cuando deba actuarse inmediatamente debido a acontecimientos catastróficos o situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional (art. 120 LCSP) —durante la pandemia de Covid-19 se empleó esta vía para la contratación de suministros, fundamentalmente, pero también de servicios y, en menor medida, de obras; lo mismo sucedió en relación con la erupción del volcán Tajogaite en la isla de La Palma en 2021 o con la DANA de Valencia de 2024—. En estos casos no se tramita expediente de contratación y es posible contratar libremente sin sujetarse a los requisitos legales, incluso el relativo a la existencia de crédito suficiente. Es necesario, eso sí, que el objeto del contrato esté directamente vinculado a la situación excepcional y que su ejecución se inicie en el plazo máximo de un mes. Este es el único supuesto en que la ley prevé la **contratación verbal** (art. 37.1 LCSP), sin perjuicio de que, con posterioridad, se deba realizar un exhaustivo control de estos contratos.

96. Dentro del expediente hay que prestar especial atención a los PCAP y los PPT. Los **PCAP** son el documento que diseña los criterios de solvencia y de adjudicación del contrato, las condiciones especiales de ejecución, los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones de las partes. Contiene las cláusulas que formarán parte del contrato, de ahí que se denomine habitualmente la **ley del contrato**. Los **PPT** definen la prestación que será objeto del contrato, especificando su calidad, las condiciones sociales y ambientales, en su caso (art. 124 LCSP). Concretan, por ejemplo, qué medios personales, materiales o tecnológicos requiere la realización de la prestación —así en un contrato de servicios de vigilancia y seguridad determinan en qué horario habrá vigilantes con o sin arma en determinados espacios de los edificios públicos y el mínimo de rondas de control que deberán realizar—. En esa

descripción de la prestación requerida deben asegurar la **igualdad** y no crear obstáculos injustificados a la **competencia** (art. 126 LCSP). Con base en los pliegos, los interesados podrán formular sus ofertas. Una vez que se aprueban por el órgano de contratación, como parte del expediente, solo pueden modificarse por error material, de hecho o aritmético. Si fuera necesario modificarlos, deberían retrotraerse actuaciones. Es más, si los pliegos contuvieran determinaciones ilegales, debería cancelarse la licitación (arts. 122 y 124 LCSP). La presentación de proposiciones por parte de los licitadores supone la **aceptación incondicionada** de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos (art. 139.1 LCSP).

97. Las prescripciones técnicas no pueden definir el objeto del contrato incumpliendo los principios generales de la contratación. Eso es lo que sucedía en un contrato de prestación de servicios de salud licitado por el Gobierno vasco en el que se exigía como prescripción técnica que las prestaciones médicas —procedimientos quirúrgicos de oftalmología— se efectuaran por centros hospitalarios privados situados exclusivamente en el término municipal de Bilbao, que podía no ser el del domicilio de los pacientes que van a recibir las prestaciones. El TJUE consideró que esa exigencia excluye automáticamente a los licitadores que no la satisfagan, aunque cumplan el resto de los requisitos de la licitación, y es contraria a los principios de igualdad y no discriminación de todos los licitadores (STJUE de 22 de octubre de 2015, *Grupo Hospitalario Quirón*, C-552/13, ECLI:EU:C:2015:713).

98. El legislador prevé la posibilidad de que las Administraciones territoriales o generales aprueben **pliegos de cláusulas administrativas generales** (art. 121 LCSP) y **pliegos de prescripciones técnicas generales** (art. 123 LCSP), que servirían de referencia para la aprobación de PCAP y PPT para todos los contratos con objeto análogo. Por ejemplo, el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado. En la práctica, se discute su posible **naturaleza reglamentaria** (GARCÍA, 2022, 71 ss.).

5.1.2. Criterios de solvencia y criterios de adjudicación

99. Los PCAP concretan los **criterios de solvencia** y los criterios de adjudicación. Es importante diferenciar entre ambos. Los primeros se refieren a los requisitos que deben cumplir todos los operadores económicos interesados en el contrato. Se refieren a la solvencia económica y financiera, técnica y profesional que requiere la ejecución del contrato, en caso de ser adjudicatario. No suponen, por tanto, una vía para comparar entre licitadores, sino que constituyen las condiciones idóneas y necesarias para que el contrato se ejecute correctamente. Es importante que estos criterios sean **proporcionados** y que estén **vinculados al objeto del contrato**, con el fin de no restringir la competencia de forma inadecuada y asegurar la correcta realización de la prestación. Por ejemplo, sería un criterio de solvencia inadecuado exigir varios años de experiencia ejecutando contratos del mismo tipo con la misma entidad contratante, puesto que una empresa que haya ejecutado contratos para entidades distintas puede estar en condiciones de realizar adecuadamente la prestación contractual.

100. La selección y concreción de los **criterios de adjudicación** o criterios de valoración de las ofertas constituye una de las decisiones más relevantes en el diseño de una licitación. A través de estos criterios se seleccionará la oferta económicamente más ventajosa, entendida como la oferta que presenta una mejor relación calidad-precio, y se garantizará el cumplimiento de los principios ligados a la contratación

pública. El órgano de contratación se **autovincula** cuando fija los criterios de adjudicación, asumiendo que en el momento de valoración de las ofertas únicamente podrá tener en cuenta dichos criterios y no otros. Dicho de otro modo, la adjudicación solo puede apoyarse en los criterios establecidos en la documentación contractual (STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422). Estos criterios deben cumplir una serie de condiciones en todo caso (art. 145.5 LCSP): estar **vinculados al objeto del contrato**, formularse de forma **objetiva** y permitir la **comparación** entre las ofertas.

101. Existen distintos tipos de criterios de adjudicación en atención a su carácter. Pueden ser **criterios económicos** y cualitativos —relacionados con los costes y con la calidad de la prestación, por ejemplo, el servicio de atención posventa en un contrato de suministro— o **criterios no económicos** —ligados, por ejemplo, a la estabilidad en el empleo o a la eficiencia energética—. En ambos casos, es posible configurar los criterios de modo que sean susceptibles de **aplicación automática** (por ejemplo, porque se puedan aplicar con referencia a fórmulas matemáticas) o que requieran la realización de un **juicio de valor** (porque exijan la valoración de aspectos sustantivos como, por ejemplo, un criterio que se refiera a la manera de abordar aspectos críticos en la ejecución del contrato). Los primeros suelen denominarse habitualmente criterios objetivos y los segundos criterios subjetivos. La ley incentiva que se utilice una **pluralidad de criterios** de adjudicación, aunque si se utiliza solo uno, debe estar relacionado con los costes (arts. 145.1 y 146.1 LCSP). No obstante, se prevén algunos casos en los que obligatoriamente debe aplicarse más de un criterio de adjudicación (art. 145.3 LCSP).

102. Cuando se emplea una pluralidad de criterios, en los PCAP debe establecerse la **ponderación** que se atribuye a cada criterio de adjudicación o enumerarlos por orden decreciente de importancia (art. 146.3 LCSP). Por ejemplo, señalar una puntuación total máxima de hasta 100 puntos y precisar los puntos máximos que se atribuyen a cada criterio. Además, la ley señala que se debe dar **preponderancia** a los criterios susceptibles de aplicación **automática** a través de fórmulas (art. 146.2 LCSP). En los pliegos se pueden prever **criterios de desempate** conforme a lo establecido en el artículo 147 LCSP. Este mismo precepto prevé criterios de desempate que rigen en el caso de que no haya previsión en los pliegos; por ejemplo, porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas.

5.1.3. Condiciones especiales de ejecución

103. Las **condiciones especiales de ejecución** también se prevén en los pliegos contractuales. Tienen una función distinta de la señalada para los criterios de solvencia y de adjudicación. Las condiciones especiales de ejecución son obligaciones que debe cumplir el licitador que resulte **adjudicatario** del contrato. No sirven, por tanto, para comparar entre ofertas, ni establecen un mínimo de solvencia que asegure la correcta ejecución. Aluden a exigencias que deben cumplirse en la ejecución del contrato, como una concreta adscripción de medios, o la satisfacción de condiciones de carácter social, laboral y medioambiental, en los términos que especifica el art. 202 LCSP. El incumplimiento de estas condiciones puede dar lugar a la imposi-

ción de **penalidades** (art. 192.1 LCSP) e incluso puede estar ligado a la **resolución** del contrato —si se consideran condiciones esenciales (art. 211.1 f) LCSP)— o a la imposición de una **prohibición de contratar** (art. 71.2 c) LCSP) en los términos establecidos en el contrato conforme a las previsiones legales.

104. Como regla general, los criterios relativos al **arraigo territorial** de una empresa no pueden utilizarse como criterio de solvencia o de adjudicación porque introducirían un componente discriminatorio con respecto a los operadores económicos que no están ubicados en el territorio de la entidad contratante. También puede ser desproporcionado establecer esa exigencia como una prescripción técnica. Piénsese, por ejemplo, en un criterio de adjudicación que otorgara más puntos a la oferta presentada por una empresa que tenga su sede en el término municipal de la entidad contratante. Ahora bien, estos criterios pueden tener sentido como condiciones especiales de ejecución si son proporcionados y están vinculados con el objeto del contrato.

105. Por ejemplo, en un **contrato de teleasistencia domiciliaria** se consideró conforme a Derecho una condición especial de ejecución conforme a la cual el centro de atención a los usuarios 24 horas debía estar ubicado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Se justificó en que los trabajadores debían conocer y estar familiarizados con el conjunto del sistema de servicios sociales que es de competencia autonómica (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 406/2019, de 17 de abril). Por el contrario, en un contrato de **servicios de vigilancia y seguridad** licitado por la Inspección de Trabajo y Seguridad social se consideró desproporcionado que en las prescripciones técnicas se exigiera contar con una oficina o representación permanente en cada una de las islas en las que se prestaba el servicio (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 140/2020, de 30 de enero).

5.1.4. Cláusulas sociales, laborales y medioambientales

106. Se ha señalado anteriormente la importancia de la contratación estratégica (*supra* § 19.7). El órgano de contratación debe velar por introducir criterios sociales, laborales o medioambientales que, en todo caso, deben estar vinculados con el objeto del contrato. Esos criterios pueden proyectarse en la propia forma de describir el objeto del contrato; pueden configurarse como criterio de solvencia (arts. 86 ss. LCSP) o como criterio de adjudicación (art. 145.2 LCSP). La ley solo impone que en cada contrato se establezca una condición especial de ejecución de este tipo (art. 202 LCSP). Para guiar a los órganos de contratación, existen múltiples **manuales y guías de buenas prácticas**, tanto a nivel europeo como interno. En cualquier caso, es importante que el órgano de contratación pueda comprobar el **efectivo cumplimiento** de los criterios de este tipo.

107. En la práctica, la configuración de criterios estratégicos como **criterios de adjudicación** es muy problemática, puesto que no siempre es fácil establecer el **vínculo con el objeto del contrato**. Esta situación se agrava en relación con los criterios sociales y laborales y es algo más sencillo con los criterios medioambientales (DÍEZ, 2017). No es claro, por ejemplo, que un contrato de servicios de limpieza vaya a ejecutarse de forma más eficaz si los trabajadores que participan en su ejecución tienen medidas de conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar. Aunque sí parece posible establecer en un contrato de suministro y mantenimiento de máquinas de café un criterio de adjudicación relativo a que el café y el té procedan de comercio justo o de agricultura ecológica (STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión c. Países Bajos*, C-368/10. ECLI:EU:C:2012:284).

5.2. Adjudicación y formalización

108. La fase de preparación de los contratos termina con la aprobación del expediente y el inicio del procedimiento de adjudicación (art. 117 LCSP). En algunos casos, se permite la adjudicación directa sin procedimiento de adjudicación. Aunque lo habitual será que se tramite alguno de los procedimientos que se exponen seguidamente.

5.2.1. Adjudicación directa

109. Excepcionalmente la adjudicación de los contratos públicos puede realizarse de forma directa, esto es, sin abrir un procedimiento competitivo previo. El caso paradigmático es el de los denominados **contratos menores**. Debido a su valor estimado estos contratos tienen poco impacto en el mercado y pueden adjudicarse directamente, sin necesidad de elaborar pliegos. Se trata de una regla *de minimis*, ya que los beneficios derivados de la licitación probablemente no superarían a los costes que supone el procedimiento, tanto para la entidad contratante como para los operadores económicos. En estos casos, las Administraciones públicas deben tramitar un expediente, en los términos establecidos en el art. 118 LCSP y publicar periódicamente los contratos celebrados por esta vía (art. 63.4 LCSP). También los PANAP y los entes del sector público que no son poder adjudicador pueden adjudicar directamente estos contratos. Los **umbrales** vigentes para la adjudicación directa son: valor estimado inferior a 40.000 euros en los contratos de obras y valor estimado inferior a 15.000 euros en los contratos de suministro y servicios (arts. 118.1, 318 a) y 321.2 a) LCSP).

110. Como excepción a los umbrales señalados, pueden adjudicarse directamente los contratos de suministro o servicios de valor estimado igual o inferior a 50.000 euros que celebren los agentes públicos del sistema español de **ciencia, tecnología e innovación**, siempre que no se destinen a servicios generales y de infraestructura —esto es, necesidades habituales para realizar sus funciones— (DA 54.ª LCSP).

111. Los contratos menores no pueden ser una vía para **fraccionar el objeto del contrato** y evitar la tramitación del procedimiento de adjudicación correspondiente (art. 99.2 LCSP). Así, por ejemplo, sería adecuado celebrar un contrato menor para obtener un dictamen jurídico en un supuesto puntual de especial complejidad, pero no podrían celebrarse sucesivos contratos menores para contratar un asesoramiento jurídico continuado para el funcionamiento ordinario de la entidad contratante, por ejemplo, en materia laboral o tributaria. En este último caso, sería necesario licitar el contrato.

112. La LCSP prevé otros supuestos de adjudicación directa junto a los contratos menores. Así, la contratación de **actividades docentes** en centros del sector público (cursos de formación, seminarios, conferencias, etc.) que se realicen directamente por personas físicas, puede articularse sin aplicar las reglas de preparación y adjudicación de la ley. Basta con que se realice un nombramiento conforme al art. 310 LCSP. En el mismo sentido, se prevé que en los contratos de **asistencia sanitaria** en supuestos de **urgencia** y con valor estimado inferior a 30.000 euros, no se apliquen las reglas de preparación y adjudicación de la ley (art. 131.4 LCSP). También cabe adjudicar directamente, siguiendo las reglas de los contratos menores, los **contratos de suscripción a revistas, otras publicaciones y bases de datos**, siempre que no tengan carácter armonizado (DA 9.ª LCSP).

5.2.2. Procedimientos de adjudicación

113. La ley prevé varios tipos de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, con independencia de su objeto. El procedimiento abierto y el procedimiento restringido son **procedimientos ordinarios**, en la medida en que se pueden utilizar en cualquier contrato sin necesidad de que concurra ninguna circunstancia particular. En ninguno de ellos es posible negociar los términos del contrato. En el **procedimiento abierto** puede participar cualquier licitador interesado (art. 156 LCSP). Se prevé una modalidad simplificada para contratos por debajo de determinado umbral económico (art. 159.1 LCSP) y una versión súper simplificada para contratos que todavía tengan un valor estimado inferior (art. 159.6 LCSP). En el **procedimiento restringido** cualquier empresa interesada puede presentar una solicitud de participación y solo presentarán proposiciones los empresarios que seleccione el órgano de contratación en atención a su solvencia (art. 160 LCSP). Junto a los procedimientos ordinarios, hay **procedimientos extraordinarios**, que solo pueden utilizarse si concurren ciertas circunstancias o situaciones previstas en la ley. Es el caso del procedimiento con negociación, que tiene dos variantes, **licitación con negociación** y **negociado sin publicidad**. Las situaciones en que pueden utilizarse se prevén en los artículos 167 y 168 LCSP, respectivamente. En ambos casos, el órgano de contratación determina qué aspectos serán susceptibles de negociación con los licitadores. En la misma línea, el **diálogo competitivo** se puede utilizar únicamente en los casos previstos legalmente (art. 172.3 LCSP). Este procedimiento se utiliza para desarrollar a través de un diálogo con los candidatos varias soluciones que puedan servir de base para la presentación de ofertas.

114. Junto a estos procedimientos hay dos más que pueden considerarse específicos, porque responden a una finalidad predefinida en la ley. El procedimiento de **asociación para la innovación** se utiliza para el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los resultados (art. 177 LCSP). Y el **concurso de proyectos** se encamina a la obtención de planos o proyectos (sobre todo de arquitectura, urbanismo, ingeniería y procesamiento de datos) a través de una selección que se encomienda a un jurado (art. 183 LCSP).

115. En todos los procedimientos, salvo en el negociado sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante un **anuncio de licitación**. También se publicará en el BOE, si es una entidad del sector público estatal, o en el DOUE, si el contrato es armonizado (art. 135 LCSP). El anuncio de licitación debe tener el contenido previsto en el Anexo III LCSP. Desde la fecha de publicación del anuncio, el órgano de contratación pondrá a disposición por medios electrónicos a través del perfil de contratante los pliegos y documentación complementaria; solo excepcionalmente se justifica no utilizar medios electrónicos (art. 138 LCSP). El órgano de contratación fijará el **plazo de presentación de las ofertas** o de las solicitudes de participación atendiendo a la complejidad del contrato y a los plazos mínimos fijados en la ley (art. 136 LCSP). En ese plazo los interesados presentarán sus proposiciones

conforme a lo establecido en los pliegos. Como se ha señalado anteriormente (*supra* § 19.96), la presentación de oferta por el licitador supone la **aceptación incondicionada** de las cláusulas y condiciones, sin salvedad o reserva alguna (art. 139.1 LCSP).

116. La instrucción de cada procedimiento presenta sus particularidades, pero puede tomarse como referencia la tramitación del **procedimiento abierto**. En todos los casos, se entiende que la tramitación debería ser **electrónica**, aunque no siempre se cumple con esa exigencia en la práctica. La presentación de la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos previos se realiza a través de una **declaración responsable** (art. 140 LCSP), que debe presentarse en un **sobre o archivo electrónico distinto** al que contenga la proposición (art. 157.1 LCSP). Si se prevé una pluralidad de criterios de adjudicación de distinto carácter la proposición debe presentarse en **dos sobres o archivos electrónicos**: uno con la documentación relativa a criterios susceptibles de juicio de valor, que se abrirá primero, y otro con la documentación vinculada a los criterios de aplicación automática, que se abrirá posteriormente —de este modo se asegura la objetividad de la valoración y el resultado final— (art. 157.2 LCSP). La **mesa de contratación**, que es el órgano de asistencia del órgano de contratación en las Administraciones públicas, se encargará de abrir las proposiciones. Una vez ponderados los criterios de adjudicación previstos en los pliegos, la mesa formulará una **propuesta de adjudicación** al órgano de contratación. Aceptada la propuesta por el órgano de contratación, se **requerirá al licitador propuesto** para que presente, en el plazo establecido, la documentación que acredita el cumplimiento de las condiciones previas, de disponer de los medios vinculados a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva (art. 150.2 LCSP). En el plazo de quince días se **notificará a los licitadores** y candidatos la resolución de adjudicación (art. 151 LCSP). Al respecto, hay que destacar que los plazos expresados en la LCSP, salvo que se disponga otra cosa, se refieren a **días naturales** (DA 12.ª LCSP).

117. Como regla general, en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones públicas el órgano de contratación debe estar asistido necesariamente por una **mesa de contratación** (art. 326 LCSP). En la práctica, los entes que no son Administración pública también suelen nombrar un órgano similar, aunque no se les exija legalmente. La mesa de contratación es un órgano de asistencia técnica especializada que debe realizar las siguientes tareas: a) calificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos; b) valorar las proposiciones de los licitadores; c) proponer en su caso la calificación de una oferta como anormalmente baja —conforme a lo previsto en el artículo 149 LCSP—; y d) proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta de acuerdo con los criterios contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El órgano de contratación es el encargado de nombrar a los miembros de la mesa, de acuerdo con los límites que establece el legislador. La composición se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación. La mesa se compone de un **presidente**, un **secretario** y los **vocales** que se establezcan reglamentariamente. Como regla general el secretario debe ser funcionario y entre los vocales deben figurar necesariamente un funcionario con funciones de asesoramiento jurídico y un interventor —en su defecto, se integrarán personas con funciones de asesoramiento jurídico y de control económico-presupuestario, respectivamente—. Como límite, el legislador prohíbe que participen en la mesa o emitan informes de valoración de las ofertas cargos públicos representativos o personal eventual, o las personas que participaran en la redacción de la documentación técnica del contrato. Sí se permite que se incorpore personal funcionario interino si no se dispone de funcionarios de carrera suficientemente cualificados.

118. La regulación sobre la composición de la mesa de contratación del artículo 326 LCSP no tiene carácter básico (D.F. 1.ª.3 LCSP), de manera que las **comunidades autónomas** pueden establecer reglas específicas para su organización. No obstante, en el caso de las **entidades locales**, la composición de la mesa de contratación se prevé en la DA 2.ª.7 LCSP con carácter básico. A diferencia del régimen general, se permite que formen parte de la mesa miembros electos (concejales, diputados provinciales, consellers insulars en las Illes Balears y consejeros insulares en Canarias), siempre que no supongan más de un tercio del número de miembros de la mesa, así como las personas que participaron en la redacción de la documentación técnica. De este modo se quiere asegurar la posibilidad efectiva de constituir la mesa.

119. Para el **procedimiento abierto simplificado** (art. 159 LCSP) se prevé una composición de la mesa más sencilla (art. 326.6 LCSP). En los casos en que se tramiten procedimientos de **diálogo competitivo** o de **asociación para la innovación**, se prevé que a la mesa se incorporen personas especialmente cualificadas en la materia nombradas por el órgano de contratación (art. 327 LCSP). Finalmente, en los **procedimientos abiertos o restringidos** de las Administraciones públicas en los que los criterios que dependen de juicio de valor supongan una mayor puntuación total que los criterios evaluables automáticamente, se prevé el nombramiento de un **comité de expertos** con cualificación apropiada que debe tener un mínimo de tres miembros, que no podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato que debe realizar la evaluación de ofertas. También se puede encomendar esa valoración a un organismo técnico especializado, que se identifique adecuadamente en los pliegos (art. 146.2 a) LCSP).

5.2.3. Perfeccionamiento y formalización

120. El **perfeccionamiento** de los contratos públicos adjudicados a través de los procedimientos previstos en la LCSP tiene lugar en el momento de su **formalización** (art. 36.1 LCSP), no en el momento de la adjudicación —que se consideraba tradicionalmente el momento de convergencia de las voluntades de las partes de celebrar el contrato—. El desplazamiento temporal del perfeccionamiento del contrato tiene como finalidad asegurar que entre la adjudicación y la celebración del contrato existe un plazo suficiente para que los licitadores —a los que se debe notificar el resultado de la valoración de las ofertas— puedan impugnar de forma rápida y eficaz. Ese plazo de espera (*standstill*) se prevé en los contratos que superan ciertos umbrales económicos en los que se podrá interponer recurso especial en materia de contratación (art. 44 LCSP). Sobre esta cuestión se vuelve más adelante (*infra* § 19.130 ss.). La formalización se realiza en **documento administrativo**, sin perjuicio de que el contratista quiera elevarlo a escritura pública, siempre que corra con los gastos (art. 153 LCSP). Tanto la formalización del contrato como el propio contrato se deben **publicar** en el perfil de contratante y en el DOUE, si el contrato es armonizado.

121. En el caso de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco o los contratos específicos de un sistema dinámico de adquisición (SDA), el **perfeccionamiento** del contrato sí se produce con la **adjudicación**, conforme a las reglas generales del Derecho civil (art. 36.1 y 3 LCSP). En todos los casos, la contratación se realizará por escrito. Únicamente en los contratos tramitados por la vía de emergencia cabe la **contratación verbal** (*supra* § 19.95), sin perjuicio de que deba componerse un expediente con posterioridad, que permita su adecuado control.

5.2.4. Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición

122. Los procedimientos expuestos pueden utilizarse para celebrar **acuerdos marco**, que son una forma de racionalización técnica de la contratación (arts. 219 ss. LCSP). Los acuerdos marco se celebran con una o varias empresas y fijan las condiciones —fundamentalmente, precio y cantidad— en que se celebrarán los **contratos basados**, que se adjudicarán durante un periodo determinado. Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo marco para la adquisición de libros por una biblioteca pública. Permite seleccionar una serie de proveedores con los que después se irán celebrando contratos basados en los términos establecidos legalment , mediante licitación o no (art. 221 LCSP).

123. Los **sistemas dinámicos de adquisición** (SDA) también son una forma de racionalización técnica de la contratación que sirve para adquirir obras, servicios y suministros de uso corriente. Se tramitan de forma totalmente **electrónica**, con una duración limitada y están abiertos a cualquier empresa que cumpla con los criterios de selección durante el periodo de vigencia. La contratación de un SDA se realiza mediante las normas del **procedimiento restringido** con las particularidades previstas en el art. 224 LCSP. Los **contratos específicos** que se adjudiquen en el marco del SDA siempre deberán ser objeto de licitación (art. 226 LCSP).

5.3. Efectos, cumplimiento y extinción

124. Tras la formalización del contrato comienza su fase de ejecución, que estará regida por lo dispuesto en sus **cláusulas**, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas a favor de las Administraciones públicas (art. 189 LCSP) y de las particularidades que se proyectan sobre el Derecho privado en el caso de los contratos celebrados por entidades que no son Administración pública (*supra* § 19.55 ss.). Además de las normas generales para todos los contratos, a las que se alude brevemente a continuación, la ley prevé en el **Título II del Libro II reglas específicas** para cada tipo de contrato (obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios).

5.3.1. Ejecución y cumplimiento del contrato

125. En la ejecución del contrato es posible la **subcontratación** por el contratista de parte de la prestación, como regla general. En esos casos, la ley establece un régimen de garantías en la celebración de los subcontratos. En especial, se quiere asegurar el pago a los subcontratistas (arts. 215 ss. LCSP). También se regula en la ley la posible **cesión** del contrato, que debe someterse a una serie de condiciones (art. 214 LCSP).

126. Es posible que en la ejecución del contrato se produzcan incumplimientos por parte del contratista. En ese caso, se podrán imponer las **penalidades** que se

hayan previsto en los pliegos, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 LCSP. La **demora** en la ejecución puede dar lugar a la imposición de penalidades e incluso a la resolución del contrato. Lo mismo sucede con el incumplimiento de las **condiciones especiales de ejecución** (*supra* § 19.103-105). Si de la ejecución del contrato se derivan daños o si en la ejecución del contrato se causaran **daños a terceros**, estos deberán indemnizarse por el contratista, salvo que sean consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o del proyecto que sirvió de base al contrato (art. 196 LCSP). El **pago del precio** por parte de la Administración se llevará a cabo de la forma convenida en los pliegos y en la ley (art. 198 LCSP). El contrato se habrá **cumplido** cuando se haya realizado la totalidad de la prestación (art. 210 LCSP).

5.3.2. Prerrogativas en los contratos administrativos

127. En la ejecución de los contratos administrativos se reconocen prerrogativas a la Administración que consisten en **interpretar** los contratos, **resolver las dudas** que ofrezca su cumplimiento, **modificar** los contratos por razones de interés público —con los límites previstos en la ley (arts. 203 ss. LCSP)–, declarar la **responsabilidad** imputable al contratista por la ejecución del contrato, **suspender** la ejecución (art. 208 LCSP), acordar su **resolución** y determinar sus efectos (arts. 211 ss. LCSP), e **inspeccionar** las actividades desarrolladas por el contratista en la ejecución del contrato (art. 190 LCSP). El ejercicio de estas prerrogativas por el órgano de contratación se lleva a cabo siempre conforme a procedimientos que deben incluir la **audiencia al contratista**. Las decisiones que se adopten pondrán **fin a la vía administrativa** y serán inmediatamente ejecutivas (art. 191 LCSP).

128. Dentro de las prerrogativas mencionadas, la más relevante tradicionalmente ha sido la **modificación del contrato** (*ius variandi*). Sin embargo, el Derecho europeo ha introducido reglas que limitan la modificación, con el fin de evitar posibles trastornos de la competencia —una modificación de un contrato podría encubrir una nueva adjudicación (así se establece en la conocida STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236)—. Por esa razón, es difícil sostener que en la actualidad sigue existiendo una prerrogativa para modificar el contrato. Solo pueden realizarse **modificaciones previstas** en los pliegos, con los límites establecidos legalmente (art. 204 LCSP): la cláusula de modificación debe ser clara, precisa e inequívoca y permitir comprender su alcance exacto y en ningún caso debe alterar la naturaleza global del contrato inicial. También cabe acordar **modificaciones no previstas**, siempre que se puedan apoyar en alguno de los supuestos previstos en la ley y que sean estrictamente indispensables para continuar con la ejecución del contrato (art. 205 LCSP) (por ejemplo, causas imprevisibles para un poder adjudicador diligente; al respecto, la STJUE de 7 de diciembre de 2023, *Obshtina Razgrad*, C-441/22 y C.443/22, ECLI:EU:C:2023:970). Las modificaciones previstas son **obligatorias** para el contratista en la medida en que forman parte del contrato. Las no previstas también lo serán siempre que la alteración no exceda del 20 por 100 del precio inicial del contrato (sin IVA) (art. 206 LCSP).

129. En último lugar, hay que referirse a la **resolución** de los contratos. Junto al cumplimiento es la otra forma de extinción de los contratos (art. 209 LCSP). La ley establece un listado de causas de resolución —declaración de concurso, mutuo acuerdo, demora en el cumplimiento de plazos de ejecución o del pago, entre otras— (art. 211 LCSP). El acuerdo de resolución se realiza por el órgano de contratación con base en esas causas, bien de oficio o a instancia del contratista (art. 212 LCSP). Podrá tener como **efectos** la incautación de la garantía definitiva y, en su caso, el pago de daños y perjuicios entre las partes (art. 213 LCSP).

6. VÍAS DE TUTELA

6.1. Recurso especial en materia de contratación

130. En materia de contratación, el sistema de tutela frente a determinadas decisiones se aleja de las reglas generales del Derecho administrativo. Ello se debe a que las directivas de recursos exigen a los Estados miembros la creación de vías de impugnación especialmente rápidas y eficaces en los casos en que se aplican normas de origen europeo (*supra* § 19.11-12). En España, el cumplimiento de estos mandatos se canaliza a través del **recurso especial en materia de contratación (REMC)**. Se trata de un recurso **administrativo** de carácter **potestativo** y **gratuito** para los recurrentes (art. 44.7 LCSP), que desplaza a los recursos administrativos ordinarios cuando es procedente (*infra* § 33.90). A diferencia de los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición), este recurso se resuelve por órganos especializados creados al efecto. En relación con la impugnación de la actividad contractual de entidades del sector público estatal es competente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 45 LCSP). Las comunidades autónomas pueden crear **órganos de recursos contractuales** o celebrar un convenio con el órgano estatal. También los municipios de gran población y las diputaciones provinciales pueden crear sus propios órganos de recursos (art. 46 LCSP).

131. Hasta el momento se han creado órganos de recursos contractuales de carácter **colegiado** en Aragón, Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid, Navarra y Galicia. Está prevista, además, la creación de un nuevo tribunal en la Comunidad Valenciana. En Canarias y Euskadi se han creado órganos de recursos de carácter **unipersonal**. El resto de las comunidades autónomas y en Ceuta y Melilla se han celebrado convenios con el tribunal estatal. Existen, además, varios tribunales a nivel local y tribunales vinculados a la actividad contractual de las asambleas autonómicas. La denominación de los órganos colegiados como tribunales no debe llevar a error con respecto a su naturaleza administrativa y no judicial.

132. La ley determina la actividad impugnable mediante el REMC. En primer lugar, es preciso que el contrato al que se refiera el acto impugnado o el propio contrato corresponda a un **poder adjudicador** y que supere determinados umbrales económicos. Esos **umbrales** se han reducido con respecto a los determinados en las directivas para los contratos armonizados —valor estimado superior a tres millones de euros para contratos de obras y concesiones de obras y servicios; y valor estimado superior a 100.000 euros en contratos de suministro y servicios— (art. 44.1 LCSP).

En segundo lugar, se establece un listado con los **actos susceptibles de recurso especial**: anuncio de licitación, pliegos, actos de trámite cualificados —como la exclusión de un licitador—, acuerdo de adjudicación, modificaciones, encargos a medios propios y rescate de concesiones (art. 44.2 LCSP). Además, el propio **contrato** puede impugnarse mediante el REMC cuando concurren determinadas causas de invalidez (art. 50.2 LCSP).

133. La **legitimación** para interponer el recurso es muy amplia. Se extiende a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución del recurso, de forma directa o indirecta (art. 48 LCSP).

134. Esto significa, por ejemplo, que un licitador preterido podrá impugnar el acto de adjudicación siempre que el **resultado del recurso le beneficie**. Eso no sucedería, por ejemplo, si fuera el tercer clasificado y su recurso se basara únicamente en la falta de idoneidad del primer clasificado para ejecutar el contrato. Si se estimara el recurso, se adjudicaría el contrato al clasificado en segundo lugar, de modo que el recurrente no obtendría ningún beneficio directo (al respecto, *ex multis*, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 389/2020, de 12 de marzo).

135. Para cumplir con las exigencias europeas, el REMC debe ser un recurso rápido y eficaz. El **plazo** habitual para impugnar es de quince días hábiles. El cómputo dependerá del acto impugnado y se realiza conforme a lo establecido en la DA 15.ª LCSP. Si se impugna el acto de adjudicación, tendrá **efecto suspensivo** automático (art. 53 LCSP). Una vez admitido el recurso (art. 55 LCSP), tras la tramitación correspondiente (art. 56 LCSP), el órgano competente dictará resolución estimando o desestimando, total o parcialmente, las pretensiones formuladas. Podrá anular decisiones contenidas en los actos de adjudicación o en los pliegos, retrotraer actuaciones y, en su caso, obligar a cancelar la licitación (art. 57 LCSP). Contra la **resolución** que resuelve el recurso cabrá únicamente **recurso contencioso-administrativo** (art. 59 LCSP). En ese proceso judicial, el órgano administrativo de recursos contractuales no se presentará como parte demandada, con el fin de salvaguardar su independencia (art. 21.3 LJCA). Esta regulación ocasiona problemas cuando las decisiones del tribunal se anulan en vía judicial y producen daños (al respecto, STS de 11 de marzo de 2025, ECLI:EU:TS:2025:992).

136. Los preceptos contenidos en la LCSP en torno al REMC se desarrollan por el **Real Decreto 814/2015**, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que rige en todo aquello que no contradiga a la LCSP.

6.2. Sistema de recursos y revisión

137. El REMC tiene un alcance limitado, de manera que es preciso encajar este recurso en el sistema de recursos que rige en el ámbito de la contratación. Ese sistema va a depender del tipo de entidad contratante, del tipo de contrato y de su valor estimado, así como de la fase de la vida del contrato a la que pertenezca el acto que es objeto de impugnación. En primer lugar, se analizan los recursos administrativos

procedentes, en su caso, y a continuación se determina la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo o civil.

138. Con independencia de la entidad contratante y del tipo de contrato, cuando se impugnan actos de **preparación y adjudicación** siempre cabrá interponer recurso administrativo, con la particularidad de que el recurso administrativo procedente será el REMC en los casos señalados anteriormente (*supra* § 19.132) y de que en el caso de PANAP procederá la interposición de un recurso de alzada impropio ante la Administración de adscripción o tutela (art. 44.6 LCSP). Si se impugna la **modificación** de un contrato, en principio cabrá recurso administrativo —siendo procedente el REMC en los casos anteriormente señalados— cuando se trate de un contrato administrativo, un contrato privado armonizado celebrado por una Administración pública o un contrato privado de un PANAP, armonizado o no. Finalmente, contra actos de **ejecución y extinción** cabrán los recursos administrativos ordinarios únicamente cuando se dicten en el marco de contratos administrativos. Además de los recursos administrativos, cabe la **revisión de oficio** de los actos preparatorios y de adjudicación de todos los contratos del sector público, con arreglo a las reglas generales establecidas en la legislación de procedimiento administrativo (art. 41 LCSP) (*supra* § 33.27).

139. La **jurisdicción contencioso-administrativa** conocerá en los mismos casos en que se prevé la impugnación mediante recursos administrativos: cuestiones suscitadas en relación con la **preparación y adjudicación** de todos los contratos celebrados por entes del sector público; controversias relativas a la **modificación** de los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas, si son armonizados, y de todos los contratos privados de PANAP, armonizados o no; así como de los recursos ligados a los **efectos, cumplimiento y extinción** de los contratos administrativos (art. 27.1 LCSP). Por su parte, la **jurisdicción civil** conocerá de los litigios relativos a los **efectos y extinción** de todos los contratos privados —excluidos los relativos a la modificación atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa— (art. 27.2 LCSP). Como se puede ver, la jurisdicción competente va de la mano del régimen jurídico, de Derecho administrativo o privado, aplicable en cada caso.

140. A través de este sistema de recursos y de la revisión se puede alegar cualquier **vicio de invalidez** que afecte a los actos dictados en la fase de preparación y adjudicación; al contrato; y a los actos dictados en la fase de ejecución. Esos vicios pueden ser de **nulidad o de anulabilidad** de Derecho administrativo (arts. 39 y 40 LCSP) y de invalidez de Derecho civil (art. 43 LCSP), sin perjuicio de la posible existencia de infracciones legales que se consideren meras irregularidades no invalidantes. El legislador se remite a las causas generales de nulidad de Derecho administrativo contenidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 39.1 LCSP) e introduce una serie de causas de nulidad específicas para el ámbito de la contratación: es el caso, por ejemplo, de la falta de capacidad de obrar o de solvencia, así como la insuficiencia de crédito (art. 39.2 a) y b) LCSP). El mismo esquema se sigue en las causas de anulabilidad de Derecho administrativo. Junto a la remisión a la regulación básica general

se incluyen causas específicas relativas a cuestiones como el incumplimiento de los requisitos para modificar un contrato o realizar un encargo a medio propio (art. 40 LCSP). Las causas de invalidez de Derecho civil quedarán desplazadas en todos los casos por las previstas en el Derecho administrativo, salvo en las relativas a los posibles vicios del consentimiento de las partes (art. 43 LCSP).

141. Si concurre un vicio de invalidez en los actos preparatorios y de adjudicación, se **contagia al contrato**, que también devendría inválido. En ese caso, debe liquidarse el contrato con efectos restitutorios y resarcitorios (art. 42.1 LCSP). Las partes se devolverán recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del contrato y, si no fuera posible, se devolverán su valor. Además, la parte responsable de causar los posibles daños y perjuicios deberá indemnizarlos a la otra parte. Excepcionalmente, la ley permite que se mantengan los efectos de un contrato inválido si se produjese un grave trastorno al servicio público (art. 42.3 LCSP). Piénsese, por ejemplo, en un contrato de gestión de residuos sólidos urbanos cuya adjudicación se declara nula. En ese caso, en la declaración de nulidad cabría obligar a mantener el servicio el tiempo necesario para adjudicar un nuevo contrato.

142. Los efectos señalados de restitución y resarcimiento tendrán lugar cuando la declaración de invalidez se produzca una vez que el contrato ya se ha formalizado y ha comenzado a ejecutarse. En el caso de que la invalidez se declare en un momento previo a la celebración del contrato, como sucede habitualmente en sede de REMC, los efectos consistirán en la anulación del acto inválido y la retroacción de actuaciones. Difícilmente en estos casos se habrán causado daños que deban indemnizarse. En último lugar, si la anulación se refiere a un acto de ejecución, normalmente no tendrá efectos sobre el contrato (art. 42.2 LCSP), con la excepción de la invalidez de una modificación contractual, que podría poner de manifiesto la existencia de vicios en la adjudicación del contrato. En ese caso, se desencadenarían los efectos previstos para la invalidez de actos preparatorios y de adjudicación (al respecto, CANO, 2024).

143. Como se ha visto, el momento en que se produce la declaración de invalidez del contrato condiciona directamente sus efectos. Si, por ejemplo, se declara nula la adjudicación de un contrato cuando ya se ejecutó y se extinguió, y se reconoce el derecho del recurrente a la ejecución del contrato, la única forma de tutela posible será la **indemnización** por el beneficio que habría obtenido de haber podido ejecutar el contrato, que se vincula a un porcentaje del **beneficio industrial**. Si esa declaración de nulidad se realiza en un momento anterior, cuando el contrato todavía se está ejecutando, habría que **restituir la legalidad**, adjudicando el contrato a quien efectivamente debió ejecutarlo. En ese caso, es posible que deba indemnizarse por el tiempo que no se pudo ejecutar el contrato. Además, al empresario que ejecutó el contrato sin tener derecho a ello, se le podría indemnizar por los gastos que realizó en la creencia de que seguiría ejecutando el contrato y que puedan devenir inútiles. Se considerarían **daños a la confianza** (DÍEZ, 2012; DÍEZ, 2018).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Vicenç AGUADO i CUDOLÁ, "Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos", en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2017, pp. 223-272.

Tomás CANO CAMPOS, "Las consecuencias de la declaración de invalidez de los contratos públicos: del enriquecimiento injusto a la restitución", *Revista de Administración Pública*, núm. 225, pp. 133-170.

Jesús COLÁS TENAS, "Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas", en Mª. Isabel GALLEGO CÓRCOLES y Eduardo GAMERO CASADO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, 2ª edición, 2024, pp. 1.405-1.440.

Silvia DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos,* Marcial Pons, Madrid, 2012.

Silvia DÍEZ SASTRE, "Las cláusulas sociales en la contratación pública", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21 (2017), pp. 195-219.

Silvia DÍEZ SASTRE, "Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público", *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 5 (2018), pp. 69-92.

Silvia DÍEZ SASTRE, "La acción concertada como nueva forma de gestión de servicios sanitarios", en Antonia AGULLÓ AGÜERO (dir.), *Financiación de la sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 231-261.

Silvia DÍEZ SASTRE, "Contratos «open-house»: comprar sin licitar", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 15 (2021), pp. 5-23.

Javier GARCÍA LUENGO, *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid, 2022.

Teresa MOREO MARROIG, "Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato", en Mª. Isabel GALLEGO CÓRCOLES y Eduardo GAMERO CASADO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, 2ª edición, 2024, pp. 754-800.

Belén NOGUERA DE LA MUELA, "Cooperación vertical: los encargos a medios propios", en Mª. Isabel GALLEGO CÓRCOLES y Eduardo GAMERO CASADO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, 2ª edición, 2024, pp. 665-713.

Diana SANTIAGO IGLESIAS, "Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos", en Mª. Isabel GALLEGO CÓRCOLES y Eduardo GAMERO CASADO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, 2ª edición, 2024, pp. 618-664.

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas", en *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 135-195.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Carmen CHINCHILLA MARÍN, "El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 200 (2016), pp. 361-383.

Silvia DÍEZ SASTRE, "¿Cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Boletín Oficial del Estado, núm. Extra 1 (2021), pp. 257-272.

Eduardo GAMERO CASADO y Mª. Isabel GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, III Tomos, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Jorge GARCÍA-ANDRADE, "¿Huida o expansión del derecho administrativo?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209 (2020), pp. 139-170.

José. Mª. GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público,* Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Blanca LOZANO CUTANDA e Ignacio CALATAYUD PRATS (coords.), *Nueva Ley de Contratos del Sector Público: guía rápida*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

Francisco José VILLAR ROJAS, "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017,* Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 519-535
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L20
© Jorge García–Andrade Gómez
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 20

ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO

Jorge García-Andrade Gómez
UNED

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LAS ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO Y SU PROBLEMÁTICA.—2. CARACTERIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO: 2.1. Relevancia jurídica y carácter vinculante; 2.2. Contenido declarativo o material; 2.3. Actuación *ad extra* y *ad intra*; 2.4. Actuación favorable o desfavorable para los ciudadanos.—3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN SIN PROCEDIMIENTO: 3.1. Fundamento constitucional; 3.2. Relación jurídica; 3.3. Principios y reglas generales de la actuación administrativa; 3.4. La alternativa entre procedimiento y no procedimiento: criterios habilitantes; 3.5. La problemática en torno a la ejecución forzosa; 3.6. La posición jurídica de los ciudadanos; 3.7. Singularidades en la atribución de competencias; 3.8. La modificación de las actuaciones sin procedimiento; 3.9. La protocolización de la actuación sin procedimiento.—4. GARANTÍAS DE REACCIÓN CIUDADANA: 4.1. Inexistencia de sistemas generales de impugnación en la vía administrativa; 4.2. Deficiente sistema de control jurisdiccional.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. APROXIMACIÓN A LAS ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO Y SU PROBLEMÁTICA

1. En el ordenamiento jurídico español la Administración pública desarrolla su actividad a través de distintos **instrumentos formales**: reglamentos (*supra* § 16.10), actos administrativos (*supra* § 17.5), contratos (*supra* § 19.1) y planes (*supra* § 18.2),

para cuya adopción es requisito indispensable la previa tramitación de un procedimiento administrativo. Pero, junto a las anteriores fórmulas, cotidianamente la Administración también actúa sin someterse a un procedimiento administrativo ni adoptar ninguno de los instrumentos formales citados.

2. Los **ejemplos de la actuación administrativa sin procedimiento** son inagotables: la labor de investigación que realiza el científico en un laboratorio público; el mantenimiento de los bienes públicos por los operarios de la Administración; la poda del arbolado en un parque municipal; las órdenes verbales que la policía dirige a los conductores para ordenar el tráfico rodado; los registros corporales y los controles de alcoholemia que la policía practica; las comprobaciones por esta de los documentos de identidad de los ciudadanos; la disolución mediante la fuerza de las manifestaciones ilícitas; los requerimientos escritos que la Administración notifica a los ciudadanos para que comparezcan en las dependencias públicas o aporten información; la inspección administrativa de instalaciones privadas; la requisa de vehículos por los servicios de protección civil en situaciones de emergencia; y gran parte de la actividad sanitaria de los servicios de salud o asistencial.

3. Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2020, vol. I: 868) este tipo de actuación administrativa representa con diferencia el mayor **volumen** del quehacer administrativo, además de que buena parte de ella incide de manera muy directa en la esfera jurídica de los ciudadanos. Y, sin embargo, la actuación administrativa sin procedimiento resulta muy problemática desde el punto de vista jurídico, pues se da la **paradoja** de que las leyes generales del Derecho administrativo no la contemplan ni regulan (se centran en el procedimiento, los reglamentos, actos y contratos), mientras que las normas sectoriales (en materia de seguridad ciudadana, protección civil, sanidad, etc.) habilitan expresamente a la Administración para llevar a cabo este tipo de actuaciones, pero no contienen una regulación mínima de sus elementos esenciales. Por ejemplo, el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOSEG), habilita a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para "limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento", sin contemplar que se siga procedimiento alguno para la práctica de estas actuaciones policiales. Como quiera que las leyes generales del Derecho administrativo no contemplan este tipo de actuaciones y, en consecuencia, tampoco establecen los requisitos mínimos para su ejercicio, existe una gran **incertidumbre acerca del régimen jurídico aplicable a las actuaciones sin procedimiento**.

4. El estudio de esta materia también afronta la dificultad que encierra su **delimitación conceptual**, esto es cómo designarla y definirla. Los autores que la han abordado se han referido a ella o a algunas de sus manifestaciones con distintas denominaciones: actividad material o técnica, GONZÁLEZ-VARAS/STOBER (1995) y FEHLING (2012); actividad informal, HERMES (2012) y VELASCO RICO (2022); actos administrativos sin procedimiento, AGIRREAZKUENAGA (1990: 398 y ss.); coacción directa, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2020, vol. I: 868); relaciones de sujeción especial, GARCÍA MACHO (1992) y LÓPEZ BENÍTEZ (1994). Pero estas calificaciones presentan el problema de que no abarcan el conjunto de la actuación que aquí se contempla, de manera que cada una de ellas deja fuera de su ámbito importantes parcelas que ahora interesan. Por tal motivo, se ha optado por designarla atendiendo al elemento común que tienen todas ellas: la circunstancia de que la Administración actúa sin someterse a procedimiento alguno.

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO

5. Algunas de las explicaciones al uso sobre las **actuaciones sin procedimiento**, particularmente las que atienden a su carácter informal, material o técnico, acostumbran a señalar que carecen de determinadas características que sí se atribuyen a los actos administrativos, como su carácter vinculante, carácter jurídico, etc. Sin embargo, aquella caracterización no es del todo exacta si se sigue el enfoque que aquí se adopta y que atiende a su producción sin tramitarse un procedimiento administrativo y sin revestir las formalidades de los actos o reglamentos. Por esta razón, para evitar equívocos y seguir avanzando en la exposición de las actuaciones administrativas sin procedimiento, antes de examinar su régimen jurídico conviene identificar algunas de sus principales **características**.

2.1. Relevancia jurídica y carácter vinculante

6. En la vida administrativa nada constituye un indiferente jurídico, pues la Administración y su actuación son siempre fruto del Derecho y, por lo mismo, siempre son relevantes para él, sin que las actuaciones administrativas no procedimentalizadas constituyan una excepción, hagan o no nacer derechos y obligaciones para la Administración y los ciudadanos. Así, **son jurídicamente relevantes** tanto la orden dirigida por la policía que obliga a un ciudadano a adoptar una determinada conducta, como la intervención médica a un paciente, pues producen efectos relevantes para el Derecho, sea en la esfera de libertad o sobre la salud de la persona afectada (pudiendo tener consecuencias, por ejemplo, en una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial).

7. Además de su relevancia jurídica, las actuaciones sin procedimiento poseen, en el sentido extenso de la expresión, **carácter vinculante**. Es decir, que la propia Administración o los destinatarios de la actuación no procedimentalizada resultan vinculados por ella.

8. En su manifestación más elemental y extendida, la **vinculación** se asocia con la imposición de una conducta o el nacimiento de obligaciones y de derechos correlativos. Sin embargo, el carácter vinculante puede tener una acepción más amplia, que es a la que se asocian los efectos de la actuación no procedimentalizada, cuando describe no solo el nacimiento de derechos y obligaciones, sino también cierta predictibilidad o estabilidad en el mantenimiento de la situación o medida adoptada.

9. Así, tanto los ciudadanos como la propia Administración resultan vinculados en sentido amplio por un control de alcoholemia (art. 14.2 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial): los ciudadanos resultan obligados a soportarlo y los agentes de policía quedarán vinculados respecto de los resultados que aquel arroje, en el sentido de que deberán permitir que el ciudadano continúe la conducción o deberán impedírselo y adoptar las medidas punitivas que correspondan.

10. Esta acepción amplia sobre el carácter vinculante no significa que tenga carácter indefinido o permanente, esto es, que sus efectos deban permanecer en el ordenamiento jurídico, sin que la actuación administrativa pueda ser modificada o

alterada, sino que, como se expone en un epígrafe posterior, la actuación administrativa sin procedimiento **puede ser modificada unilateralmente por la Administración**, sin acomodarse a las reglas más rígidas establecidas respecto de los reglamentos, actos y contratos.

2.2. Contenido declarativo o material

11. Es frecuente entre la doctrina diferenciar entre la actividad jurídica y material de la Administración, CANO (2019: 684 y ss.). Sin embargo, en coherencia con la relevancia jurídica que aquí se predica de la actuación sin procedimiento, no puede mantenerse aquella contraposición, pues ambos tipos de actividad son jurídicos. Por el contrario, el criterio diferencial debe atender a si el contenido de la actuación sin procedimiento tiene carácter **declarativo o material (o técnico).**

12. Tiene **contenido declarativo** la actuación sin procedimiento cuando consistente en la formulación por la Administración de una declaración, como el rescripto administrativo a una consulta ciudadana, la recomendación que dirige la Administración, la orden de la policía destinada a los manifestantes, o la prescripción facultativa que permite el acceso al médico especialista.

13. En cambio, la actuación sin procedimiento tiene **contenido material o técnico** cuando, sin haberse seguido un procedimiento ni dictado un acto administrativo, la Administración incide con relevancia jurídica sobre la realidad física, por ejemplo, aplicando la fuerza para disolver una manifestación o mediante la cirugía a un paciente.

2.3. Actuación *ad extra* y *ad intra*

14. La actuación no procedimentalizada de la Administración puede desenvolverse extramuros de la organización administrativa o intramuros de ella. Tiene una dimensión ***ad extra*** la actuación de la Administración que consiste en interactuaciones con los ciudadanos, como ocurre en el ejemplo tantas veces repetido de las órdenes que la policía dirige a unos manifestantes. Mientras que se predica su carácter ***ad intra*** cuando la actuación sin procedimiento se desenvuelve exclusivamente en el seno de la organización administrativa, por ejemplo, cuando la Administración dicta instrucciones a sus empleados o los científicos de un centro público investigan en el laboratorio.

15. La actividad *ad intra* de la Administración forma parte de la organización administrativa que se estudia en las lecciones 8 a 14, por lo que en adelante aquí únicamente se hará referencia a la actuación *ad extra* o de relación con los ciudadanos.

2.4. Actuación favorable o desfavorable para los ciudadanos

16. La actuación no procedimentalizada de la Administración puede tener un **carácter favorable** si preserva, refuerza o amplía la esfera jurídica de los ciudadanos,

como ocurre cuando la Administración dispensa tratamientos médicos, asistencia social o extingue incendios en bienes privados.

17. Por el contrario, será **desfavorable** cuando restrinja su esfera jurídica, como sucede cuando la Administración ejerce la coacción directa o los servicios de protección civil proceden a la requisa temporal de un vehículo privado.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN SIN PROCEDIMIENTO

18. Como se ha indicado, las leyes generales del Derecho administrativo no regulan la actuación administrativa sin procedimiento, mientras que la regulación sectorial generalmente se limita a habilitar a la Administración para actuar de esta manera o, a lo sumo, impone determinados requisitos de ejercicio, pero sin llegar a dotarla de un régimen jurídico completo. Por ejemplo, el artículo 9 a) de la Ley catalana 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil, dispone que en caso de emergencia la autoridad de protección civil podrá "evacuar o alejar a las personas de los sitios de peligro", pero no contiene ninguna regulación procedimental específica sobre cómo adoptar esta medida. El resultado es una **laguna legal** en la ordenación general y abstracta de esta materia, junto a una heterogénea, dispersa y fragmentaria regulación sectorial de algunos de sus aspectos. En consecuencia, el régimen jurídico que a continuación se expone es el que resulta de proyectar sobre esta parcela jurídica los **principios y reglas** que por mandato constitucional y coherencia del conjunto del sistema jurídico son estructurales y comunes a toda actuación administrativa. Asimismo, se tratará de identificar los principales problemas que plantea aquella falta de regulación.

3.1. Fundamento constitucional

19. La actuación administrativa sin procedimiento tiene cabida en el texto constitucional, a pesar de que no se cite expresamente en él. A este respecto, la lectura del **artículo 105 CE** parecería descartar la posibilidad de que la Administración actúe sin someterse a un procedimiento administrativo, pues aquel precepto exige que la aprobación de reglamentos y la adopción de los actos administrativos esté precedida de la tramitación de un procedimiento administrativo.

20. Sin embargo, no quiere esto decir que la Constitución imponga que toda la actuación administrativa deba necesariamente conducirse a través del procedimiento y determine la invalidez de las actuaciones administrativas que no se encaucen a través de él. Por el contrario, el **artículo 106. 1 de la Constitución Española (CE)**, al disponer que los tribunales controlan la legalidad de la **"actuación" administrativa**, permite afirmar que el texto constitucional contempla una "actuación" de la Administración notablemente más amplia que la categoría de los "actos administrativos" a que se refiere el artículo 105. c) CE.

21. Es decir, conforme a la CE, toda la "actuación" de la Administración está sometida al control de legalidad por los tribunales, pero solo cuando la Administración apruebe reglamentos o dicte actos administrativos necesariamente deberá seguir un procedimiento, pudiendo existir por tanto actuación administrativa sin procedimiento.

3.2. Relación jurídica

22. Las **leyes de cabecera del Derecho administrativo** se limitan a ordenar aquella parte de la actuación administrativa que se encauza a través del procedimiento administrativo y se manifiesta a través de actos, reglamentos o contratos, pero **desatienden la actuación no procedimentalizada de la Administración**, a pesar de que esta pueda incidir de forma favorable o desfavorable sobre la esfera jurídica de los ciudadanos. De manera que para dilucidar el régimen jurídico que deba aplicarse a este singular quehacer administrativo, previamente será necesario esclarecer cuál sea su **naturaleza jurídica**. Con tal propósito, y dado el vacío también existente en la teoría general del Derecho administrativo, convendrá acudir a la teoría general del Derecho, donde la figura de la relación jurídica ofrece una respuesta adecuada ante la cuestión suscitada.

23. La actuación no procedimentalizada de la Administración respecto de los ciudadanos constituye una **relación jurídica**, en cuanto reúne los requisitos que caracterizan a aquella figura (*supra* § 7.62): se trata de una relación interpersonal de la Administración con los ciudadanos; se entabla un nexo entre ambos sujetos; este nexo es jurídicamente relevante; y, por esta razón, se halla regido por el Derecho.

24. La determinación de la naturaleza jurídica última de la actuación sin procedimiento y su calificación como relación jurídica no tiene un interés puramente teórico, sino que de ella se derivan importantes **consecuencias jurídicas**. En efecto, en el Estado democrático de Derecho las relaciones entre la Administración y los ciudadanos se rigen por un conjunto de principios y reglas, incluida la resolución de sus controversias ante los tribunales. Pues bien, aun cuando las leyes de cabecera del Derecho administrativo se circunscriban únicamente a un tipo de relaciones entre la Administración y los ciudadanos (encauzadas a través de procedimientos y formalizadas como actos, reglamentos y contratos), lo cierto es que en el plano constitucional la cláusula de Estado democrático y de Derecho (art. 1 CE) se despliega en una densa serie de **principios y reglas**, siendo la mayoría de ellos aplicable cualquiera que sea el concreto instrumento que permita a la Administración relacionarse con el ciudadano, donde destacan el principio de **legalidad** y la **tutela judicial efectiva**, que incluye la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, con particular protección de los derechos y libertades fundamentales (arts. 9, 24, 103 y 106 CE).

25. Así las cosas, bajo la cláusula de Estado democrático de Derecho la clasificación de la actuación sin procedimiento de la Administración como relación jurídica atrae sobre sí todos los mandatos constitucionales y de la legalidad ordinaria referi-

dos a la relación de las Administraciones públicas con los ciudadanos y a la **tutela jurisdiccional** de los derechos e intereses legítimos de estos, claro está, a excepción de aquellos que se predican exclusivamente de los instrumentos formalizados (acto, reglamento, plan y contrato), configurándose de esta manera el régimen jurídico que ordena la actuación sin procedimiento de la Administración pública.

3.3. Principios y reglas generales de la actuación administrativa

26. Interesa ahora destacar que la **cláusula constitucional de Estado democrático de Derecho** exige el pleno sometimiento de toda la actuación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, así como el respeto de las libertades, los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Ambas dimensiones constitucionales se proyectan sobre el conjunto de la actuación administrativa, cualquiera que sea su manifestación: se garantiza el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos entre otros (art. 9 CE); se exige a la Administración pública que sirva con objetividad los intereses generales y actúe de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103 CE); se garantizan las libertades y los derechos fundamentales (arts. 10 a 55 CE); o, en fin, el control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE).

27. También la **jurisprudencia constitucional** ha afirmado la vigencia de los principios constitucionales respecto de determinadas actuaciones sin procedimiento de contenido material de la Administración y que afectan a la esfera de los ciudadanos: "aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo" (STC 13/2001, FJ 8). En el caso de la sentencia, un agente de la policía nacional de Valladolid había requerido aleatoriamente la identificación a una persona negra (sin que hubiera indicio alguno de estancia irregular).

28. Por su parte, la **doctrina**, encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2020, vol. I: 858-860), coincide en afirmar el sometimiento pleno de la actuación administrativa a las reglas y técnicas del Derecho administrativo, como son las relativas a la atribución de competencias, la teoría de las potestades administrativas, los principios de legalidad, proporcionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad, el respeto de los derechos fundamentales, así como los principios informadores que al respecto enuncia la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

29. Incluso el **Derecho positivo**, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la LRJSP, contiene algunas disposiciones aplicables de manera genérica a toda la actua-

ción administrativa, como el catálogo de los derechos del ciudadano en sus relaciones con la Administración (art. 13 LPAC), diferenciados de los derechos del interesado en el procedimiento administrativo (art. 53 LPAC); así como los principios que los artículos 3 y 4 LRJSP predican de la actuación administrativa con carácter general.

3.4. La alternativa entre procedimiento y no procedimiento: criterios habilitantes

30. La circunstancia de que la Constitución permita la actuación sin procedimiento de la Administración no quiere decir que esta o el legislador dispongan de una suerte de **libertad de elección** que les permitiría encauzar la actuación administrativa indistintamente a través de instrumentos formales (particularmente del acto administrativo) o al margen de aquellos.

31. En efecto, el mandato imperativo del artículo 105. c) CE, que exige la tramitación de un procedimiento administrativo para la producción de actos administrativos, impide considerar que el legislador o la Administración dispongan de una libertad de elección para determinar los supuestos en que la actuación administrativa deba conducirse a través de procedimientos y actos administrativos o bien pueda producirse sin sometimiento a los anteriores. En consecuencia, se impone determinar el **concepto constitucional de acto administrativo**, pues según si es más o menos amplio, arrastrará tras de sí la **exigencia de la tramitación de un procedimiento administrativo** y, correlativamente, reducirá o ampliará el espacio que quede a la actuación administrativa sin procedimiento.

32. En este sentido, un sector de la doctrina, destacadamente BOCANEGRA (2005: 29), propone una definición de acto administrativo como **decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros,** dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria. Definición que, desde el punto de vista constitucional, debe ser completada con la nota **de su irrevocabilidad** como regla general. Ayudará a entender esta última exigencia si se tiene presente que en gran medida el concepto del acto administrativo se ha elaborado a semejanza de la sentencia judicial y en este sentido la exigencia de un procedimiento administrativo y la regla general de la irrevocabilidad de los actos administrativos son el resultado de la traslación al ámbito administrativo de la exigencia del proceso y del valor de la cosa juzgada, claro está, con las debidas adaptaciones. De esta manera se explica mejor que la CE exija la tramitación de un procedimiento para la producción de este tipo de actos administrativos. Además, si los actos administrativos se presumen válidos, con carácter ejecutivo y como regla general resultan irrevocables, es porque la Administración ha podido adoptar su decisión con las necesarias garantías para lograr el acierto de la resolución, tanto en favor del interesado (con su participación y cuando así proceda su audiencia), como en favor del interés general (instruyéndose respecto de los hechos y el Derecho aplicable). Acierto para el que se exige la previa tramitación formal de un procedimiento.

33. Por el contrario, en **situaciones de emergencia,** que requieran la **inmediatez** de la actuación administrativa o cuando la naturaleza de la decisión adoptada **requiera poder ser revocada en cualquier momento**, no tendría sentido exigir la previa tramitación de un procedimiento administrativo, por lo que se justifica que la Administración pueda actuar sin tramitar un procedimiento administrativo.

34. A este respecto, conviene formular dos aclaraciones. La primera es que el concepto constitucional de acto administrativo no necesariamente tiene que coincidir con el **concepto dogmático** o de la legalidad ordinaria (*supra* § 17.12), de manera que esta última podrá establecer la tramitación de un

procedimiento para la adopción de las resoluciones administrativas, incluso si no reúnen las características de los actos administrativos en su acepción constitucional. La segunda es que la regla general de la irrevocabilidad significa que, una vez dictados, la Administración también queda vinculada a los actos administrativos sin que como regla general pueda **modificarlos o suprimirlos** libremente, lo que no obsta que la Administración proceda a su **revisión** en los supuestos legalmente previstos (*supra* § 17.65 y § 33.22).

35. A partir de esta noción constitucional de acto administrativo es posible identificar los **criterios habilitantes de la actuación sin procedimiento** de la Administración en su relación con los ciudadanos.

36. En primer lugar, la Administración podrá actuar sin procedimiento en aquellos supuestos en que la actividad administrativa, aun siendo declarativa, **no implique una declaración de contenido regulador de los derechos u obligaciones** del ciudadano, que es propio de los actos administrativos. Así, tendrá cabida la actuación sin procedimiento cuando la Administración emita certificados, responda a consultas, o extienda actas de inspección, por ser todas ellas declaraciones administrativas carentes de contenido regulatorio o definitorio de situaciones jurídicas.

37. La actuación administrativa declarativa y sin procedimiento será igualmente válida aun cuando consista en la adopción de **decisiones de contenido regulador** si concurren dos **requisitos** que deben darse cumulativamente y que permiten predicar la revocabilidad de la decisión adoptada: el primero de ellos es que la naturaleza de la actividad administrativa requiera una **agilidad, dinamismo o inmediatez** incompatibles con la tramitación de un procedimiento; el segundo es que tales decisiones **carezcan de permanencia** en el ordenamiento jurídico.

38. Constituyen ejemplos, la orden que dirige la policía para disolver una manifestación; la ordenación del tráfico por los agentes municipales; las órdenes e instrucciones sobre el uso de instalaciones públicas, dirigidas de forma directa a los usuarios; o la adopción de medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento, previstas en el artículo 56 LPAC.

39. Asimismo, la actuación sin procedimiento también se justifica cuando tiene por objeto **actuaciones administrativas de contenido material o técnico sin un contenido regulatorio**, como la prestación de atenciones sanitarias. En tal caso, dado que falta el elemento regulatorio, escapa de la categoría del acto administrativo, por lo que es posible su desarrollo directo sin procedimiento administrativo.

40. Sin abandonar el plano de las actuaciones sin procedimiento de contenido material se sitúa el caso singular de la **coacción directa** consistente en el empleo de la fuerza física para reconducir una situación contraria a Derecho, prevenir la producción de daños, averiguar ilícitos o preservar la seguridad. La doctrina, destacadamente GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2020, vol. I: 852 y ss.), coincide en que la coacción directa solo se justifica por razones de urgencia que se concretan en una necesidad de inmediatez en la actuación administrativa. En tales casos, la efectiva atención al interés general impide en la práctica que la Administración pueda tramitar un procedimiento y dictar el acto administrativo que habilite la imposición de la actuación material. En estos supuestos de coacción directa, la necesidad de inmediatez opera como criterio habilitante.

3.5. La problemática en torno a la ejecución forzosa

41. Uno de los problemas que suscita la falta de una regulación general y abstracta de la actuación sin procedimiento de la Administración es la indefinición respecto del poder del que aquella dispone **para hacer cumplir las decisiones que adopta sin procedimiento**, normalmente mediante órdenes, cuando se enfrenta a la resistencia de los ciudadanos.

42. Algunas disposiciones sectoriales prevén estos supuestos y habilitan expresamente a la Administración para el ejercicio de las potestades públicas correspondientes, como ejemplifica el artículo 23. 2 y 3 de la LOSEG, que faculta a la policía a disolver reuniones previa advertencia al respecto. Sin embargo, la mayoría de las normas sectoriales que reconocen a la Administración la potestad para decidir sin procedimiento sobre la esfera de los ciudadanos mediante órdenes, instrucciones y otras fórmulas de naturaleza declarativa, no complementa esta regulación con una previsión sobre las potestades administrativas de ejecución para el caso de que se dé un incumplimiento de aquellas (sí suele tipificarse como infracción administrativa la desatención de aquellas órdenes, como puede verse, por ejemplo, en el artículo 5 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria, que tipifica como infracción administrativa la negativa o resistencia a suministrar datos o facilitar la información requerida por las autoridades competentes o sus agentes en ejercicio de sus funciones de información, vigilancia, investigación o inspección alimentaria).

43. En contraste con la falta de ordenación de la ejecución forzosa de las actuaciones sin procedimiento de contenido declarativo, cuando se trata de **actos administrativos**, la LPAC sí otorga la seguridad propia de toda regulación detallada, pues en ella se dispone con carácter general su carácter ejecutivo y ejecutorio (*supra* § 17.81), así como los requisitos y fórmulas para su **ejecución forzosa** (arts. 38, 39 y 97 y siguientes).

44. La falta de regulación de la ejecución de la actuación administrativa sin procedimiento de contenido declarativo es normalmente inconsciente, pues de la lectura de las leyes sectoriales que regulan este tipo de potestades públicas parece desprenderse que están tratando con actos administrativos, a los que en consecuencia se aplicaría el régimen general de su ejecución. Sin embargo, ya nos consta que las actuaciones sin procedimiento de contenido declarativo no reúnen los rasgos identificadores de aquellos ni se tramita procedimiento alguno para su producción.

45. En consecuencia, el principio de legalidad (arts. 9 y 53.1 CE), que exige la habilitación legal y expresa a la Administración pública cuando restringe derechos fundamentales de los particulares, impide entender que la propia Administración pública pueda salvar la resistencia de los particulares al cumplimiento mediante la ejecución forzosa de sus propias declaraciones sin procedimiento, salvo que la ley contenga la habilitación correspondiente.

3.6. La posición jurídica de los ciudadanos

46. En muchos aspectos **la posición jurídica de los ciudadanos respecto de la Administración no varía** en función de si esta ejerce sus potestades a través del procedimiento o sin él. Comenzando por los derechos fundamentales, su reconocimiento constitucional acompaña al ciudadano y, en consecuencia, limita el poder de la Administración cualquiera que sea el cauce de actuación que esta última siga. En el plano de la legislación ordinaria, también el artículo 13 LPAC reconoce genéricamente ciertos derechos a los ciudadanos en su relación con la Administración pública, sin que distinga según que la Administración actúe o no a través de procedimiento. Y, por último, la aplicación de los principios generales del Derecho, como el de proporcionalidad, así como la regulación sectorial de las potestades administrativas, mediante el establecimiento de requisitos o protocolos para su ejercicio, configuran indirectamente la posición jurídica de los ciudadanos.

47. **Sin embargo**, en determinadas ocasiones la falta de una regulación general de la actuación administrativa sin procedimiento coloca a los ciudadanos en una situación de **indefinición jurídica**. En particular, el artículo 53 LPAC enumera los derechos que el interesado tiene exclusivamente "en un procedimiento administrativo", sin que exista una justificación para que muchos de aquellos derechos solo puedan ejercerse en el seno del procedimiento, pues la mayoría de los derechos allí enunciados sería plenamente aplicable a la relación jurídica que la Administración entabla con el ciudadano en sus restantes actuaciones. Es el caso de los derechos a la identificación de los servidores públicos, a no presentar documentos originales o que ya se hallen en poder de la Administración.

48. La falta de regulación de esta materia plantea un problema adicional respecto de los **titulares de intereses legítimos** (*supra* § 7.36). En efecto, la LPAC solo reconoce y dispensa protección a estos cuando se personen en el procedimiento administrativo (arts. 4, 8 y 53), pero lo cierto es que los ciudadanos que se relacionan con la Administración también pueden verse afectados en sus intereses legítimos por la actuación administrativa sin procedimiento. La falta de reconocimiento legal fuera del procedimiento con frecuencia impide que el ciudadano encuentre cauces por los que exigir que la Administración acomode a la ley su actuación, ya se trate de requerimientos de personación, órdenes de policía o inspecciones.

49. No obstante, debe subrayarse que, a pesar de que la LPAC restrinja la condición de interesado al ámbito procedimental, lo cierto es que los titulares de intereses legítimos sí encuentran reconocimiento y tutela judicial en el artículo 24 CE, cualquiera que sea la forma de actuación seguida por la Administración. En todo caso, la falta de acomodo entre la CE y la LPAC produce el efecto paradójico de que los ciudadanos cuyos intereses legítimos se puedan ver afectados por la actuación administrativa sin procedimiento podrán recabar el **amparo jurisdiccional** y, sin embargo, no cuentan con cauces jurídicos para hacerlos valer ante la Administración actuante.

3.7. Singularidades en la atribución de competencias

50. Una singularidad de la actuación administrativa sin procedimiento se produce respecto de la atribución competencial dentro de la organización administrativa. En este ámbito quienes deciden o actúan sin procedimiento son generalmente **agentes o funcionarios públicos**, y no órganos administrativos en el sentido que los define el artículo 5. 1 LRJSP (*supra* § 8.41). Además, en el caso de las actuaciones sin procedimiento la atribución de la competencia o de su ejercicio no se encauza a través de las reglas de los artículos 8 y siguientes LRJSP, sino que suele operar con la mera **designación nominativa** del responsable correspondiente, sea para el puesto o para cada tipo de actuación, e incluso con la elección por el usuario, como puede ocurrir con el profesional sanitario.

51. Ocurre que, como en tantos otros aspectos, la regulación de los órganos administrativos y de su competencia está esencialmente concebida para su actuación a través de actos administrativos y, con mucha frecuencia, es difícilmente aplicable en sus estrictos términos a la actuación sin procedimiento, pues la LPAC omite casi por completo el tratamiento de estas singularidades. Solo ocasionalmente así lo contempla, por ejemplo, en relación con las informaciones y actuaciones previas al procedimiento, que serán realizadas por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento, a falta de órganos con funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia (art. 55.2).

3.8. La modificación de las actuaciones sin procedimiento

52. Conviene recordar que el ordenamiento jurídico administrativo rodea de cautelas, requisitos y formalidades la modificación de los actos administrativos en la medida en que con ellos se afectan los derechos, obligaciones e intereses de los ciudadanos (arts. 106 y siguientes LPAC). Por ejemplo, la revocación de una licencia de apertura de una sala de espectáculos está rodeada de límites y garantías formales (*infra* § 33.37). Sin embargo, este régimen jurídico tan garantista tiene mal acomodo cuando se trata de aplicar a las actuaciones sin procedimiento, para las que no fue concebido (por ejemplo, cuando se modifica la actividad física diaria de una persona internada en una residencia de ancianos). La razón es que este tipo de actuaciones se justifica por la necesidad que la Administración tiene de desplegar su actividad sin sometimiento a procedimiento alguno, por razones de urgencia o inmediatez. Y estas mismas razones pueden exigir su **alteración** por el mismo cauce, esto es, **sin seguir procedimiento** alguno.

53. De manera que en el ámbito de las actuaciones administrativas sin procedimiento, salvo que por su naturaleza no sea posible o la norma expresamente lo impida, una vez llevada a cabo la actuación de que se trate generalmente la Admi-

nistración podrá volver a ejercer su competencia incidiendo sobre la posición jurídica del ciudadano, sin sometimiento a requisitos o formalidades adicionales. Con la particularidad de que su modificación estará sujeta a los presupuestos de hecho y requisitos del ejercicio de la potestad, pero no a un régimen jurídico reforzado que preserve la posición jurídica correspondiente.

54. Piénsese en las órdenes que, al amparo del artículo 23.2 de la LOSEG, dirige la policía en el curso de una manifestación, que pueden ser alteradas de manera inmediata, y con ellas las obligaciones que nacen en los manifestantes, tantas veces como vayan exigiendo los acontecimientos.

3.9. La protocolización de la actuación sin procedimiento

55. Tanto las normas jurídicas como las propias Administraciones públicas a través de instrucciones internas pueden ordenar la actuación sin procedimiento de la Administración pública, estableciendo supuestos de hecho para el ejercicio de la competencia, límites y otros requisitos a los que deberá adecuarse la Administración cuando ejecute las disposiciones correspondientes. Como resultado, muy frecuentemente **el ejercicio de las actuaciones sin procedimiento se encuentra protocolizado**, es decir, pautado, debiendo seguirse fases, trámites o pasos, así como reconociéndose a los ciudadanos determinadas intervenciones y derechos.

56. Constituyen ejemplos de actuaciones sin procedimiento, pero protocolizadas, los **protocolos** de actuación para las **profesiones sanitarias** [art. 4. 7. c) y d) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias], las **pautas de actuación** de los **centros sanitarios** y de los **pacientes** recogidas, respectivamente, en el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, así como en el Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud; en el ámbito de la seguridad ciudadana, la Instrucción 7/2015, de la Secretaria de Estado de Seguridad relativa a la práctica de la diligencia de **identificación, los registros corporales externos y actuaciones con menores**, previstos en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de las Seguridad Ciudadana, y la Instrucción 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el "Protocolo de Actuación Policial con Menores".

57. En rigor, la protocolización de la actuación no procedimentalizada de la Administración no quiere decir que se someta a un procedimiento administrativo de corte procesal, como el que regula la LPAC y que se caracteriza por enderezarse a la adopción formal de una decisión bajo una de las formas tipificadas por el ordenamiento (normalmente un acto administrativo). Se trata solo de que la Administración siga ciertas **pautas o requisitos** en el ejercicio de la actividad. Ordenación que generalmente se justifica en la búsqueda de la mejor prestación del servicio mediante su planificación en la norma o instrucción, así como en el mayor respeto de los derechos de los ciudadanos. Por tal motivo la ordenación pautada se designa aquí como una protocolización para diferenciarla de la actuación administrativa sometida a procedimiento en sentido formal.

58. Debe tenerse en cuenta que el procedimiento formal y la protocolización divergen en su régimen jurídico positivo y en los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico les asocia. Así, el procedimiento en sentido estricto debe concluir

con la adopción formal de una decisión, que en el caso de los actos administrativos se configura como una obligación para la Administración, y cuyo incumplimiento da lugar a efectos jurídicos muy característicos: silencio positivo o negativo, caducidad, nulidad de pleno Derecho [arts. 21, 24, 25 y 47. 1. e) LPAC]. En cambio, la protocolización no ha alcanzado la misma relevancia jurídica. Ciertamente, la protocolización se erige en un **canon de referencia** en cuya desatención cabría fundamentar la exigencia de **responsabilidad patrimonial**, disciplinaria de los empleados públicos, las quejas de los ciudadanos e incluso podría llegar a afectar a la validez de ciertos trámites que incidiera sobre otro tipo de pronunciamientos jurídicos distintos (como la obtención de las pruebas en un control de alcoholemia o en un registro corporal). Pero, dado que esta materia no es objeto de tratamiento por las leyes generales del Derecho administrativo y apenas existe jurisprudencia al respecto, no resulta posible pronunciarse con carácter general acerca de las consecuencias de su infracción.

4. GARANTÍAS DE REACCIÓN CIUDADANA

59. Seguramente, el principal problema que plantea la actuación sin procedimiento para el Derecho administrativo es la inexistencia de un sistema de **recursos** que permita reaccionar al ciudadano que se sienta perjudicado. En efecto, la casi absoluta omisión de la actuación no procedimentalizada en las leyes generales del Derecho administrativo ha conducido a que el sistema de recursos frente a la actuación administrativa se haya construido principalmente en torno al acto y el reglamento, así como frente a la inactividad administrativa y la vía de hecho, sin que aparentemente el legislador haya caído en la cuenta de que, además de los anteriores, existe otro obrar de la Administración, de enorme amplitud cuantitativa e importancia cualitativa, pero que carece de referente en el sistema de garantías.

4.1. Inexistencia de sistemas generales de impugnación en la vía administrativa.

60. En efecto, las leyes vertebradoras del Derecho administrativo tipifican de manera tasada las actuaciones frente a las que los ciudadanos pueden reaccionar en la vía administrativa: el sistema de recursos frente a los actos administrativos, contenido en los artículos 112 y siguientes LPAC (*infra* § 33. 51-89); y el régimen de reclamaciones administrativas frente a la inactividad de la Administración y la vía de hecho, contenido en los artículos 25, 29 y 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) (*infra* § 34. 59-61). Sin embargo, aquellas normas no contemplan que los ciudadanos que se consideren perjudicados en sus derechos e intereses legítimos por una actuación sin procedimiento de la Administración puedan reaccionar en la vía administrativa frente a ella.

61. Se da así la paradoja de que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración determinadas competencias y potestades cuyo ejercicio no se manifiesta a

través de actos administrativos, pero las leyes no articulan vías de reacción frente a ellas, a pesar de que pueden afectar de manera muy incisiva en la esfera jurídica de los ciudadanos. Tan importante **carencia** no puede ser suplida por la posibilidad que tienen los ciudadanos de formular quejas, solicitar la adopción de medidas disciplinarias o incluso reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados, sino que el ciudadano debe disponer de instrumentos jurídicos eficaces con los que instar el cese y en su caso la declaración de ilegalidad de la actuación administrativa sin procedimiento que afecta a sus derechos e intereses legítimos cuando considere que esta no se ajusta a las exigencias jurídicas para su ejercicio.

4.2. Deficiente sistema de control jurisdiccional

62. La Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho a la **tutela judicial efectiva** y encomienda a los tribunales que controlen la legalidad de la actuación de la Administración y su sometimiento a los fines que la justifican (arts. 24.1 y 106.1). En este sentido, la STC 34/1995, FJ 3, afirma que: "el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 C.E.), equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico (…). Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia (art. 106. 1 C.E.)". Por su parte, el artículo 1. 1 LJCA confía a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con "la actuación de las Administraciones públicas" sujeta al Derecho administrativo. Son por tanto disposiciones que deberían permitir el enjuiciamiento efectivo de la actuación sin procedimiento de la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

63. Sin embargo, la propia LJCA introduce importantes **obstáculos** a este enjuiciamiento cuando regula el objeto del recurso contencioso-administrativo y establece los requisitos para que una materia administrativa pueda ser impugnable, pues omite cualquier referencia a las actuaciones sin procedimiento de la Administración. Así resulta del artículo 25 LJCA, que limita la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de las disposiciones de carácter general de rango inferior a la ley, los actos expresos y presuntos de la Administración, la inactividad de la Administración y las "actuaciones materiales que constituyan vía de hecho". Como resultado, no cabrá recurso frente a las actuaciones sin procedimiento de la Administración que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

64. En la práctica procesal, son numerosas las **inadmisiones** de recursos que se deducen frente a actuaciones administrativas sin procedimiento, pues como se encargan de recordar las defensas de las Administraciones demandadas tales modalidades de actuación no revisten ninguna de las formas tipificadas del artículo 25 LJCA, susceptibles de impugnación contencioso-administrativa. No obstante, para evitar situaciones manifiestas de indefensión es igualmente frecuente que los tribunales califiquen aquellas actuaciones como actos administrativos, aun cuando no revistan tal forma. Sirva como ejemplo la STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:5512), relativa, entre otros aspectos,

a la admisión a trámite de una impugnación contra la orden dictada por la Delegada del Gobierno en la Comunidad de Madrid por la que disponía la retirada de banderas nacionalistas en el acceso a un estadio de fútbol.

65. A este respecto, debe tenerse presente que la Constitución no dispone que necesariamente los ciudadanos cuenten con un cauce en la vía administrativa con el que reaccionar frente a aquella actuación de la Administración pública que consideren ilícita, pero la Constitución sí exige que los tribunales dispensen una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste la actuación administrativa, sea por vías con o sin procedimiento. Así pues, ante las evidentes lagunas que presenta la LJCA en este punto y en tanto no se reforme para adecuarla al mandato constitucional, se impone una **interpretación *pro actione*** de la norma que permita la impugnación de las actuaciones sin procedimiento de la Administración sujetas al Derecho administrativo. A este respecto, son de recordar las palabras del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de facilitar una interpretación conforme a la CE que permita la efectividad de la tutela judicial: "El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama, en lo que ahora importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (…), muy especialmente cuando está en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción (…), para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho" (STC 76/1996, FJ 7).

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2020.

Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990.

Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

Tomás CANO CAMPOS, "Prevenir y cachear: los registros corporales externos", en Manuel IZQUIERDO CARRASCO y Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (Directores), *Estudios sobre la ley orgánica de seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 677-708.

Michael FEHLING, "Informelles Verwaltungshandeln", en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (Editores), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2012, pp. 1457-1521.

Georg HERMES, "Schlichtes Verwaltungshandeln", en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (Editores), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, Beck, München, 2012, pp. 1523-1575.

Santiago GONZÁLEZ-VARAS y Rolf STOBER, "Las actuaciones materiales o técnicas", *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 267 (1995), pp. 573-589.

Clara Isabel VELASCO RICO, "La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 5 (2022), pp. 37-71.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

Jorge AGUDO GONZÁLEZ, "Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42 (2013), pp. 123-172.

José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y Marcos ALMEIDA CERREDA, "Sobre la llamada actividad informal de la administración pública", en Manuel REBOLLO PUIG, Manuel LÓPEZ BENÍTEZ y Eloísa CARBONELL PORRAS (Coordinadores), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 393-412.

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

Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, *Las respuestas de la Administración a las consultas de los ciudadanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

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.

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, "La relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 73-118.

Marcos VAQUER CABALLERÍA, "La codificación del procedimiento administrativo en España", *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 42 (2016).

Francisco VELASCO CABALLERO, *La información administrativa al público*, Motecorvo, Madrid, 1998.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 537-554
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L21
© Agustí Cerrillo Martínez
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 21

ACTUACIÓN AUTOMATIZADA, ROBOTIZADA E INTELIGENTE

Agustí Cerrillo Martínez
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. TECNOLOGÍA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO.—2. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS: 2.1. La automatización de tareas sencillas, rutinarias y masivas; 2.2. La robotización de procesos; 2.3. El uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas.—3. ELEMENTOS REGULADORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA.—4. LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA: 4.1. El principio de seguridad jurídica; 4.2. El principio de transparencia; 4.3. El principio de igualdad y la no discriminación; 4.4. El principio de protección de datos personales; 4.5. El principio de seguridad; 4.6. Los principios de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las tecnologías; 4.7. El principio de personalización y proactividad.—5. SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA.—6. EL IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada

1. TECNOLOGÍA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La **tecnología** es uno de los principales **medios** de que dispone la Administración pública para desarrollar sus funciones, gestionar sus recursos y prestar los servicios públicos. Si bien desde antiguo la Administración pública ha ido utilizando diversas tecnologías en el desarrollo de su actividad, ha sido en las últimas décadas, al hilo del intenso desarrollo que ha experimentado la informática (desde los ordenadores a las redes de comunicación pasando por los dispositivos móviles o, últimamente, la inteligencia artificial) que se ha incrementado de manera significativa la contribución de la tecnología a los fines de la Administración pública e, incluso, se han ampliado las funciones que realiza la Administración así como los servicios que presta a la ciudadanía y las empresas.

2. El uso de la tecnología en la Administración pública no es solo un proceso técnico, sino que comporta al mismo tiempo la introducción de **cambios en la organización y los procedimientos administrativos**. La tecnología es un motor de la innovación pública. Mas, como ha afirmado la OCDE (2003), "la tecnología es un facilitador, pero no una solución". Desde esta perspectiva, es necesario reconocer el importante papel que tiene el Derecho administrativo en el proceso de incorporación de la tecnología en la Administración pública y en su uso en las relaciones con la ciudadanía. En esta dirección, en los últimos años, a medida que la tecnología ha ido evolucionando y se ha ido extendiendo su utilización en el desarrollo de la actividad y en el funcionamiento de la Administración pública, se han ido sucediendo las normas que han reconocido o potenciado su uso y también las que han perseguido garantizar la seguridad jurídica y los derechos de la ciudadanía en sus relaciones con la Administración pública (*supra* § 1.45).

3. De hecho, ello no constituye una novedad de nuestra época. Así ha sucedido a lo largo de la **historia del Derecho administrativo**. Como muestra, podemos recordar que a inicios del siglo pasado la Gaceta de Madrid publicaba una Real Orden de 12 de febrero de 1900 por la que se disponía que en todas las oficinas estatales, provinciales y municipales se admitiese cualquier instancia o documento que se presentase hecho con máquina de escribir en los mismos términos y con iguales efectos que los escritos a mano.

4. De este modo, el Derecho administrativo ha ido regulando el uso de distintas tecnologías por la Administración pública a medida que estas se han ido incorporando con la voluntad de garantizar la seguridad y validez de su uso por los órganos administrativos y preservar los derechos de la ciudadanía. No obstante, a pesar del papel determinante del Derecho administrativo en la incorporación de la tecnología en la Administración pública ha sido habitual que la normativa haya ido por detrás de los cambios tecnológicos, que con frecuencia se han ido produciendo con mayor celeridad que la capacidad de las instituciones públicas para aprobar nuevas normas.

5. Por ello, de manera complementaria a la aprobación de nuevas normas se han ido utilizando otros instrumentos con la finalidad de regular el uso de la tecnología en la Administración pública, como la aprobación de normas técnicas (por ejemplo,

las normas UNE sobre ciudad inteligente), la adopción de instrumentos de derecho dúctil (*soft law*) (por ejemplo, la Carta de Derechos Digitales de julio de 2021) o la asunción de códigos éticos (por ejemplo, la Estrategia municipal de algoritmos y datos para el impulso ético de la IA del Ayuntamiento de Barcelona).

6. Además de las normas de Derecho administrativo no se puede desconocer que otras normas pueden incidir en la regulación del uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas. En esta dirección, es obligada la referencia al **Reglamento de Inteligencia Artificial** (RIA) que establece las normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión Europea. El RIA clasifica los sistemas de inteligencia artificial en función de los riesgos que pueda generar en intereses públicos o derechos fundamentales. En función de estos riesgos, se prohíbe el uso de los sistemas de inteligencia artificial (art. 5), se somete a un conjunto de requisitos y obligaciones (capítulo III) o se exige el cumplimiento de determinadas obligaciones de transparencia (art. 50). Buena parte de los sistemas de inteligencia artificial que utilizarán las Administraciones públicas serán considerados de alto riesgo (por ejemplo, sistemas utilizados para determinar la admisión a centros educativos; sistemas utilizados para evaluar la admisibilidad para beneficiarse de servicios públicos o sistemas utilizados para evaluar el riesgo de ser víctima de infracciones penales o sistemas utilizados en la gestión del control fronterizo) (anexo III).

7. En cualquier caso, como muestra la lectura de las normas sobre procedimiento administrativo aprobadas en las últimas décadas, el Derecho administrativo ha ido acomodándose a la **evolución** que ha ido experimentando la tecnología.

8. Así, a finales del siglo pasado, cuando los ordenadores personales se extendían por las oficinas administrativas y también empezaban a formar parte los hogares españoles, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común (LRJPAC) fue pionera a nivel comparado al reconocer la posibilidad de que la Administración pública pudiese utilizar los medios electrónicos. Así lo resumía el preámbulo de esta norma al reconocer que "la Ley se abre decididamente a la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas". Con esta ley se persiguió mejorar la eficiencia interna al tiempo que se fortalecían y facilitaban las relaciones interadministrativas y las relaciones con la ciudadanía.

9. No obstante, la LRJPAC no fue suficiente para extender el uso de la tecnología en la Administración pública ni para garantizar el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía en especial cuando las redes de comunicaciones ya eran utilizadas de manera generalizada. Por ello, se aprobó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que profundizó en esta dirección regulando con carácter general el uso de los medios electrónicos en la tramitación del procedimiento administrativo. Según el preámbulo de esta norma ello se debía a que la regulación introducida en la LRJPAC "dejan en manos de las propias Administraciones determinar si los ciudadanos van a poder de modo efectivo, o no, relacionarse por medios electrónicos con ellas, según que estas quieran poner en pie los instrumentos necesarios para esa comunicación con la Administración". De este modo, la Ley 11/2007 hizo una apuesta decidida por el uso de los medios electrónicos al "dar el paso del «podrán» por el «deberán»". Entre otros aspectos, esta norma reguló el derecho de las personas a comunicarse con la Administración pública por medios electrónicos y determinó los aspectos básicos del régimen jurídico de la administración electrónica.

10. A pesar del avance que supuso la Ley 11/2007, con el tiempo se volvió a constatar que la nueva regulación no era suficiente para consolidar el uso de la tecnología en la Administración pública. Por ello, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), partiendo de la idea de que "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", reconoce que el procedimiento se impulsa de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos (art. 71 LPAC). De este modo, no solo se persigue servir "mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados".

11. A pesar de la voluntad del legislador de ir adaptando la normativa al desarrollo de la tecnología, en los últimos años nuevas tecnologías han adquirido una importancia relevante, planteando nuevos retos a la Administración pública y, por ende, al Derecho administrativo. En efecto, en la actualidad, las tecnologías disruptivas —como la inteligenciad artificial, el Internet de las cosas o las cadenas de bloques— están llamando a las puertas de la Administración pública pero aún no son objeto de una regulación específica. Además, con la incorporación de estas nuevas tecnologías, se están sentando las bases de un nuevo modelo de Administración pública, la administración digital, resultado de un complejo proceso de transformación que implica un cambio profundo tanto desde el punto de vista de su organización, actividad y funcionamiento como de sus relaciones con la ciudadanía. Este nuevo modelo, que aún no encuentra un reflejo suficientemente adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, se irá trasladando poco a poco a través de la aprobación de nuevas normas que permitan garantizar la seguridad jurídica y los derechos de las personas al tiempo que impulsan la innovación en la Administración pública al ritmo que evoluciona la tecnología.

2. LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

12. La tecnología tiene numerosas **manifestaciones y utilidades** en la Administración pública. Desde facilitar la gestión interna o permitir la comunicación entre la Administración pública y la ciudadanía y las empresas, hasta el análisis de datos generados en la prestación de los servicios públicos pasando por la tramitación del procedimiento administrativo.

13. Una de las aplicaciones de la tecnología en la Administración pública que mayor efecto puede tener tanto desde el punto de vista organizativo como jurídico es la **automatización de la actividad de la Administración**. La automatización de la Administración pública consiste en el uso de la tecnología para la adopción de actos o el desarrollo de actuaciones sin la intervención directa de personas. La automatización puede reportar numerosos beneficios a la Administración pública, como una mayor eficacia, eficiencia o economía. No obstante, también puede generar riesgos, como la despersonalización o una mayor dificultad para controlar la actuación de la

Administración pública. La existencia de estos riesgos exige adoptar medidas para evitar que, por ejemplo, deriven en el incumplimiento de la normativa sobre el procedimiento administrativo o en una vulneración de los derechos de las personas.

2.1. La automatización de tareas sencillas, rutinarias y masivas

14. La Administración pública está utilizando la tecnología para desarrollar **tareas sencillas y rutinarias**, es decir, que no implican una actividad compleja de interpretación del ordenamiento jurídico, de razonamiento o de análisis de los hechos sino simplemente la comprobación de unos determinados datos o su comunicación a la persona interesada. Generalmente, estas tareas también tienen un carácter masivo, afectando a grandes volúmenes de personas interesadas en un mismo tipo de procedimiento administrativo.

15. La automatización de tareas sencillas, rutinarias y masivas es una aplicación de la tecnología muy habitual y generalizada que, entre otros **beneficios**, supone una mayor eficiencia administrativa, un importante ahorro de recursos y un menor tiempo de respuesta por parte de la Administración pública.

16. Una lectura de la LPAC permite identificar algunas tareas sencillas que se prevé que se desarrollarán por la Administración pública de manera automatizada, como la expedición automática del recibo del registro electrónico (art. 16 LPAC), la comprobación automática de datos de una solicitud (art. 66 LPAC), la digitalización automática de documentos presentados en papel (art. 27.1 LPAC), el impulso automático del procedimiento (art. 71 LPAC) o la publicación de notificaciones y anuncios en el Boletín Oficial del Estado (Disposición adicional tercera LPAC).

17. Además de estas actuaciones, existen otras tareas rutinarias que, a pesar de no estar explícitamente previstas en la LPAC como tales, es habitual que las Administraciones públicas también las realicen de manera automatizada como, por ejemplo, la foliación automática de expedientes (art. 70.2 LPAC), la migración automática de documentos electrónicos (art. 17.1 LPAC), la remisión automática de comunicaciones electrónicas al ciudadano (art. 43 LPAC) o el intercambio de datos entre administraciones públicas (art. 44 LRJSP).

18. Otras normas también han previsto la automatización de determinadas tareas masivas. Este sería el caso de la tramitación de los **procedimientos sancionadores** por infracciones a las normas de circulación y seguridad. La automatización se produce tanto en la captación de los hechos constitutivos de infracción (a través de cinemómetros fijos, de tramo o láser) como en la tramitación del procedimiento sancionador, en particular, en la tramitación de las denuncias. En esta dirección, la Administración General del Estado creó el Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas encargado de tramitar de manera automatizada las infracciones que se hayan detectado a través de medios técnicos (Orden INT/2035/2007, de 2 de julio) que desde su creación ha tramitado de manera automatizada más de veinte millones de denuncias por exceso de velocidad correspondientes a todas las comunidades autónomas en las que no está transferida la competencia.

2.2. La robotización de procesos

19. La Administración pública también está utilizando la tecnología para robotizar la realización de determinadas tareas.

20. Los **robots** son dispositivos que se definen por su capacidad para relacionarse con el entorno a través de sensores o del intercambio de datos, para analizar los datos a su disposición, así como para adaptar de manera autónoma su comportamiento al entorno. No todos los robots tienen un soporte físico tal y como nos imaginamos o hemos visto. Tampoco todos los robots se basan en el uso de inteligencia artificial y en muchas ocasiones simplemente actúan de acuerdo con las reglas programadas previamente.

21. Hoy en día, la mayoría de los robots que utiliza la Administración pública se caracterizan por ser aplicaciones que interactúan con otras aplicaciones, pantallas o sistemas de manera automática, actuando como si fuesen personas. Pero es probable que, como ya sucede en otros países, en un futuro las Administraciones públicas también utilicen robots para la **prestación de servicios** sanitarios, sociales o de transporte.

22. En la actualidad, los robots ya se utilizan por muchas Administraciones públicas para la **automatización de procesos** (automatización robótica de procesos o RPA, en sus siglas en inglés). En este caso nos encontramos ante programas diseñados para realizar un conjunto de acciones predefinidas en sistemas de información que tienen la capacidad de emular o replicar actividades humanas como interpretar o manipular pantallas, acceder o cruzar bases de datos, realizar cálculos sin la necesidad de que intervenga una persona, rellenar formularios, transcribir información o coordinar aplicaciones o navegar por Internet buscando información. Los robots leen datos contenidos en ficheros, bases de datos, documentos ofimáticos o pantallas de aplicaciones; realizan cálculos con ellos o toman decisiones a partir de ellos y, en su caso, escriben en dichas aplicaciones o en otras bases de datos los resultados obtenidos, rellenan formularios o se conectan a sistemas.

23. Por ejemplo, algunas administraciones públicas ya han robotizado la tramitación de expedientes relativos a las licencias para la instalación de terrazas, la localización de personas que se encuentran en concurso de acreedores y tienen alguna deuda con la Administración pública o para identificar apartamentos turísticos que no están inscritos en el registro correspondiente. Estas tareas son repetitivas y rutinarias y, habitualmente, también masivas.

24. Generalmente, la automatización robótica de procesos se basa en reglas precisas, sencillas, fijadas previamente por la normativa que regula el procedimiento.

25. Pero la Administración pública también utiliza robots para interaccionar con las personas en lenguaje natural. Los llamados **robots conversacionales o *chatbots*** permiten que las personas se puedan relacionar con los dispositivos utilizando lenguaje oral o escrito siendo el ordenador capaz de entender el mensaje recibido y actuar consecuentemente. En la mayoría de los casos, los robots conversacionales interactúan con las personas a partir de información guardada previamente en una base de datos. Pero ya existen algunos robots que generan de manera autónoma la

respuesta a las demandas formuladas por una persona gracias al uso de inteligencia artificial generativa como ChatGPT.

26. La Administración pública está utilizando robots conversacionales para automatizar la información o la asistencia a las personas, en general, o para el asesoramiento en la tramitación de un procedimiento o respecto a la prestación de un servicio público.

27. Así, por ejemplo, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria dispone de un ***chatbot*** para solucionar dudas sobre el IVA a los autónomos; el Ayuntamiento de Madrid pone a disposición de la ciudadanía un robot para atender dudas tributarias; o el Ayuntamiento de Málaga dispone de Victoria la Malagueña, un robot conversacional que facilita a vecinos y vecinas información de interés general como aparcamientos públicos disponibles, la frecuencia de los autobuses o los equipamientos de la ciudad y, por si fuera poco, también cuenta chistes y explica expresiones típicas de la ciudad a los turistas.

28. La robotización de procesos puede generar numerosos **beneficios** para la Administración pública al reducir significativamente los costes de la realización de determinadas tareas o la prestación de algunos servicios. Además, permite incrementar la disponibilidad al ofrecer servicio permanente e ininterrumpido 24 horas al día 7 días a la semana, la reducción de tiempos de espera o, incluso, la calidad y la personalización de la atención a las personas. No obstante, la falta de intervención de un empleado público en la realización de estas tareas puede generar una distancia, falta de empatía o, incluso, errores.

2.3. El uso de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas

29. Por último, la Administración pública también está utilizando la tecnología para la **toma de decisiones,** o para apoyar a los empleados públicos en la toma de decisiones.

30. En esta dirección, el uso de la inteligencia artificial ha abierto un abanico de nuevas posibilidades al atribuir a los ordenadores la capacidad de realizar **tareas típicamente humanas**, es decir, que entrañan el uso de inteligencia. A través de la inteligencia artificial, los ordenadores pueden emular facultades intelectuales humanas para realizar tareas propias de las personas.

31. Sin embargo, debe tenerse presente la dificultad que existe para definir la inteligencia artificial puesto que no es una única tecnología, sino que es un **conjunto diverso de tecnologías** que responden a diferentes tradiciones científicas y que han experimentado un desarrollo diverso. Según el Reglamento de Inteligencia Artificial, esta tecnología consiste en "un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales".

32. De hecho, la inteligencia artificial está de moda. Los medios de comunicación dan noticia a diario de nuevos avances de esta tecnología. Todos tenemos en la memoria algunos hitos recientes logrados por la inteligencia artificial como cuando *Deep Blue* ganó al campeón del mundo de ajedrez Kasparov o cuando *Alphago* consiguió tiempo más tarde vencer al surcoreano Lee Sedol, campeón mundial de este popular juego de mesa. Estas son solo dos muestras de los logros que ha ido consiguiendo en la última década la inteligencia artificial. Pero más allá de estos mediáticos ejemplos, es necesario tener presente que la inteligencia artificial está detrás de muchas actividades cuotidianas algunas de las cuales tienen un importante impacto económico, social o personal (por ejemplo, los vehículos autónomos sin conductor, la detección de enfermedades a partir del análisis de imágenes, el diseño de nuevos medica-

mentos, o la personalización de la información en las redes sociales). El impacto a medio y largo plazo que se espera de la inteligencia artificial es tal que se ha reconocido que esta tecnología disruptiva será el fundamento de la cuarta revolución industrial como en el pasado lo fueron la máquina de vapor, la electricidad o los ordenadores.

33. La inteligencia artificial se basa en el uso de **algoritmos y de datos**. Los **algoritmos** son procedimientos a través de los cuales los ordenadores pueden encontrar la solución a un problema. Existen diversos tipos de algoritmos, siendo los algoritmos de aprendizaje automático los que en la actualidad ofrecen mayores posibilidades. Estos algoritmos tienen la capacidad de identificar patrones a partir de los datos que se ponen a su disposición, construyendo modelos cuya calidad es evaluada estadísticamente y mejorada a partir de los resultados que se van obteniendo.

34. El uso de algoritmos de aprendizaje automático en la Administración ha planteado el debate respecto a cuál es su naturaleza jurídica. Para algunos autores, un algoritmo cumple las funciones propias de un reglamento por lo que deberían adoptarse de acuerdo con el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, se les debería dar la publicidad propia de las normas jurídicas y, en última instancia, deberían poder ser controlados a través de los mecanismos previstos para los reglamentos (*supra* § 16.82) (BOIX, 2020: 262). Para otros autores, los algoritmos pueden cumplir distintas funciones como ser medios auxiliares de la Administración pública, ser medios complementarios de las normas, o ser medios para objetivar decisiones pero en cualquier caso "los algoritmos son algoritmos y los reglamentos son reglamentos" (HUERGO, 2020: 66). Probablemente, no existe una respuesta única respecto a cuál es la naturaleza jurídica del algoritmo en la medida en que no todos los algoritmos tienen la misma configuración ni finalidad ni tampoco todos tienen la misma capacidad innovadora. En cualquier caso, es necesario que en el diseño y uso de los algoritmos se contemplen los principios propios de la automatización de la Administración pública (*supra* § 21.4).

35. Para funcionar los algoritmos necesitan **datos**. De hecho, en los últimos años la explosión que ha experimentado la inteligencia artificial ha sido gracias a la disponibilidad de grandes volúmenes de datos siendo común referirse a los datos son el nuevo oro o el petróleo del siglo XXI. Cada día se producen más datos, y los datos disponibles se incrementan de manera exponencial siendo su uso cada vez más generalizado.

36. Como se expone posteriormente, la Administración pública genera y recaba en el ejercicio de sus funciones y en la prestación de los servicios públicos grandes cantidades de datos (*infra* § 28.10). Además de ser utilizados por la Administración pública en la gestión pública, en la prestación de servicios públicos o para facilitarlos a la ciudadanía en cumplimiento del principio de transparencia, estos datos pueden ser utilizados por la Administración pública para diseñar nuevos algoritmos, para evaluar su desempeño o para automatizar la toma de decisiones. Los datos en poder de la Administración pública pueden ser analizados a través de la minería de datos y las técnicas de **datos masivos** (*big data*) para anticipar modelos de comportamiento de la ciudadanía, prestar servicios de manera proactiva o personalizar las actuaciones de la Administración pública a las circunstancias de cada persona o anticipar o evaluar los efectos de las decisiones administrativas.

37. En síntesis, y de acuerdo con lo indicado en los párrafos precedentes, la inteligencia artificial puede ser utilizada por la Administración pública para el procesamiento del lenguaje natural (por ejemplo, para que los ordenadores puedan interpre-

tar de manera automática el contenido de los formularios). La inteligencia artificial también puede ser utilizada para el reconocimiento de imágenes (por ejemplo, para reconocer a las personas a través de su cara). Asimismo, la Administración pública puede utilizar la inteligencia artificial para automatizar procesos a partir del análisis del entorno (por ejemplo, para prestar el servicio público de transporte urbano con vehículos sin conductor). Por último, la inteligencia artificial puede ser utilizada para analizar datos y para automatizar la toma de decisiones o predecir decisiones y sus efectos que, posteriormente, pueden ser asumidos por aquel que tenga la competencia para adoptarla. Lo más habitual es que la Administración pública utilice la inteligencia artificial como **apoyo en la toma de decisiones** por parte del órgano competente a través de la intervención de una persona que basa su decisión en la información generada de manera automatizada por un algoritmo. Pero también es posible que el acto administrativo sea adoptado de manera automatizada por el algoritmo sin que medie intervención humana. Es lo que se conoce como actuación administrativa automatizada.

3. ELEMENTOS REGULADORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

38. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) prevé que la actuación administrativa automatizada es "cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público" (art. 41).

39. Algunas comunidades autónomas (por ejemplo, Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana o Galicia) han regulado con mayor detalle o precisión la actuación administrativa automatizada. Como ejemplo, se puede citar la Ley gallega 4/2019, de 17 de julio, de administración digital, que prevé que la administración y el sector público autonómico promoverán las actuaciones administrativas automatizadas. Igualmente, el Decreto andaluz 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa, que establece que en materia de administración electrónica se tendrá en cuenta, entre otros principios, el impulso de la actuación administrativa automatizada (art. 3.2.g) y se promoverá activamente la actuación administrativa automatizada (art. 40). Posteriormente, otras normas han dado un paso más regulando la automatización de la actividad administrativa a través de la robotización y el uso de la inteligencia artificial (por ejemplo: Ley valenciana 6/2024, de 5 de diciembre, de simplificación administrativa; Ley balear 7/2024, de 11 de diciembre, de medidas urgentes de simplificación y racionalización administrativas de las administraciones públicas; y Ley gallega 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la inteligencia artificial en Galicia).

40. De la lectura de la LRJSP se pueden identificar **tres elementos** que caracterizan una actuación administrativa automatizada: se trata de una actuación realizada a través de medios electrónicos; en el marco de un procedimiento administrativo; y que se realiza sin intervención directa de empleado público.

41. La actuación administrativa automatizada es aquella **realizada íntegramente a través de medios electrónicos**. Si bien la LRJSP no define qué se entiende por medio electrónico, de acuerdo con el Diccionario Panhispánico de la Real Aca-

demia de la Lengua, un medio electrónico es cualquier "mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija y móvil u otras".

42. La actuación administrativa automatizada es aquella que tiene carácter formalizado al desarrollarse **en el marco de un procedimiento administrativo**. A pesar de ello, no hay obstáculo para que la Administración pública también pueda automatizar otras actividades a través del uso de la tecnología si bien no será, en sentido estricto, una actuación administrativa automatizada (por ejemplo, la prestación automatizada de servicios públicos relacionados con la movilidad, el transporte o la seguridad ciudadana).

43. Por último, la actuación administrativa automatizada es aquella que se realiza **sin la intervención humana**. Este elemento es el que tradicionalmente ha generado mayores dudas en la medida en que "la total ausencia de intervención de persona física en la adopción de una resolución administrativa parece no encajar en la construcción dogmática" de la teoría del órgano y del concepto de acto administrativo (MARTÍN, 2009: 356). No obstante, en la actualidad, la ausencia de intervención humana en la actuación administrativa automatizada está ampliamente aceptada a la vista de la previsión contenida en la LRJSP.

44. Sin embargo, últimamente, se ha abierto un nuevo **debate** en relación con la ausencia de intervención humana en la producción de actos administrativos en particular, cuando estos sean el resultado del ejercicio de **potestades discrecionales**. En relación con esta cuestión, algunos autores consideran que no debería ser posible el ejercicio automatizado de potestades discrecionales (VALERO, 2007: 75). En particular, Ponce se refiere a la necesidad de establecer "una reserva para la toma de ciertas decisiones a humanos, lo que denominaremos aquí una reserva de humanidad" recomendando a su vez "la prohibición del uso de la IA en relación con ejercicio de potestades discrecionales" (PONCE, 2019).

45. En esta dirección la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas dispone que las Administraciones públicas "pueden realizar actuaciones automatizadas para constatar la concurrencia de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, declarar las consecuencias previstas, adoptar las resoluciones y comunicar o certificar los datos, los actos, resoluciones o los acuerdos que consten en sus sistemas de información, mediante la utilización del sistema de firma electrónica que determinen" (art. 44). La Ley balear 7/2024, de 11 de diciembre, de medidas urgentes de simplificación y racionalización administrativas de las administraciones públicas de las Illes Balears establece que "En ningún caso se pueden llevar a cabo mediante actuaciones administrativas automatizadas actividades que supongan juicios de valor" (art.66). Por último, la Ley gallega 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la inteligencia artificial en Galicia limita, en principio, el uso de sistemas de inteligencia artificial que sirvan para la adopción de actos administrativos formalizados a aquellos supuestos que no requieran de una valoración subjetiva de las circunstancias concurrentes o una interpretación jurídica (art.12).

46. Por el contrario, otros autores ya señalan que la Administración pública no solo puede utilizar la inteligencia artificial para adoptar decisiones discrecionales, sino que es en el ejercicio de estas potestades donde esta tecnología puede tener una mayor aportación (BOIX, 2020: 229).

47. Probablemente no cabe una respuesta única y general a esta cuestión, que debe venir guiada por el principio de precaución y determinada por las propias posibilidades que vaya ofreciendo la inteligencia artificial a medida que se vaya desarrollando. Hoy en día la inteligencia artificial es más eficiente que las personas en

entornos de baja complejidad o en ámbitos en los que el volumen de datos disponibles sea elevado, siendo ya capaz de realizar procesos analíticos complejos en pequeñas fracciones de tiempo, de modo que en tales entornos puede ser más eficiente para la producción de determinados actos administrativos. En cambio, en entornos con gran incertidumbre o con datos poco precisos o de baja calidad, los errores que puede producir la inteligencia artificial son muy superiores a los generados por los empleados públicos.

48. En esta dirección, la Carta de Derechos Digitales —que no es una norma jurídica sino un instrumento de derecho dúctil (*soft law*) aprobado por el gobierno en julio de 2021 que debe guiar la actividad de las administraciones públicas en el entorno digital— indica, en relación con el uso de la inteligencia artificial, que se promoverá el derecho de la ciudadanía a que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a personas, salvo que normativamente se prevea la adopción de decisiones automatizadas con garantías adecuadas.

4. LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA

49. La automatización de la Administración pública, como cualquier actividad administrativa, se somete a distintos principios previstos en el ordenamiento jurídico. En particular, cuando la Administración pública decide automatizar un proceso, incorporar robots en su actuación y funcionamiento o utilizar la inteligencia artificial en la toma de decisiones deben tener en cuenta los **principios de la administración digital** que recoge la LRJSP y que ha precisado y ampliado el 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).

49 *bis*. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, es la primera norma en España que incorpora una referencia al uso de la inteligencia artificial y los mecanismos de toma de decisión automatizados en las Administraciones públicas (art. 23). Esta norma dispone que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas deben tener en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, ser confiable y respetuosa de los principios éticos y los derechos fundamentales. En la misma dirección, el Decreto-ley extremeña 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura. Por último, resulta de interés la regulación de los principios para una gestión responsable de la inteligencia artificial que hace la Ley gallega 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la inteligencia artificial en Galicia.

4.1. El principio de seguridad jurídica

50. La **seguridad jurídica** debe guiar el uso de la tecnología en la Administración pública para generar en la ciudadanía la expectativa razonablemente fundada en el contenido de las decisiones cuando son tomadas de manera automatizada (art. 3.1.e) LRJSP). Esto es especialmente relevante en los casos en los que la Administración pública utilice algoritmos de aprendizaje automático que pueden ir evolucionando a medida que vayan aprendiendo de nuevos datos.

51. Por otro lado, la Administración pública debe adoptar las medidas necesarias para evitar que los algoritmos puedan generar decisiones erróneas debido a fallos en su diseño o a la baja calidad de los datos que utilicen y que, eventualmente, estos errores puedan llegar a generar daños que podrían tener un impacto generalizado al automatizar la adopción de decisiones que pueden afectar a un número elevado de personas.

4.2. El principio de transparencia

52. El uso de la inteligencia artificial en la Administración pública puede poner en entredicho el principio de **transparencia** que debe guiar su funcionamiento (art. 3.1.c) LRJSP y Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). En efecto, los algoritmos de aprendizaje automático pueden ser opacos. De hecho, con frecuencia se los define como cajas negras (*black boxes*).

53. Esta **opacidad** puede deberse a la complejidad del diseño de los algoritmos y su carácter dinámico y cambiante en función de los datos disponibles. La opacidad también puede responder a la aplicación de alguno de los límites que prevé la legislación de transparencia para proteger bienes o derechos —como la seguridad ciudadana, la propiedad intelectual o los datos personales— o la legislación de contratos para proteger la confidencialidad. Por último, la opacidad puede traer causa del propio funcionamiento de la Administración, que puede desconocer la existencia o funcionamiento de los algoritmos o puede tener interés en no facilitar información sobre los mismos para evitar que pueda eludirse su uso (por ejemplo, para evitar que si un defraudador conoce el funcionamiento del algoritmo de detección del fraude pueda cambiar su comportamiento con la finalidad de evitar ser detectado).

54. En la medida en que un algoritmo es **información pública**, para garantizar la transparencia en el uso de la inteligencia artificial, la Administración pública debería difundir en la **sede electrónica** la relación de algoritmos utilizados tal y como dispone el RAFME (art.11.1.i) al prever que toda sede electrónica ha de tener como mínimo la relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos y trámites disponibles acompañada de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje. Asimismo, podría difundir esta información a través del portal de transparencia tal y como ya lo ha previsto alguna ley de transparencia (por ejemplo, el art.16 Ley valenciana 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno). Asimismo, debería facilitar esta información a solicitud de cualquier persona que ejerza su derecho de acceso a la información pública (por ejemplo, art. 23 Ley 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la inteligencia artificial en Galicia).

55. Además, la Administración pública debe explicar el por qué ha tomado una determinada decisión automatizada, indicando, por ejemplo, qué datos ha utilizado el algoritmo. La explicación de las decisiones automatizadas va más allá de la

motivación de los actos administrativos (*supra* § 17.42), que se limita a una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, y presenta mayores dificultades.

4.3. El principio de igualdad y la no discriminación

56. Los algoritmos también pueden vulnerar el **principio de igualdad** y no discriminación (art.14 CE). Tal y como se ha podido constatar en numerosas ocasiones los algoritmos presentan sesgos que si no están justificados normativamente puede dar lugar a discriminaciones.

57. Los **sesgos** de las decisiones adoptadas automáticamente por un algoritmo pueden ser el resultado del diseño del algoritmo que incorpore, de manera voluntaria o involuntaria los sesgos de quienes los han diseñado. Asimismo, los sesgos pueden derivar de los datos, que no sean de calidad o que, simplemente, reproduzcan los sesgos que existen en la sociedad.

58. La Administración pública debe adoptar las medidas necesarias para evitar que los algoritmos contengan sesgos o cuando sea así poderlos identificar a tiempo para que no produzcan discriminaciones en las personas destinatarias de las decisiones adoptadas de manera automatizada.

4.4. El principio de protección de datos personales

59. Los algoritmos utilizan grandes volúmenes de datos para automatizar la toma de decisiones. Con frecuencia, estos **datos son personales**, es decir, son información relativa a una persona física identificada o identificable (art.4 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) en adelante RGPD).

60. Cuando las Administraciones públicas utilizan datos personales en la automatización de una actuación deben tener presentes los **principios** que regulan los tratamientos de datos personales previstos en el artículo 5 del RGPD. Asimismo, deben basar el tratamiento en alguna de las bases jurídicas que reconoce el artículo 6 del RGPD. En última instancia, deben dar respuesta a los derechos de las personas interesadas (arts. 12 y siguientes del RGPD), en particular, el derecho a no ser objeto de una decisión automatizada que produzca efectos jurídicos en él o que le afecten significativamente de manera similar (art. 22.1 RGPD).

61. El uso de datos personales permite que la Administración pública pueda personalizar los servicios públicos o adaptar las decisiones de la Administración pública a las necesidades, gustos u intereses de las personas o prestarlos de manera proactiva anticipando la oferta del servicio sin esperar a que sea demandado o solicitado.

62. Sin embargo, el uso de datos personales en la toma de decisiones automatizadas también puede generar **riesgos**, como puso de manifiesto el Consejo de Europa en su Declaración sobre las capacidades manipulativas de los procesos algorítmicos (adoptada el 13 de febrero de 2019) al advertir que "los medios computacionales permiten inferir información íntima y detallada sobre los individuos a partir de datos fácilmente disponibles. Esto favorece la ordenación de individuos en categorías, reforzando así diferentes formas de segregación y discriminación social, cultural, religiosa, legal y económica".

4.5. El principio de seguridad

63. El **principio de seguridad** tiene por finalidad asegurar que la Administración pública adopta las medidas necesarias para garantizar la identidad del órgano al que se imputa la decisión automatizada, que la decisión automatizada responde a la voluntad de la propia Administración y que esta no ha sido alterada. En términos generales, las medidas de seguridad que debe adoptar la Administración pública vienen definidas por el Esquema Nacional de Seguridad, aprobado por el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo.

64. La automatización de la Administración pública puede generar **riesgos específicos en la seguridad** al poder dar lugar a situaciones como la suplantación de la persona o la alteración del contenido de la información. Para hacer frente a ello, la LRJSP prevé que cada Administración pública debe determinar los supuestos y sistemas de firma electrónica que se utilizarán en el ejercicio de competencias de manera automatizada (art. 42 LRJSP). En particular, los sistemas de firma electrónica que podrán ser utilizados son el sello electrónico de Administración pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho público, basado en certificado electrónico cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica o el código seguro de verificación vinculado a la Administración pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho público.

4.6. Los principios de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las tecnologías

65. El principio de **neutralidad tecnológica** persigue garantizar la **independencia** en la elección de las alternativas tecnológicas disponibles tanto por la Administración pública como por las personas que se relacionan con ella. Asimismo, se pretende asegurar la libertad para desarrollar e implantar los **avances tecnológicos** en un ámbito de libre mercado (art. 2.a) RAFME).

66. La incorporación de la inteligencia artificial en la Administración pública puede poner en entredicho estos principios en la medida en que el desarrollo de buena parte de las tecnologías disruptivas está en manos de pocas empresas, algunas de ellas, multinacionales que han visto en la inteligencia artificial una buena opor-

tunidad de negocio, lo que puede comportar que en un determinado momento la Administración Pública pueda llegar a **depender tecnológicamente** de las empresas que les proveen de la tecnología.

4.7. El principio de personalización y proactividad

67. La **personalización** consiste en la **adaptación** de una decisión o un servicio a las necesidades, características o intereses de las personas interesadas. Por su parte, la **prestación proactiva** persigue **anticipar** la adopción de actos o la prestación de los servicios a la solicitud que pueda realizar el usuario o persona interesada. En particular, según el art.2.c) RAFME, la proactividad se refiere a "la capacidad de la Administración Pública para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos".

68. Tanto la personalización como la prestación proactiva de los servicios públicos puede basarse en el **análisis automatizado** de datos a través de algoritmos. En unos casos, el análisis de las grandes cantidades de datos de que dispone la Administración pública relativos a los servicios que presta permite identificar patrones de comportamiento y pautas de conducta cuyo conocimiento ha de permitirle personalizar los servicios a las necesidades y circunstancias de sus destinatarios. En otros casos, el análisis de los datos de una persona disponibles y dispersos en una o diversas Administraciones públicas, sobre la base del conocimiento adquirido del comportamiento de otros conciudadanos, permite anticipar sus necesidades y prestarle u ofrecerle de manera proactiva un determinado servicio.

5. SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

69. El uso de la tecnología y, en particular, de la inteligencia artificial debe contar con la **supervisión humana** para garantizar la fiabilidad de los resultados y la licitud del uso de la inteligencia artificial. En esta dirección, la Carta de Derechos Digitales reconoce que "Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial".

70. Pero más allá de esta declaración, no se puede desconocer que la actuación automatizada, como cualquier acto de la Administración pública, debe someterse al **control**. Este control puede realizarse *ex ante*, asegurando que la decisión se adopta de acuerdo con el procedimiento previsto para garantizar los derechos de las personas interesadas. El control también puede realizarse *a posteriori* con el fin de poder valorar la validez de la decisión adoptada de manera automatizada.

71. La supervisión se puede concretar a través de la **aprobación** de las especificaciones técnicas de los algoritmos, la identificación de los mecanismos de supervi-

sión y control o la valoración de su impacto en los principios de funcionamiento de las Administraciones públicas y en los derechos y libertades de las personas.

72. En esta dirección, el artículo 41.2LRJSP dispone que deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones y la programación. También deberá concretarse el **órgano encargado de realizar el seguimiento** del funcionamiento de la actuación administrativa, es decir, de su mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Por último, también se prevé que se deberá identificar el órgano que será considerado responsable a efectos de impugnación.

73. De este modo, la LRJSP reconoce la **supervisión humana** de la actuación administrativa automatizada tanto con carácter previo, en relación con el diseño del algoritmo que utilice como con carácter posterior, respecto al control de las decisiones que se adopten de manera automatizada, pasando por el funcionamiento a través del seguimiento y, en su caso, la auditoría de su funcionamiento.

74. El nivel de supervisión humana y la capacidad de las personas para efectivamente poder supervisar el diseño, funcionamiento y las decisiones adoptadas de manera automatizada dependerá de los conocimientos, capacidades y recursos de que disponga cada órgano administrativo o cada Administración pública. Para dar respuesta a las limitaciones que puedan existir, se ha impulsado la creación de la Agencia Estatal de Supervisión de la Inteligencia Artificial.

75. La Agencia Estatal de Supervisión de la Inteligencia Artificial fue creada por la Disposición adicional centésimo trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. La agencia está dotada de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, con potestad administrativa, y actuará con plena independencia orgánica y funcional de las Administraciones Públicas (Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial). Entre sus finalidades se ha previsto minimizar los riesgos sobre la seguridad y salud de las personas y así los derechos fundamentales que pueda entrañar el uso de la inteligencia artificial. En particular, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, prevé, entre los fines de la agencia "la supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan inteligencia artificial y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales" (disposición adicional séptima). Después de seguir el procedimiento previsto en la Orden PCM/946/2022, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se inicia el procedimiento para la determinación de la sede física de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, el Consejo de Ministros, en su sesión de 5 de diciembre, adoptó el acuerdo por el que la ubicación de la sede de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial será en A Coruña.

76. Desde un punto de vista general, el **control de las decisiones** adoptadas de manera automatizada se llevará a cabo a través de los mecanismos de control de la actividad de las Administraciones públicas tales como los recursos administrativos (*infra* § 33.51) o el recurso contencioso administrativo (*infra* § 34.1). Mas será necesario garantizar que los órganos de control y los juzgados y tribunales de lo contencioso administrativo tengan los conocimientos necesarios para poder enjuiciar adecuadamente los resultados del uso de los algoritmos por las Administraciones públicas.

6. EL IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

77. Una de las consecuencias de la automatización de la Administración pública es que determinadas tareas desarrolladas hasta ahora por empleados y empleadas públicas pasen a ser realizadas por ordenadores, algoritmos y robots. De hecho, según algunos estudios el 47% de los trabajos actuales están en alto riesgo de ser automatizados en los próximos 10 o 20 años (FREY y OSBORNE, 2017: 38).

78. En paralelo, la Administración pública deberá incorporar a personas con **perfiles profesionales adecuados** para liderar y desarrollar el proceso de automatización (no solo ingenieros o informáticos o analistas de datos sino también juristas o filósofos especialistas en tecnología) y también deberá formar al personal que ya está a su servicio con las competencias necesarias para poder participar activamente en dicho proceso así como asumir aquellas tareas más complejas que no puedan automatizarse en las que puedan añadir más valor que la inteligencia artificial o que a día de hoy son difícilmente automatizables por requerir habilidades como la empatía, la creatividad, inteligencia emocional o capacidad de negociación (GALINDO y LOSA, 2021: 228 y ss.).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Andrés BOIX PALOP, "Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones", *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 11 (2020), pp. 223-269.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza COM(2020) 65 final*, 2020.

Carl Benedikt FREY y Michael A OSBORNE, "The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?", *Technological forecasting and social change*, núm. 114 (2017), pp. 254-280.

Ramon GALINDO CALDÉS y Virginia LOSA MUÑIZ, "Los retos del empleo público ante la transformación digital local", en Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ, *La transformación digital de la Administración local*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021, pp. 201-240 .

Alejandro HUERGO LORA, *Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo*, en Alejandro HUERGO LORA, La regulación de los algoritmos, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2020, pp.23-87.

Isaac MARTÍN DELGADO, "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", *Revista de Administración Pública*, núm. 180 (2009), pp. 353-386.

Juli PONCE SOLÉ, "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50 (2019).

Julián VALERO TORRIJOS, *El régimen jurídico de la e-Administración*, Granada, Comares, 2007.

OECD, "Engaging citizens online for better policy-making", *Policy Brief, marzo*, 2003.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ, "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General De Derecho Administrativo*, núm. 50 (2019).

Agustí CERRILLO i MARTÍNEZ, *La Transformación digital de la administración local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021.

Lorenzo COTINO HUESO y Marcelo BAUZA REILLY, *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Eduardo GAMERO CASADO y Francisco PÉREZ GUERRERO. (Editores), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 555-579
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L22
© Mariola Rodríguez Font
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 22
ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN Y CONTROL

Mariola Rodríguez Font
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. LA ACTIVIDAD LA POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO REFERENCIA FINALISTA.—2. LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN Y CONTROL: 2.1. El impacto de las políticas liberalizadoras y simplificadoras en la actividad de ordenación y control; 2.2 Principios rectores fundamentales: legalidad, igualdad, proporcionalidad y precaución.—3. PRINCIPALES INSTRUMENTOS: 3.1. Instrumentos de ordenación: *3.1.1. Las normas jurídicas*; *3.1.2. La autorregulación regulada; 3.1.3. La planificación*; 3.2. Instrumentos de control: *3.2.1. Las acreditaciones, homologaciones y certificaciones; 3.2.2. La inspección; 3.2.3. Los registros; 3.2.4. Las órdenes; 3.2.5. Las autorizaciones; 3.2.6. Las comunicaciones y declaraciones responsables*.—4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y LA COMUNICACIÓN, EN ESPECIAL. PARTICULAR REFERENCIA A SUS "MOMENTOS PROCEDIMENTALES": 4.1. Momento anterior a la presentación: relaciones entre particular, Administración y otros sujetos; 4.2. Momento de presentación: en especial, la eficacia; 4.3. Momento posterior a la presentación: deber de control formal, material e inspección de la Administración.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA ACTIVIDAD LA POLICÍA ADMINISTRATIVA Y LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO REFERENCIA FINALISTA

1. Buena parte de la construcción teórica estructurante del Derecho administrativo tiene su origen en la explicación de los distintos tipos de actividad que desarrolla la Administración pública (*supra* § 1.38). En España, a mediados de siglo xx, el profesor Jordana de Pozas, en un ensayo publicado en la Revista de Estudios Políticos, presentó una clasificación que, asumiendo la dualidad extendida en la doctrina europea que diferenciaba la actividad de policía de la actividad prestacional, añadió una tercera forma de actividad. Se instituyó, así, una de las tríadas más famosas de nuestro Derecho, que es la que distingue entre la **actividad de policía, de servicio público y la actividad de fomento** (*supra* § 1.40) Tras un repaso a las teorías de Romano y Merkl, el profesor Jordana sostuvo que el "concepto de la policía, como medio de mantener el orden público, ampliamente entendido, mediante la limitación de las actividades privadas, y de restablecerlo por la fuerza, una vez perturbado, conviene perfectamente al Derecho administrativo español" (JORDANA, 1949: 44).

2. Esta ordenación ha resistido, incólume, al paso de los años (para muestra, un botón), pero no a los lógicos y justificados intentos de actualización, dado el flujo desbordante de actividad material de la Administración o al cauce por el que hoy discurren las relaciones entre Estado y sociedad (p. ej. la gestión de riesgos, la actividad de regulación o la que despliega la llamada "Administración garante") (*supra* § 1.43). En cualquier caso, tanto si consideramos que las nuevas realidades son de difícil encaje en las categorías tradicionales, como si creemos que, a pesar de todo, continúan siendo reconducibles a ellas, lo cierto es que no existe, hoy en día, un planteamiento general, abstracto y ordenador, con mayor capacidad explicativa y didáctica**.**

3. Por lo que se refiere a la actividad de policía en sentido estricto, su referencia finalista es el mantenimiento y preservación del orden público, y, su función, evitar los riesgos que pudieran perturbarlo. El **orden público** es un concepto jurídico indeterminado que, en su concepción histórica, guardaba íntima relación con la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas (p. ej. Constitución de Cádiz, de 1812). En los primeros preceptos del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL, en adelante), se recoge esta noción: los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados "En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas". Esta orientación, dirigida a la protección de personas y bienes aparece en la Constitución de 1978, en especial, en la competencia estatal en materia de seguridad pública del artículo 149.1.29, y en la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, que el artículo 104 encomienda a las fuerzas y cuerpos de seguridad.

4. La policía administrativa no tardó en identificarse con las tareas desarrolladas, principalmente, por las **fuerzas y cuerpos de seguridad** y, por lo tanto, con una parcela muy específica de funciones del Estado. A lo largo del siglo xx, y por obra sobre todo de la doctrina y jurisprudencia francesas, el concepto de orden público se extendió, además, a diversos sectores dando lugar a lo que se conoce como **policías especiales**: sanitaria, forestal, de aguas, económica, etc. La Administración se valía, para el mantenimiento del orden público en estos ámbitos, de fórmulas jurídicas con un claro cometido preventivo y de control: autorizaciones, órdenes, inspecciones, y también sanciones; técnicas que fueron perfilándose y consolidándose en estos contextos. Así, a medida que las disposiciones normativas atribuían a las Administraciones competencias para imponer restricciones a la libertad y actividad de los ciudadanos, con base en el interés general —y, por lo tanto, por razones que poco tenían que ver con la noción estricta de orden público—, comenzaron los intentos de la doctrina de reformar o sustituir este concepto en crisis aparente y permanente que resulta ser la actividad de policía.

5. Esta intención de desmarcarse responde, entre otros, a la falta de acomodo del significado y referencias originales de la actividad de policía con el alcance que tiene hoy el conjunto de la **actividad administrativa limitadora**, dentro de la cual aquella pasa a considerarse una fracción o parte. Así, algunos autores se refieren a ella como la actividad de intervención, de ordenación, de limitación, de ordenación y control, de coacción, etc. Es innecesario detenerse demasiado en este aspecto, pues todas las opciones resultan válidas. También la de mantener la denominación original, siempre que se interprete su referencia finalista de forma amplia: el orden público ha evolucionado y podría decirse que hoy abarca el respeto a los derechos y libertades públicas fundamentales y, por supuesto, el cumplimiento de la legalidad. Una de las últimas definiciones de este concepto, la ofrece la Directiva 2006/123 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios o DSMI); que lo define, según interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el que "abarca la protección ante una amenaza auténtica y suficientemente importante que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad y podrá incluir, en particular, temas relacionados con la dignidad humana, la protección de los menores y adultos vulnerables y el bienestar animal". Se considera el orden público como una razón imperiosa de interés general y, por tanto, como veremos, uno de los títulos que habilitan a los poderes públicos a poner límites a las actividades (económicas) de los particulares.

6. Por nuestra parte, nos decantamos por la denominación de **"actividad de ordenación y control"**, pues separarlas en estos dos grandes grupos nos parece el modo más pedagógico de abordar el estudio de las técnicas que acopia. Consideramos que lo que mejor define esta forma de actividad no es la consecución del interés general —finalidad que se presume de toda acción administrativa, sea de servicio público, fomento o cualquier otra— sino las fórmulas jurídicas utilizadas para dirigir, limitar o verificar las conductas de los particulares, velando por los derechos y libertades

públicas, conjugando los intereses privados y públicos, y garantizando el respeto al ordenamiento jurídico a través del ejercicio de potestades administrativas (normativa, autorizatoria, inspectora, etc.).

2. LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN Y CONTROL

2.1. El impacto de las políticas liberalizadoras y simplificadoras en la actividad de ordenación y control

7. La formación de un mercado único en los países de la Unión Europea, y la eliminación progresiva de las barreras que pudieran oponerse a la libre actividad económica y de establecimiento, marcó una gran impronta en el régimen de intervención de las Administraciones públicas. La reforma o transformación más profunda en esta materia es, sin duda, la que operó la mencionada **Directiva de Servicios**, que se centró en las actividades económicas más comunes y generales, las que acometen las pequeñas y medianas empresas, las pymes. Esta norma —que definió la actividad de servicios como "cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración" (art. 4 DSMI)—, no alcanzó, por lo tanto, los grandes servicios y actividades económicas de interés general (banca, transportes, telecomunicaciones, servicios en red, etc.), que quedaron fuera de su ámbito, ordenándose en torno a otro modelo de actividad administrativa, la regulación, de desarrollo más reciente en Europa (*infra* § 25.26).

8. En nuestro país, la **transposición de la Directiva de Servicios** se llevó a cabo mediante varias leyes y reglamentos, tanto del Estado como de las comunidades autónomas, e incluso de los ayuntamientos. De entrada, el Estado aprobó dos leyes: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como "Ley paraguas") y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de varias leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio ("Ley ómnibus"). Otras normas estatales posteriores, con afectaciones en la materia, fueron la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). También las comunidades autónomas aprobaron sus propias leyes, con respeto a las leyes estatales mencionadas. En ocasiones, las comunidades autónomas entendieron que las leyes básicas estatales contenían un mínimo de liberalización ampliable en cada comunidad. Así ocurre, por ejemplo, con la Ley madrileña 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial.

9. Tras detectar que las principales dificultades con las que se encontraban las pymes, en el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, era la complejidad y extensión de los procedimientos administrativos (retrasos, trámites innecesarios, exceso de formalidades, etc.) y que ello suponía un indeseable efecto disuasorio, se impuso a los Estados una obligación de **simplificación**. Debían reducir el número de procedimientos, manteniendo, sólo, los indispensables para conseguir los objetivos de interés general, bajo el compromiso de sustituirlos, siempre que fuera posible, por alternativas menos gravosas para los prestadores. El propósito de las normas pasó a

ser la **supresión de los regímenes de autorización**, que, por considerarse demasiado onerosos y obstaculizantes, sólo podrían mantenerse en caso de justificar, convenientemente, la presencia de una razón imperiosa de interés general. El principio básico y general de eliminación de toda intervención administrativa previa a la actividad económica o a la prestación de servicios fue, sin duda, la determinación más trascendente y rotunda que estableció la Directiva. Pero la liberalización y simplificación no afectó sólo a procedimientos y trámites. Cualquiera **requisitos** a los que las normas previeran someter el acceso y ejercicio de actividades —entendiéndose por requisito, cualquier obligación, prohibición, condición o límite previsto en el ordenamiento o derivado de prácticas administrativas o jurisprudencia (art 3.8 de la Ley 17/2009)—, debían ajustarse a estos criterios: a) No ser discriminatorios; b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados a la misma; c) ser claros, inequívocos y objetivos; y d) ser públicos, transparentes y accesibles.

10. El concepto de **«razones imperiosas de interés general»**, al cual hace referencia la Directiva de Servicios, fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europa en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), siendo un concepto dinámico que puede, por lo tanto, seguir evolucionando. Sin entrar a citarlos todos, abarca los ámbitos del orden público, seguridad y salud públicas, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, bienestar animal, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, etc.

11. La Unión Europea apostó, entonces, por la liberalización, y por un modelo de intervención sobre las actividades de los particulares, el centro del cual dejó de ser la actividad de control previo de la Administración. Se produjo un cambio de eje vertebrador del sistema, que se caracterizó por situar a ésta en un segundo plano, substituir el **control *ex ante*** (representado, principalmente, por los regímenes autorizatorios) por el ***ex post*** (con el encumbramiento de las técnicas de la declaración responsable y comunicación), y por permitir que los ciudadanos desarrollaran sin interferencias sus negocios, pero trasladándoles, en contrapartida, una responsabilidad inaudita.

2.2. Principios rectores fundamentales: legalidad, igualdad, proporcionalidad y precaución

12. La de ordenación y control es un tipo de actividad administrativa en la que operan, con especial intensidad, los principios de legalidad y proporcionalidad —tanto en el momento de establecimiento o regulación de las distintas técnicas, como en el de su material puesta en práctica— puesto que guarda una indiscutible capacidad de restringir, como ninguna otra, la **libertad de los ciudadanos**; valor fundamental y supremo de su, constitucionalmente consagrado, estatuto jurídico (art. 10.1 de la Constitución Española, CE).

13. Dado que las actividades de los particulares —tanto las económicas como la no económicas— normalmente están amparadas por un **derecho fundamental**

(como el derecho de reunión [art. 21 CE], el derecho de propiedad [art. 33 CE], el derecho al trabajo [art. 33 CE] o el derecho de libre empresa [art. 38 CE]), la posible reglamentación o control administrativo sobre la actividad de los particulares está sometido a **reserva de ley** (art. 53.1 CE). Esto es, toda la actividad administrativa limitadora debe quedar cubierta por una norma con rango de ley que, de forma precisa, predetermine las medidas que pueden adoptarse y los órganos administrativos competentes para hacerlo. Sobre esta premisa cabe hacer, por lo menos, tres precisiones. La primera, el atemperamiento de esta reserva de ley en el ámbito local, donde las Administraciones sólo ostentan la potestad reglamentaria (*supra* § 6.51). La segunda, la posibilidad común e indispensable de desarrollo reglamentario de las medidas. Y la tercera, que, a pesar del mandato de precisión, existen aún en nuestro ordenamiento apoderamientos genéricos de intervención: algunos son remanentes de la visión autoritaria que encarnaban los conocidos como reglamentos de policía o cláusulas de policía u orden público (véase el ya mencionado art. 1.1 RSCL), otros más recientes son admisibles si se interpretan en el contexto de la ley que los integra (p. ej. art. 24 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

14. El **principio de igualdad**, entroncado con el artículo 14 CE, prescribe que las medidas de limitación de las actividades privadas se adopten por las Administraciones competentes sin caer en discriminación alguna. Como principio general, opera como un límite frente a los poderes públicos, tanto en su vertiente positiva —imponiendo un tratamiento igualitario sobre los sujetos o actividades que se encuentren en iguales circunstancias—, como negativa —instaurando una prohibición general de trato desigual ante las mismas situaciones—; sin perjuicio de que haya casos en los que dicho trato pueda quedar justificado y, por lo tanto, no se conculque este principio (entre otras, STC 200/2001, FJ 4).

15. *Grosso modo* diremos que el **principio de proporcionalidad** predica la adecuación entre las medidas de intervención sobre las actividades privadas y los fines de interés general que, con ellas, la Administración pretende conseguir. Tradicionalmente recogido en el ámbito local (art. 84.2 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, —en adelante, LBRL—), su importancia fue puesta en valor, tras la Directiva de Servicios, por relevante normativa nacional, como la LGUM o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público —LRJSP—: "Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias" (art. 4).

16. El principio constitucional de proporcionalidad sólo puede comprenderse de forma completa atendiendo a ciertos **subprincipios, *tests* o reglas de aplicación**, que orbitan a su alrededor y forman parte de su trayectoria. Son los subprincipios de adecuación, necesidad y ponderación (STC 66/1995, FJ 5). Con base en el subprincipio o *test* de **adecuación**, cualquier reglamentación o control administrativo debe ser idóneo para el fin de interés general pretendido; según el subprincipio o *test* de

necesidad, entre varias opciones limitativas igualmente adecuadas ha de elegirse siempre la que menor sacrificio impone a la libertad individual; finalmente el subprincipio o *test* de **ponderación** exige que todo sacrificio en la libertad individual sirva para un beneficio cualificado en otro concreto bien, derecho o interés constitucional**.**

17. En la actualidad, no puede entenderse el principio de proporcionalidad y, en general, la actividad administrativa de ordenación y control sobre las actividades de los particulares, sin una mención al **principio de precaución,** que le complementa, sobre todo, en entornos con presencia de riesgos —cada vez más numerosos—. En ámbitos como el ambiental o el de la salud humana o animal, la arquitectura interventora descansa sobre el llamado sistema de análisis de riesgos, en el que la toma de decisiones administrativas trae causa de un previo análisis científico. Cuando este —que es abordado por agencias u organismos especializados— no permite determinar el riesgo existente con certeza suficiente, los llamados "gestores del riesgo" —gobiernos y Administraciones— pueden utilizar el recurso al principio de precaución, si hay indicios de posibles efectos potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido. Este principio les legitima a adoptar medidas, a menudo contundentes y de gran impacto sobre las actividades privadas, que no debieran ser fruto de decisiones desproporcionadas en relación con el nivel de protección buscado. Este nivel actúa como referencia finalista de los sistemas de análisis del riesgo en general, del mismo modo que el orden público lo es de la policía administrativa.

18. Los ejemplos reales de invocación del principio de precaución se han traducido, la mayoría de las veces, en la adopción de medidas capaces de sacudir no sólo actividades sino sectores enteros, como sucedió con el **caso del aceite de orujo**, en 2004. Una noticia, publicada en un diario de la República Checa, acusando al aceite de orujo español de contener sustancias cancerígenas, estuvo en el origen, junto a una preliminar evaluación de los riesgos derivados de dicho producto, de la activación de una alerta de seguridad alimentaria. Basándose en el estado del conocimiento científico y en las recomendaciones del Ministerio competente, algunas consejerías autonómicas de nuestro país decretaron —mediante orden y con base en el principio de precaución— la inmovilización cautelar y transitoria de todas las partidas de aceite de orujo. La vigencia de dicha orden no duró ni 15 días; sus consecuencias, años. Muy relevante es, al respecto, la STSJ de Andalucía, que contiene un pormenorizado escrutinio sobre la aplicación del principio de precaución que se hizo por parte de la Administración autonómica y estatal: STSJ Andalucía de 5 de enero de 2006, ECLI:ES:TSJAND:2006:2.

3. PRINCIPALES INSTRUMENTOS

19. La política europea liberalizadora, además de potenciar principios administrativos de actuación, tiene un impacto directo en las técnicas de ordenación y control. No sólo por la relevancia de las revisiones que acomete sobre algunas de ellas, sino por la sutil propuesta de parcelación en dos grandes grupos que plantea, en función de si representan un control ***ex ante*** **o** ***ex post*** de las actividades privadas. Mientras los instrumentos de ordenación responden, por naturaleza, a lo que puede considerarse un control *ex ante*, los instrumentos de control, en sentido estricto, pueden ser tanto *ex ante* como *ex post*. Con todo, la predilección por un modelo interventor pivotante sobre este segundo tipo de controles es clara. La evidencia principal es la opción de sustituir las autorizaciones por comunicaciones y declaraciones

responsables; pero también la constante mención a la importancia de las tareas de inspección y comprobación de la Administración e, incluso, las especificaciones en torno a la naturaleza de los registros administrativos.

3.1. Instrumentos de ordenación

3.1.1. Las normas jurídicas

20. Las normas jurídicas (las leyes, los reglamentos) pueden considerarse instrumentos de ordenación pública, en sentido amplio, en tanto instauran condiciones y requisitos para el ejercicio de actividades privadas y, en general, conjuntos de prohibiciones, deberes y obligaciones, que afectan a la esfera jurídica de los ciudadanos. Hablamos de ordenación administrativa, en sentido estricto, si proviene de una Administración en ejercicio de su potestad normativa. Los **reglamentos** son un instrumento de ordenación, en primer lugar, porque así lo recoge nuestro ordenamiento (p. ej.: art. 84 LBRL, que faculta a las entidades locales a intervenir la actividad de los ciudadanos mediante ordenanzas municipales). En segundo lugar, porque su existencia se justifica, en no pocas ocasiones, en la necesidad de desarrollar la regulación de técnicas de control previamente instauradas por una ley (como sucede con las autorizaciones, declaraciones responsables o los deberes de registro).

21. El reglamento, entendido como instrumento de ordenación, queda sometido al previo cumplimiento de una serie de principios, considerados de **buena regulación**, que cargan a la Administración con la tarea, nada menor, de cuestionarse, de entrada, la necesidad del mismo (*supra* § 16.50). En efecto, en aplicación del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizarlos. En atención al de proporcionalidad deberá, además, contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a sus destinatarios, según dispone el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

3.1.2. La autorregulación regulada

22. Además de las normas jurídicas —que son elaboradas por sujetos públicos, representantes del poder legislativo y ejecutivo— y van acompañadas de medios coercitivos (tanto para garantizar su cumplimiento como para sancionar su contravención), existen normas y controles elaborados por sujetos privados fruto de la **autorregulación**. Estas normas y controles se convienen de común acuerdo, su cumplimiento es voluntario y no gozan del respaldo de mecanismos de coacción externa. En muchos casos, los efectos de la autorregulación no rebasan la órbita privada en la que

se gesta; pero, en otros muchos, sus referencias o resultados sí trascienden a la misma para ser tomados en consideración por las instancias públicas.

23. Así sucede, por ejemplo, respecto de parte importante de la autorregulación existente en materia de actividades económicas. Ciertas normas y controles elaborados por operadores privados (agentes económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales, etc.) gozan de reconocimiento técnico y/o político, y, por una decisión de política legislativa —en el marco de la transformación de las formas de gobernanza, impulsada por la Unión Europea—, alcanzan, en mayor o menor grado, relevancia para el Derecho público, convirtiéndose en una técnica o instrumento que las propias disposiciones jurídicas ponen en manos de las Administraciones para gestionar los fines que el ordenamiento jurídico les encomienda: en el caso que nos ocupa, los dirigidos a la ordenación (y también control) de actividades de sujetos privados. Este tipo de autorregulación se conoce como **autorregulación regulada**.

24. El ámbito de actuación de la autorregulación —considerada un complemento de la regulación jurídica—, se ha ampliado, extendiéndose a importantes espacios de la seguridad de los productos, internet y comercio electrónico, plataformas digitales, publicidad, medio ambiente, servicios profesionales, etc. Dentro de estos ámbitos, la autorregulación puede adoptar distintas manifestaciones: códigos o manuales de buenas prácticas, sistemas de control de riesgos, normas técnicas, etc. Un buen ejemplo de estas últimas son las conocidas normas ISO: normas técnicas internacionales —no jurídicas— elaboradas por la *International Organization for Standardization* (entidad privada).

25. Otro ejemplo es el **Sistema de Análisis de Peligros y de Puntos Críticos de Control** —APPCC—, creado en los años setenta por la empresa Pillsbury, con la NASA y los laboratorios de la armada estadounidense, para garantizar la seguridad de los alimentos consumidos por los astronautas. En los noventa, este sistema fue impulsado para garantizar la inocuidad de alimentos y piensos por la Comisión del *Codex Alimentarius* (organismo internacional creado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y la Organización Mundial de la Salud). El APPCC se aplicó durante décadas, de forma voluntaria, por gran parte del sector alimentario, hasta que normas jurídicas europeas y nacionales dispusieron que fuera de aplicación obligatoria a toda la cadena, excepto a la producción primaria; a la que, por otro lado, sí le es de aplicación otra importante manifestación de autorregulación en este contexto, como las guías de buenas prácticas en materia de higiene.

3.1.3. La planificación

26. La **planificación** es una técnica jurídico-administrativa prevista en el Derecho positivo (p. ej. art. 4 LBRL), y es, asimismo, una potestad connatural a la Administración pública, de carácter discrecional, estructurante y, a menudo, facilitadora del ejercicio de otras potestades. Su resultado, los planes, siguen a menudo procedimientos pautados de elaboración, pueden o no tener naturaleza normativa y, por lo tanto, ser objeto de control por los tribunales (supra § 18.28). Esta variedad de características dificulta la conceptualización de esta técnica-potestad y, con ello,

sus posibilidades de ser entendida como una forma de actuación administrativa con entidad propia.

27. A efectos de lo que interesa en este capítulo, la planificación como instrumento de ordenación puede tener como destinataria la propia Administración o los ciudadanos. En el primer caso, la planificación constituye un apoyo imprescindible de una posterior actividad administrativa de control; sin, por tanto, capacidad para afectar directamente los derechos o actividades de los ciudadanos (planificación interna de la administración). En el segundo caso, la planificación conlleva una intervención limitativa no mediada, ordenando la sociedad, la economía, el medio ambiente o el territorio (*supra* § 18.16).

28. Buen ejemplo de los planes con eficacia interna son los **planes de inspección**: recaigan sobre el ámbito que recaigan (espectáculos públicos, control oficial de alimentos, etc.) tienen por finalidad determinar los objetivos principales y las actuaciones prioritarias de los órganos u entidades competentes. Entre los planes con eficacia externa merecen especial mención los planes territoriales y urbanísticos, que establecen un conjunto de derechos, obligaciones y cargas susceptibles, por naturaleza, de afectar, entre otros, al derecho de propiedad, y que han sido considerados, por la jurisprudencia, como disposiciones de rango reglamentario. De planificación con efectos externos existen otros ejemplos, como el que se da en el contexto de los sectores regulados; consistente, por un lado, en una previsión (p. ej. de necesidades energéticas futuras), y por el otro, y con base en ella, en la incorporación de decisiones vinculantes y condicionantes para los sectores (relativas a las grandes infraestructuras que vertebran el sistema energético nacional, sobre las que los operadores ejercen su actividad y de las que depende la propia garantía del suministro, siguiendo con el ejemplo).

29. Una parte importante de la planificación realizada por las Administraciones desborda la actividad de ordenación, pudiendo inscribirse en la actividad de fomento y servicio público o a caballo entre las tres formas clásicas de actividad.

30. En estos casos, la planificación actúa como un instrumento de organización de objetivos y compromisos públicos y privados (p. ej. Plan Agenda 2030), como una forma de organización de recursos públicos (p. ej. planes provinciales de obras y servicios) e incluso como un principio que deben respetar las Administraciones públicas y que les obliga a elaborar y hacer público un plan normativo que contenga las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente (planificación normativa del art. 132 LPAC, *supra* § 16.55).

3.2. Instrumentos de control

3.2.1. Las acreditaciones, homologaciones y certificaciones

31. La **acreditación** es la actividad formal o el procedimiento mediante el que una Administración constata el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos normativamente por parte de un ciudadano o una organización, pública o privada, y, a la vez, constituye el documento —con efectos jurídicos— en el que se formaliza tal comprobación.

32. Lo cierto es que se dan muchos ejemplos de acreditación y abarcan ámbitos muy dispares: desde la acreditación de profesor agregado que concede la *Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya* tras constatar la consecución de un nivel de excelencia en investigación de los solicitantes (equivalente a la de profesor titular otorgada por la Agencia Nacional de Evaluación de la

Calidad y Acreditación —ANECA—), pasando por la acreditación administrativa de la condición de víctima de trata de seres humanos y/o explotación sexual, que en Aragón es competencia del Instituto Aragonés de la Mujer, o la acreditación de competencias profesionales, en sectores con un número significativo de personas con competencias adquiridas a través de la experiencia laboral o vías no formales de formación, que en Extremadura otorga el Instituto Extremeño de las Cualificaciones y Acreditaciones. Con todo, además de la acreditación que tiene como destinatario a sujetos particulares, existen ejemplos de acreditación de entidades tanto privadas como públicas. Este sería el caso, por ejemplo, de la acreditación de centros de titularidad privada prestadores de servicios sociales, que prevén diversas normas autonómicas, o el de la acreditación institucional de centros universitarios ante el Consejo de Universidades y en el que ANECA realiza la evaluación correspondiente.

33. Ahora bien, no todas las funciones de acreditación son desarrolladas por una Administración pública. La acreditación es, también, una herramienta asentada internacionalmente, por medio de la cual una **entidad privada**, designada por el Gobierno (en España, la Entidad Nacional de Acreditación, ENAC) avala la competencia técnica de otras —también de carácter privado— para llevar a cabo actividades de control y certificación (denominadas, propiamente, actividades de evaluación de la conformidad: verificaciones, ensayos, calibraciones, inspecciones, certificaciones, etc.), cuyo objetivo es certificar que un producto, servicio, sistema o instalación, es conforme a los requisitos establecidos por una norma jurídica, una norma técnica privada (p. ej. ISO, UNE, EN) u otros documentos de naturaleza voluntaria.

34. La **actividad de certificación administrativa** se erige como una función pública que ostentan ciertos órganos administrativos, materializada en la expedición de un documento público, por medio del cual atestiguan o hacen constar la existencia de situaciones, hechos o datos, así como el cumplimiento de obligaciones legales. Se trata de declaraciones de conocimiento (no de juicio o voluntad), con presunción de validez y veracidad.

35. Por ejemplo, el certificado de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social, o de constar inscrito en un registro, como el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos o el correspondiente registro autonómico de establecimientos turísticos.

36. Por último, la **homologación** por la Administración consiste en el procedimiento dirigido a comprobar que las características o cualidades de un producto (un prototipo, un objeto, un documento, un servicio, y no, por lo general, un sujeto), respetan los requisitos o especificaciones establecidos en las reglamentaciones administrativas y técnicas que resulten de aplicación. El resultado de esta verificación es un certificado que reconoce dicho cumplimiento —y, con ello, el nivel adecuado de seguridad y/o calidad— y que, nuevamente, tiene efectos en el tráfico jurídico; por ejemplo, el de permitir la comercialización de un coche, o el de ejercer una determinada profesión, en el supuesto de homologación de títulos extranjeros. Sin perjuicio de lo dicho, hay que tener en cuenta que, en la actualidad, en la mayor parte de sectores las tareas de homologación se desarrollan por sujetos privados en un sistema de autorregulación.

37. La **homologación administrativa de un título extranjero** a un título oficial español supone el reconocimiento de que la formación superada en otro país es equivalente a la exigida para la obtención de un título español de los incluidos en el catálogo de títulos universitarios oficiales. Así, desde que se expide, la homologación otorga al título extranjero, en todo el territorio nacional, los mismos efectos académicos y profesionales que el grado o título del del sistema académico español con el cual se homologa.

3.2.2. La inspección

38. La potestad administrativa de inspección tiene por objeto la **comprobación** del cumplimiento de los deberes, las limitaciones o las prohibiciones que pesan sobre las actividades de los sujetos privados. El artículo 4.2 LRJSP contiene una habilitación general a las Administraciones públicas cuando prescribe que velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación aplicable, para lo cual podrán "comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias".

39. La de inspección es una actividad con sus propios medios, fines y funciones que, a menudo, se manifiesta como **instrumental o auxiliar** de otras, puesto que sus resultados justifican el ejercicio de ciertas potestades públicas (la sancionadora, tras detectar un incumplimiento, por ejemplo, en materia de protección ambiental) y la adopción de medidas administrativas encajables en grandes categorías, como la prevención de riesgos (p. ej. con la prohibición de comercialización de un alimento, una vez constatada su falta de seguridad) o la aún más genérica de restablecimiento de la legalidad alterada (p. ej. a través de la adopción de órdenes, como la de insonorizar un establecimiento que rebasa los decibelios máximos).

40. Son las **leyes sectoriales** (en materia de medicamentos, educación, sanidad, de seguridad industrial, etc.) las que ordenan, con mayor o menor densidad, el ejercicio de la actividad inspectora, concretando las condiciones y formalidades exigibles en cada ámbito, pues no existe una regulación general de la misma, a pesar de que la LPAC, y otras normas de carácter básico, contengan prescripciones importantes al respecto. En estas normas básicas estatales se encuentran el deber de **colaboración del inspeccionado** en las tareas inspectoras de la Administración (art. 18.1 LPAC) cuyo incumplimiento se tipifica como infracción administrativa, o el **valor probatorio** —con presunción de veracidad *iuris tantum*— que el ordenamiento jurídico otorga al **acta de inspección** (documento oficial en el que se plasman los resultados de la inspección) formalizada por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad (art. 77.5 LPAC). En efecto, en la medida que la actividad inspectora entraña el ejercicio de potestades públicas, se reserva su ejercicio al personal al servicio de la Administración que ostenta la condición de funcionario público, tal y como dispone el artículo 9.2 del Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); sin perjuicio de que personal no funcionario pueda llevar a cabo tareas de carácter técnico o material asociadas a dicha actividad.

41. Puede percibirse en algunas disposiciones normativas, sin embargo, cómo el alcance de la **colaboración de sujetos jurídico-privados,** en el ejercicio de la actividad inspectora, va más allá de la colaboración en el desempeño de tareas auxiliares.

42. Un claro ejemplo es **Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto**, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas, que establece que las administraciones públicas pueden encomendar el ejercicio de funciones de inspección y control a entidades colaboradoras debidamente habilitadas, y que los hechos constatados por el personal técnico habilitado de dichas entidades, así

como cualquier actuación técnica que les sea encargada, se documentará en las correspondientes actas, informes y certificaciones, que tendrán la misma validez jurídica que los emitidos por el personal de la Administración encargado de las mismas (arts. 91 y 95).

43. En todo caso, el ejercicio de la actividad inspectora debe desarrollarse con exquisito respeto a los **derechos fundamentales**, en especial a la intimidad (art. 18.1 CE), la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE), la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) y el derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE). Y debe también desplegarse —debido a la imposibilidad material de prever una inspección constante y global— bajo una adecuada organización o planificación, que optimice los medios materiales y humanos disponibles, y se base en criterios objetivos, racionales y públicos, que garanticen la legalidad de la actuación administrativa, brindando, al mismo tiempo, seguridad jurídica a los sujetos destinatarios.

3.2.3. Los registros

44. Nuestro sistema jurídico no ha desarrollado un régimen general de inscripción en registros administrativos, por lo que debe acudirse a la **legislación sectorial** para conocer, en el caso concreto, qué constituye objeto de anotación, su voluntariedad u obligatoriedad, el procedimiento a seguir o sus efectos. Los registros son herramientas indispensables para una adecuada ordenación y control de las actividades desarrolladas, en sectores tanto productivos como no productivos.

45. Los registros jurídico-administrativos pueden responder a distintas finalidades. En unas ocasiones, es posible que la mayoría, su propósito es meramente **informativo o censal**, de modo que la inscripción deviene un instrumento de publicidad y constancia de datos (p. ej., el Registro Nacional de Asociaciones), que facilita el control administrativo de sujetos, actividades o productos y la elaboración de políticas públicas y otras actividades de planificación, estadísticas y certificadoras.

46. Como ejemplo de registros que recogen datos importantes, a efectos de elaboración de políticas públicas, puede mencionarse los **registros de solicitantes de vivienda** pública que existen en las grandes ciudades y en la mayoría de las comunidades autónomas. El registro permanente de solicitantes de vivienda de Madrid, tiene como objetivo principal la recogida de datos económicos, sociales o familiares que facilite la efectiva organización de la demanda de vivienda en dicha ciudad; insiriéndose, de entrada, en la actividad prestacional de la Administración. Ahora bien, y aquí radica su naturaleza limitadora o de control: para poder participar en cualquier proceso de adjudicación de vivienda, es requisito imprescindible estar inscrito en estos registros. Por lo tanto, la inscripción en el registro se configura como un requisito o límite de acceso al parque de vivienda pública, por medio del cual la Administración trata de satisfacer —entre otros— el derecho a la vivienda de toda la ciudadanía.

47. En ciertas coyunturas, la inscripción en un registro puede tener carácter **habilitante** si se configura como requisito normativo para que los particulares puedan desarrollar sus actividades. En estos supuestos, es habitual que la inscripción se condicione a la previa obtención, por parte del sujeto interesado, de otros títulos jurídicos legitimantes del ejercicio de la actividad (autorizaciones, comunicaciones, etc.) de tal modo que, por un lado, sin ellos, queda vetada la matriculación y, por el otro, habiéndolos obtenido, puede demorarse su eficacia hasta que ésta se produce.

48. Un ejemplo lo encontramos en el art. 3.2 del Decreto andaluz 14/2006, de 18 de enero, por el que se crea y regula el **Registro de Explotaciones Ganaderas**, que dictamina que "La inscripción en el registro será requisito indispensable para el inicio de la actividad, sin perjuicio de otros permisos, autorizaciones o licencias exigibles por la normativa vigente. Asimismo, será preceptiva para la concesión de cuantas ayudas sean objeto de regulación por la Administración de la Junta de Andalucía".

49. Ahora bien, debe tenerse presente que según el artículo 17.1 LGUM, las inscripciones en registros de carácter habilitante tendrán, a todos los efectos, la **naturaleza de autorización**. Esta afirmación no es baladí, pues tras la DSMI, la generalización de los regímenes de comunicación y declaración responsable lleva aparejada la obligación de justificar la necesidad del mantenimiento de los regímenes autorizatorios —que pasan a considerarse residuales— adopten la forma que adopten (autorizaciones en sentido estricto, registros, habilitaciones, etcétera).

50. Un ejemplo paradigmático lo constituyen los **registros turísticos** de las distintas comunidades autónomas. Tras la DSMI, el ejercicio de actividades turísticas pasó a someterse a declaración responsable, de modo que los sujetos quedaron legitimados para iniciar sus actividades desde el momento de su presentación ante la Administración competente. Sin embargo, la eficacia de las declaraciones responsables se vio del todo coartada por el carácter habilitante que las disposiciones reglamentarias erraron en conferir a los registros turísticos, sin cuyo número de inscripción no se permitía el comienzo de la actividad.

3.2.4. Las órdenes

51. Una orden es un acto administrativo a través del cual la Administración impone, a su destinatario, la obligación de hacer o llevar a cabo una determinada actuación —en cuyo caso, recibe la denominación de **"mandato"**— o bien de no hacer o de abstenerse —llamada **"prohibición"**—. Las órdenes, medidas de mucho arraigo en el Derecho administrativo, deben gozar de la suficiente cobertura legal. En nuestro ordenamiento encontramos ejemplos tanto de leyes que detallan el contenido de la orden, como leyes que atribuyen a los órganos, de forma genérica, la potestad de emitir las que se estimen necesarias para la satisfacción del interés público, como sucede en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (arts. 14 a 22).

52. Existen varias **clasificaciones**. La primera es la que acabamos de apuntar, la que diferencia entre mandatos y prohibiciones, y que emana del artículo 84.1 e) LBRL. Pero también se distingue, por ejemplo, entre órdenes singulares y generales, en función de si sus destinatarios son determinados o bien es una pluralidad indeterminada de sujetos; entre órdenes positivas o negativas, según si son de hacer o no hacer; y entre **órdenes preventivas o bien correctoras**, dependiendo de si la actividad de los particulares ha producido, o todavía no, un perjuicio al interés público.

53. En todo caso, el incumplimiento de las órdenes dictadas activa la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración (*supra* § 17.82) y, con ello, la posibilidad de usar alguno de los cuatro **medios de ejecución forzosa** de los que dispone; además de, si corresponde, la incoación de un expediente sancionador (*infra* § 27.84)

54. Ilustrativas son, al respecto, las denominadas **órdenes de ejecución** (órdenes de hacer, de carácter preventivo) propias del Derecho urbanístico. Los propietarios de terrenos, inmuebles y otras

edificaciones, deben mantenerlos en condiciones adecuadas de seguridad, salubridad, accesibilidad y preservar o recuperar las condiciones de habitabilidad o uso efectivo (art. 15. 1 b) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana). Cuando los propietarios incumplen este deber legal de conservación, la Administración competente —en ejercicio de su potestad de autotutela declarativa— puede dictar de oficio una orden de ejecución de obras; fruto, por ejemplo, de un informe técnico municipal desfavorable en el marco de las tareas de **inspección**. En caso de darse un incumplimiento injustificado de la orden dentro del plazo concedido, además de la incoación de un expediente sancionador, la Administración —ahora en ejercicio de su potestad de autotutela ejecutiva— utilizará sus medios de ejecución forzosa: multas coercitivas o/y la ejecución subsidiaria, para cumplir con el contenido del acto (la orden). Un ejemplo de lo que son las órdenes de ejecución y de su procedimiento, se encuentra en el artículo 254, apartados segundo y cuarto, de la Ley cántabra 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

55. El incumplimiento de las órdenes constituye, en efecto, una infracción administrativa y puede, por lo tanto, desembocar en la imposición de una sanción. Ahora bien, debe quedar clara la diferencia entre **órdenes** y otras figuras más o menos afines como las sanciones, con las que comparten, sólo, su naturaleza de actos de gravamen. También hay que distinguirlas de ciertos instrumentos utilizados por la Administración para recordar, a los interesados, la existencia de un deber previo instaurado por una norma u acto administrativo precedente, y requerirlos o intimarlos a su cumplimiento. Nos referimos a los **requerimientos o intimaciones** que, debiendo ser asimismo cumplidos, son actos meramente declarativos, despojados del carácter constitutivo de las órdenes, que se justifican en las genéricas funciones de vigilancia de la Administración, que pueden evitar intervenciones públicas más contundentes sobre las actividades de los particulares, pero para los que no es necesario contar con una habilitación legal expresa para su dictado. Su desatención no desencadena, por sí misma, el ejercicio de la potestad sancionadora, si bien puede considerarse una circunstancia agravante (así lo prevé, por ejemplo, el artículo 71. 7. 3.ª de la Ley andaluza 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios).

3.2.5. Las autorizaciones

56. Una autorización es un **acto administrativo favorable**, por medio del cual la Administración pública permite a una persona, física o jurídica, ejercer un derecho o una facultad, tras constatar que lo pretendido por el solicitante de la autorización es acorde con la legalidad y valorar, en su caso, el interés público afectado. Las autorizaciones (también llamadas licencias, permisos, visados, etc.) son títulos habilitantes de **carácter declarativo**, que en ocasiones operan ante derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico y a veces ante la simple libertad de actuación o iniciativa privada.

57. La naturaleza de la **técnica** autorizatoria ha suscitado dudas desde sus **orígenes**. A finales del siglo XIX, con poca diferencia temporal, los profesores Oreste Ranelletti, en Italia, y Otto Mayer, en Alemania, sostuvieron puntos de partida dispares en su definición. El primero partía de la presencia de un derecho preexistente cuyo obstáculo a su ejercicio se eliminaba con la autorización, gozando entonces de carácter meramente declarativo; en cambio, la concepción del segundo ponía el acento en la inicial

prohibición de las conductas de los particulares —por ser susceptibles de afectar de forma negativa a los intereses públicos—, y el necesario levantamiento de dicha prohibición, por parte de la Administración, una vez comprobada la ausencia de riesgos.

58. El carácter declarativo de la autorización se ha contrapuesto, tradicionalmente, a la naturaleza constitutiva (o creadora de derechos *ex novo*) de la concesión. La **concesión** es, también, un título administrativo habilitante de actividades privadas, mediante el cual se atribuye, a uno o más sujetos, facultades de uso o explotación de un bien o servicio público de titularidad de la Administración, sobre el que previamente no se tenían ni derechos ni obligaciones. Mientras que la autorización comprueba la existencia del derecho o facultad del particular, la concesión crea ese derecho. A pesar de que ciertas normas han difuminado la frontera entre una y otra técnica, las diferencias entre autorizaciones y concesiones subsisten.

59. La autorización ha sido, sin duda, el "buque insignia" de las técnicas de control *a priori* o *ex ante*, contando con un régimen jurídico más desarrollado que otras, pero **sin llegar a existir una regulación general**. Puede citarse aquí la contenida en el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, que fijó normas sobre el procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones tramitadas por la Administración General del Estado, o los artículos 9 a 17 del RSCL, que hicieron lo propio en el ámbito local y que siguen vigentes allí donde no hayan sido desplazados por normas autonómicas.

60. Especial trascendencia ha tenido la **regulación del RSCL**. Este Reglamento goza de cierta vocación de generalidad, en lo relativo a la regulación de las causas de revocación de licencias que contiene, además de otras aportaciones relevantes a su régimen general, como la conocida "**cláusula sin perjuicio de tercero**" (art. 12.1 RSCL): la Administración, al otorgar una autorización, sólo habrá controlado la licitud de la actividad proyectada desde la perspectiva jurídico-pública, sin entrar a valorar sus efectos en la órbita jurídico-privada de relaciones entre particulares y sus respectivos derechos. Por ejemplo, que una licencia urbanística se conceda "dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros" significa que su otorgamiento no supone reconocer que el solicitante es propietario del suelo o la edificación correspondiente.

61. Son bastante diversas las clasificaciones de los tipos de autorizaciones que existen, así que nos centraremos en las más frecuentes. Las autorizaciones **por operación (o simples)** permiten una actuación concreta del sujeto peticionario y sus efectos se extinguen al finalizarla (p. ej. una licencia de obras, para un rodaje en la vía pública, etc.); mientras que las autorizaciones **de funcionamiento (u operativas)**, no se agotan con la realización de una conducta puntual, sino que gozan de carácter indefinido —o, por lo menos, con vocación de permanencia— en concordancia con la finalidad de aquello que aprueban (p. ej. la licencia de apertura de un establecimiento de juego). Puesto que la actividad autorizada perdura en el tiempo, el control inicial de adecuación a la legalidad e interés público —que existe, huelga decirlo, también en las autorizaciones simples o por operación— se complementa con un control sucesivo, con el objetivo de cerciorarse que el cumplimiento de los requisitos que motivaron el otorgamiento de la licencia perdura durante toda la vida de la actividad (es por ello que, también, reciben el nombre de **autorizaciones de tracto sucesivo**).

62. Otra clasificación es la que distingue entre autorizaciones personales, reales o mixtas. Son **personales** (o *intuitu personae*) si su otorgamiento se supedita a la demostración, por el peticionario, del cumplimiento de ciertas condiciones, capacidades o requisitos de tipo personal, lo que las convierte en intransmisibles (p. ej. el permiso de conducción, de armas, de residencia). Las **reales** sí son transmisibles, puesto que a lo que atiende el órgano administrativo para su otorgamiento no son las cualidades o circunstancias subjetivas del interesado (que resultan irrelevantes) sino aspectos o condiciones objetivas de la actividad u objeto, básicamente que se ajuste al ordenamiento jurídico (el ejemplo típico serían las licencias urbanísticas, que se conceden, o no, en función de si las obras proyectadas resultan conformes con el planeamiento). En las autorizaciones **mixtas,** la Administración debe tener en cuenta, para su otorgamiento, tanto circunstancias subjetivas como objetivas.

63. Así ocurre en el caso de las autorizaciones para la apertura de farmacias o de transporte público, que son ejemplos de autorizaciones mixtas. En relación con las primeras, para su obtención se exige poseer el título de licenciado en farmacia, al tiempo que se atiende a si el establecimiento físico, donde pretende desarrollarse la actividad, cumple con los requisitos de población y distancias (art. 2.4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia). El otorgamiento de las autorizaciones de transporte público está condicionado, entre otros, a tener nacionalidad española (o de algún otro Estado miembro de la UE) y disponer de uno o más vehículos matriculados en España, según el artículo 43 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

64. También puede distinguirse entre autorizaciones regladas y discrecionales: son **regladas** cuando la norma detalla los requisitos que deben cumplirse para su otorgamiento, de forma que la Administración sólo debe limitarse a comprobar su observancia, sin margen alguno de decisión para concederlas o denegarlas (p. ej. las licencias urbanísticas). La gran mayoría de autorizaciones son regladas; de hecho, la autorización en sí se ha considerado siempre paradigma de acto reglado. Son **discrecionales** cuando la norma no detalla en el sentido antes expuesto, sino que opta por dejar al órgano administrativo un margen de apreciación y valoración (*supra* § 5.15), como ocurre con la licencia de armas regulada en el artículo 98 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

65. Por último, las autorizaciones pueden ser ilimitadas o limitadas: las de número **ilimitado** son las ordinarias, debido, entre otros, al también general carácter reglado al que aludíamos, que obliga a la Administración a conceder tantas como solicitudes que cumplan los requisitos se le presenten (p. ej. licencias de obras, permisos de conducir, etc.). Las **limitadas** a un determinado número, cuando afectan a actividades económicas, están hoy acotadas, en especial, por mor de la normativa liberalizadora que dispone que sólo podrá restringirse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos, debiendo seguirse un procedimiento concurrencial que garantice la imparcialidad y transparencia (art. 8 de la Ley 17/2009 ["Ley Paraguas"]). Un ejemplo de autorizaciones limitadas para el ejercicio de actividad empresarial es el de las licencias municipales de taxi (por ejemplo: art. 7.3 de la Ley vasca 2/2000, de 29 de junio, de Transporte Público Urbano e Interurbano de Viajeros en Automóviles de Turismo).

66. La operatividad de las autorizaciones difiere según si se proyectan o no sobre **actividades de contenido económico** (como las de servicios). Para estas sí existe un régimen jurídico mínimo y general, contenido en la DSMI y en las leyes estatales para su transposición (*supra* § 22.7). En el ámbito de las actividades de servicios, el ordenamiento jurídico ha pasado de servirse de la autorización para habilitar el inicio de cualquier actividad privada, a relegarla, casi por completo, cediendo su total protagonismo a las técnicas de control *ex post*. Según la normativa europea liberalizadora sólo puede supeditarse el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando: 1) **no sea discriminatorio**; 2) la **necesidad** de dicho régimen esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y 3) el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una **medida menos restrictiva**, porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser eficaz (art. 9 DSMI).

67. En la actualidad, de acuerdo con esta sustitución de las autorizaciones por **instrumentos de control *ex post***, si es suficiente una comunicación o una declaración responsable, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio no se puede sujetar a un régimen de autorización (art. 6 de la "Ley Paraguas") porque, con carácter general, el ejercicio de actividades no se somete ya a medios de control preventivo (art. 84 bis LBRL). Con una excepción: que quede justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente o cuando por escasez de recursos naturales, utilización de dominio público, existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

68. Existe, además, una **reserva de ley** en la materia —excepto que la autorización se exija en una norma comunitaria o tratado internacional, en cuyo caso será suficiente con un reglamento— y la obligación de motivar, para la creación de un régimen autorizatorio previo, la concurrencia de los principios de **necesidad y proporcionalidad** (art. 17 LGUM). Los procedimientos y trámites para la obtención de autorizaciones "deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación" (art. 6 Ley paraguas). Por otra parte, quedan sujetas a un régimen general de **silencio positivo** y tienen una vigencia, en principio, **indefinida** —a menos que el número de autorizaciones disponibles sea limitado o pueda justificarse la limitación de la duración por la existencia de una razón imperiosa de interés general—.

3.2.6. Las comunicaciones y declaraciones responsables

69. Una vez reducido el ámbito de la autorización administrativa, por efecto de la **liberalización** experimentada en múltiples sectores de la actividad económica (*supra* § 22.7) el régimen de intervención gira alrededor de otras figuras: la comunicación y la declaración responsable. Estas dos técnicas, que antes de la Directiva de Servicios, recogía el ordenamiento jurídico como alternativa a la autorización en

ámbitos muy acotados, cuasi residuales, se reinventan y llegan a erigirse en el modelo sucesor: el de control *a posteriori.* Su exigua regulación se contiene, básicamente, en la LPAC.

70. El artículo 69 LPAC define la **declaración responsable** como "el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio". Acto seguido, se define la **comunicación** como el "documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho". Califica la Ley a ambas figuras de "**documentos**" que producen el efecto de permitir, desde el día de su presentación, el ejercicio de un derecho o actividad por tiempo indefinido. Al ser actos del interesado, no de la Administración, no entran, bajo ningún concepto, en la categoría —y régimen jurídico— de los actos administrativos.

71. Estos documentos que presenta el particular, en sentido estricto, tampoco toman cuerpo de solicitud, como mínimo no en los términos previstos en la LPAC. No tienen el mismo contenido ni efectos. El núcleo de una solicitud lo constituye el *petitum*, aquello que se pide a la Administración; y, su finalidad es que sea resuelto de manera favorable después de confrontarlo con la legalidad y el interés general. El núcleo de una comunicación es una *admonitio* (traducción latina del término advertencia) y su finalidad es, tan solo, informativa, de **manifestación o puesta en conocimiento** de determinada información a la Administración. El particular no espera, pues, que ésta resuelva nada. Cumple, tan solo, con su obligación de transmitir una serie de datos, para que pueda la Administración, a su vez, cumplir con la tarea de, en un principio, darles registro y con posterioridad controlar la veracidad y la legalidad de la actividad. En efecto, en el régimen de comunicación y declaración responsable, el sujeto tan solo informa, esto es, hace saber a la Administración que iniciará una actividad, sin pretender de ella una respuesta ni favorable ni desfavorable. No hay, con carácter previo, obligación administrativa ni de controlar, ni vetar, ni de resolver, ni de notificar. La actuación del particular queda **directamente legitimada por la ley** y no por un acto administrativo.

72. La variante de la técnica de la comunicación que existía **antes de la normativa liberalizadora** introducida por la DSMI tenía distinta eficacia. Las actividades se podían iniciar, y los derechos ejercer, después del transcurso de un tiempo (quince o treinta días, por lo general) desde su presentación, durante el cual la Administración podía pronunciarse, aunque sólo para oponerse a ellas. La eficacia no era la inmediata por la que sí hoy apuesta la regulación de la LPAC, sino diferida o sometida a veto o reserva de oposición. En cuanto al instituto de la declaración responsable, también existían ejemplos anteriores a las modificaciones causadas por la DSMI. Se había utilizado, pero no en el contexto del inicio de actividades, sino de ejercicio de derechos, como el de contratar con la Administración o de ser beneficiario de una subvención, otorgando naturaleza probatoria a esta sencilla manifestación del particular. Podemos decir que —fuera o no ésta la voluntad del legislador— en la actualidad conviven

pacíficamente, en nuestro ordenamiento jurídico, el modelo actual y tradicional tanto de comunicaciones como declaraciones responsables.

73. Ejemplos de la **versión tradicional de la comunicación** —denominada, en concreto, comunicación previa— los había en normativa de muy diversa índole, tanto estatal como autonómica. En Cataluña, el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, impulsó la sustitución del régimen de licencias por el de comunicación respecto a la ejecución de determinadas obras; y la hoy derogada Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, lo utilizó para el ejercicio de las actividades de menor incidencia en el medio. El artículo 8 de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, instauró un régimen de comunicación; y el mismo año la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (luego derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y hoy sustituida por la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones) prescribió la obligación de los interesados, en la explotación de una determinada red o en la prestación de un determinado servicio, de notificar con carácter previo el inicio de su actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Lo mismo sucede con los ejemplos de **declaración responsable**. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, antes de la reforma de 2009, establecía que el cumplimiento de las exigencias reglamentarias en materia de seguridad industrial se podía probar, entre otros, con una declaración del titular de las instalaciones. En materia de subvenciones, el art. 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, siempre ha permitido, cuando no pueda hacerse por otros medios, demostrar la no incursión en una prohibición para ser beneficiario o entidad colaboradora mediante este instrumento. Y del mismo modo, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público, igual que en la actual (art. 140 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), el cumplimiento de los requisitos para ser licitador se acreditaba mediante una declaración responsable.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y LA COMUNICACIÓN, EN ESPECIAL. PARTICULAR REFERENCIA A SUS "MOMENTOS PROCEDIMENTALES"

4.1. Momento anterior a la presentación: relaciones entre particular, Administración y otros sujetos

74. Con carácter previo a la presentación de comunicaciones y declaraciones responsables, podemos decir que existe toda una serie de actividades que **relacionan al comunicante o declarante con la Administración** pública, ya sea la actuante u otra de carácter sectorial. Con frecuencia, el particular debe acompañar su comunicación o declaración de ciertos informes (de carácter urbanístico, sanitario…), de la acreditación de sumisión a instrumentos de protección ambiental, justificaciones de pago de tasas o incluso de la obtención de otros títulos habilitantes (p. ej. autorizaciones sectoriales, como la de costas). Todos estos documentos —junto con el modelo de comunicación y declaración— constituyen documentación obligatoria, a la que llamaremos "**documentación administrativa**".

75. Existe, por otro lado, la actividad que **relaciona al particular con otros sujetos privados**. Deben adjuntarse a la comunicación y declaración una serie de docu-

mentos y certificaciones —**"documentación técnica"**— cuya finalidad es constatar que la actividad se adecua a la legalidad: a las condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad, confortabilidad, etc. en que ésta se descompone. Es el particular quien gestiona su obtención recurriendo al sector privado habilitado, ya sea un técnico competente en la materia (p. ej. un arquitecto) o una entidad acreditada con funciones de certificación, dependiendo de los requisitos cuyo cumplimiento tenga que probar. En estos documentos se plasma el control previo de la actividad y constituyen el autocontrol que la norma exige antes de la presentación de la comunicación o la declaración responsable. Por lo tanto, hay un control previo de las actividades sometidas a estas técnicas antes de su ejercicio. La novedad es que este control previo no lo realiza la Administración, sino que su gestión y ejecución material se traslada al ámbito privado; cuyas actividades —p. ej. la emisión de certificaciones de conformidad— adquieren una indudable relevancia jurídico-pública, por cuanto sustituyen al control administrativo previo, a la autorización.

76. Esta **distinción entre documentación administrativa y técnica** no es intrascendente, pues está siendo utilizada por distintas normas para separar la responsabilidad del particular o titular de la actividad y del técnico que la subscribe, como puede observarse en el artículo 9 de la Ley balear 7/2013, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades.

4.2. Momento de presentación: en especial, la eficacia

77. La Ley establece que ambas figuras comparten el efecto de permitir, desde el día de su presentación, el ejercicio de un derecho o actividad (**eficacia inmediata**), por tiempo indefinido (**eficacia indefinida**). Como supuesto excepcional, se prevé la posibilidad de presentar una comunicación con posterioridad al inicio de la actividad, cuando la legislación correspondiente lo prevea de forma expresa. Vemos así que, en su introducción en la LPAC, no se ha apostado por la configuración tradicional de las comunicaciones: las sometidas a veto o de efecto diferido. Las comunicaciones y declaraciones, para ser eficaces, deben presentarse en cualquiera de los **lugares** previstos por la LPAC, pudiendo hacerlo por medio de un **representante** que deberá, en todo caso, acreditar dicha representación.

78. El artículo 69.4 LPAC se refiere a las circunstancias que convierten en **ineficaz** la comunicación o declaración, y que, por lo tanto, dan lugar al **cese de la actividad**, desde el momento en que la Administración tiene constancia de las mismas; anudando a su concurrencia, además de la ineficacia, otras consecuencias: 1) posibles responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar; 2) la posibilidad de que la Administración obligue a restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente; y 3) que se determine la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado.

79. Las mencionadas circunstancias que pueden determinar la ineficacia de la comunicación o declaración responsable son tres: **a) La no presentación** ante la Administración competente de la comunicación o declaración. Aquí también ten-

dría cabida el supuesto de que el particular presente la comunicación o declaración contenga esta algún defecto o imprecisión, y siendo requerido para que subsane, no lo haga. En este caso, las normas optan por tener por no presentada la comunicación y la declaración, estando, por tanto, ante una actividad que se ejerce sin contar con ella y que, en consecuencia, debe cesar; **b) La no presentación de la documentación** que sea, en su caso, requerida para acreditar el cumplimiento de lo manifestado en la declaración responsable; y **c) La inexactitud, falsedad u omisión,** de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o comunicación. En este tercer supuesto, partimos de que la declaración o la comunicación sí ha sido convenientemente presentada, sin embargo, existe un vicio esencial en su contenido.

80. La Ley rehúye dar un tratamiento jurídico diferenciado a los tres tipos de vicios y con ello equipara su gravedad, obviando aspectos distintivos relevantes como pudiera ser la presencia de intencionalidad. Con el objetivo de adoptar medidas proporcionales a las circunstancias concurrentes, el cese de la actividad debería reservarse para vicios en los que se genere algún tipo de riesgo. Una configuración legal poco cuidadosa de lo que cabe entender por esencial y que dé lugar a interpretaciones más o menos abiertas de dicho concepto, puede contrariar los principios de especificación y seguridad jurídica.

4.3. Momento posterior a la presentación: deber de control formal, material e inspección de la Administración

81. Desde el momento en que las actividades se inician sin el previo control de la Administración, toda intervención pública tendrá, por fuerza, un carácter *ex post*. Ahora bien, los efectos favorables para el interesado, que derivan de la presentación de la comunicación o declaración responsable, lo son sin perjuicio de las facultades que ésta ostenta. Puede haber desaparecido su control *ex ante*, pero no debe pasar por alto que la recepción en sede administrativa de una comunicación o la declaración inaugura las potestades públicas de **comprobación, control e inspección**, sólo enunciadas en el artículo 69.3 LPAC. ¿Qué actuaciones se suceden tras de la presentación de la comunicación y la declaración responsable? La LPAC no lo concreta, y tampoco la LBRL aporta mucha luz, limitándose a dictaminar que cuando el ejercicio de actividades no necesite autorización habilitante y previa, las entidades locales tendrán que establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de estas (art. 84 ter).

82. A pesar de que el control *ex post* ocupa una posición nuclear en el nuevo sistema interventor, el nivel de concreción sobre cómo se tiene que articular y qué tipo de actuaciones comprende es muy escaso, insuficiente y, por tanto, en absoluto proporcional al papel mandado a ocupar. El legislador ha optado por dejar margen de maniobra a cada Administración a la hora de configurar el ejercicio de sus potestades de control. Sin embargo, al no definir en qué consisten ni esbozar unas mínimas pautas procedimentales, lo que ha propiciado es una considerable variedad de difícil sistematización. La realidad nos muestra, aun así, lo que podríamos considerar un

común denominador en las diferentes regulaciones. Se observa que el control posterior, entendido en sentido amplio, puede ser descompuesto en las tres siguientes modalidades: comprobación o control formal o documental, control sustantivo o material e inspección.

83. En este contexto, es imprescindible destacar el papel de las **entidades colaboradoras de la Administración**: pueden actuar tanto a cargo del particular, en el momento de certificar la adecuación de sus actividades al ordenamiento jurídico (relación *inter privatos*), como en un momento ulterior, a cargo de la Administración, en el ejercicio de funciones de control posterior que tiene encomendadas (colaboración pública-privada en el ejercicio de funciones públicas). El recurso a estos organismos constituye una cobertura tanto para el particular como para la Administración, puesto que permite trasladarles parte de responsabilidad, en el caso de que las actividades que certifican o controlan ocasionen algún perjuicio.

84. La comprobación o control formal suele concebirse como el examen meramente documental de la comunicación o la declaración responsable: que incluya los datos y documentos necesarios, además de la verificación de que la actividad esté sometida a estos regímenes (y no, por ejemplo, al autorizatorio). A pesar de que la ley no lo diga de forma expresa, el control formal lleva siempre aparejada la posibilidad de subsanación, en el plazo genérico de diez días (art. 68 LPAC), de la comunicación o la declaración presentada (*supra* § 15.55). En principio, si después de este examen se considera incompleta o incorrecta la documentación, se informa al interesado para que la complete o corrija. En el supuesto de que se le notifique de forma correcta esta circunstancia y el titular de la actividad haga caso omiso en el plazo otorgado, según resolvieron tempranamente los tribunales (STSJ de 10 de octubre de 2013, ECLI:ES:TSJAND:2013:12827), se tendrá por no presentada la comunicación o declaración, y, por tanto, la actividad que ya podría estar en funcionamiento (recordemos la eficacia inmediata) tendrá que cesar. Algunas normas, como las leyes que se citan en el párrafo siguiente, prescriben la suspensión de las actividades después del requerimiento administrativo de enmienda.

85. Cuando se trata de **defectos poco relevantes o no esenciales**, no queda justificada esta suspensión atendiendo a la finalidad por la cual se introducen tanto la comunicación como la declaración responsable (eliminación de trabas administrativas y burocráticas, simplificación, etc.) y esta concepción ha ido calando, poco a poco, en las disposiciones normativas. Un ejemplo paradigmático lo encontrábamos en la Ley catalana 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa, que establecía el denominado procedimiento de enmienda, como una de sus aportaciones más valiosas. Hoy, el artículo 43.4 de la Ley catalana 18/2020, de 28 de diciembre, de facilitación de la actividad económica establece que el inicio de la tramitación del procedimiento de comprobación de requisitos materiales conlleva la suspensión cautelar de la actividad de forma inmediata sólo si existe riesgo para las personas, los bienes o el medio ambiente.

86. Después del control formal o documental, la Administración llevará a cabo el **control material o sustantivo**. Control del cual tampoco hay una única configuración normativa a pesar de su importancia, pues es aquel que entra de lleno en el desarrollo de la actividad. Es el resultado de la tarea de comprobación e informe de los servicios correspondientes que valorarán los aspectos urbanísticos, medioambientales, sanitarios, de seguridad, etc. La Administración tiene que comprobar que el particular lleva a cabo sus actividades de acuerdo con la normativa general y sectorial aplicable, debiendo adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar que

se ajusta a la legalidad. El control material puede concebirse como **puntual o periódico**, y dentro de este último tipo, algunas disposiciones prescriben no sólo que sea ejecutado por la Administración, sino que lo emprenda o gestione el propio particular; recurriendo si es el caso, de nuevo, al sector profesional habilitado.

87. Por último, **la inspección.** El ejercicio de la potestad inspectora se ejerce dentro de los parámetros habituales (*supra* § 22.38). Es decir, puede obedecer a una planificación general, a una específica, o ser activada para dar respuesta a denuncias formuladas por terceros; sin olvidar que es una potestad que puede, en cualquier momento, ser ejercitada por el órgano que la tenga atribuida. La Administración debe, en consecuencia, planificar la actividad de inspección de las actividades sometidas a comunicación o declaración responsable. Es decir, tiene que elaborar, aprobar y ejecutar correctamente un plan inspector (*supra* § 22.28). Plan que, como no puede ser de otra manera, tendrá que diseñar atendiendo a los recursos que tenga. Así, si la actuación administrativa de inspección se ajusta con rigor al plan, en caso de daños producidos por este tipo de actividades, se dificultará que un tribunal pueda apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Luis JORDANA DE POZAS, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48 (1949), pp. 41-54.

Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1896.

Oreste RANELLETTI, en Italia (*Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I - Concetto e natura*, Utet e F.lli Bocca, Torino, 1894.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

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

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

José ESTEVE PARDO, *Estado garante: idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

Manuel IZQUIERDO CARRASCO, "COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 17 (2022), pp. 6-30.

Manuel REBOLLO PUIG, "La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54 (1999), pp. 247-282.

Mariola RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.

Mariola RODRÍGUEZ FONT, *Régimen jurídico de la Seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

Mariola RODRÍGUEZ FONT, "Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local", *Anuario de Gobierno Local*, Madrid-Barcelona, 2009.

Mariola RODRÍGUEZ FONT, "Técnicas de control en la transposición de la Directiva de Servicios: comunicación previa y declaración responsable", en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (Directora), *La termita Bolkestein: mercado único vs. derechos ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012, pp. 81-98.

Marc TARRÉS VIVES, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Sujetos privados en las comunicaciones previas y declaraciones responsables para el control municipal de actividades económicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165 (2014), pp. 29-70.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 581-603
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L23
© Nuria Magaldi
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 23
ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA

Nuria Magaldi
Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.—2. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA: 2.1. La aparición del concepto sociológico y jurídico de servicio público; 2.2. El Estado Social de Derecho como Estado prestador de servicios públicos; 2.3. El Derecho de la Unión Europea y los servicios de interés general: *2.3.1. ¿A qué servicios se aplica el artículo 106 TFUE?; 2.3.2. En los servicios económicos de interés general, ¿es posible garantizar una prestación básica a todo el mundo a un precio asequible?*—3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: 3.1. La creación de los servicios públicos; 3.2. Las formas de gestión de servicios públicos.—4. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

1. Cualquiera de nosotros, a lo largo de un día cualquiera de nuestra vida, hace uso de los muy diversos **servicios públicos** cuya prestación los poderes públicos ponen a disposición de los ciudadanos. Cuando abrimos el grifo por la mañana para beber agua o para ducharnos. Cuando cogemos el transporte público para desplazarnos al puesto de trabajo. Cuando entramos en el aula de una universidad pública para recibir (o impartir) clase de, por ejemplo, Derecho administrativo. O cuando acudimos a las dependencias del servicio autonómico de salud que nos corresponde

(el Servicio Andaluz de Salud, en Andalucía) porque nos encontramos mal. Son solo unos pocos ejemplos de una actividad administrativa extensísima y, lo que es más importante, extraordinariamente heterogénea en su contenido, pero también en su naturaleza y en su régimen jurídico. Es, de hecho, esta heterogeneidad, fruto de su propia evolución histórica, la que explica que el título de esta lección no sea el tradicional de "actividad de servicio público", sino "actividad de prestación y garantía" que, como veremos, es un concepto más amplio.

2. A diferencia de lo que ocurre con otras figuras jurídico–administrativas, el servicio público es un concepto que aparece en el día a día de la ciudadanía con mucha frecuencia. En efecto, mientras que entre la población en general no se debate, por ejemplo, sobre la naturaleza jurídica de las concesiones demaniales, sí se discute, con habitualidad, sobre el mejor o peor funcionamiento de los servicios públicos o sobre la garantía de su existencia. No es infrecuente, así, que en los telediarios se informe sobre la huelga de sanitarios en Cantabria o Madrid, sobre el incremento de las listas de espera para ser intervenido en Cataluña o sobre una sanción a Correos por incumplir el compromiso de llevar cartas y postales a todo el territorio nacional en un plazo razonable.

3. Esta cercanía de la ciudadanía a la institución del servicio público se explica, en buena medida, porque a esta última subyace una importante **carga ideológica y política**. Se dice, por un lado, que son muy caros e incluso insostenibles, que conllevan un exceso de burocracia, que aumentan el déficit público, que dan lugar a un Estado paternalista o que su prestación pública coarta las libertades y el mercado; pero también que son la base del Estado Social, que garantizan la igualdad material entre todos los ciudadanos y que implican conquistas de derechos a las que no se puede ni debe renunciar.

4. Es, sin embargo, prácticamente imposible dar una definición mayoritariamente aceptada por la doctrina de lo que debe entenderse bajo la expresión "servicio público". No la encontramos, desde luego, en las normas; más aún, el legislador ha dificultado esa tarea, al utilizar, no pocas veces, aquella expresión para referirse a la totalidad de la actividad administrativa sin distinción. Esto se evidencia de forma muy clara, por ejemplo, en el artículo 106.2 CE, según el cual la Administración responde patrimonialmente por el "funcionamiento de los servicios públicos", o en la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas, que refiere a los bienes demaniales como aquellos bienes "afectos a un uso general o a un servicio público". En ambos casos está claro que se utiliza la expresión "servicio público" para referirse a la **actividad administrativa en su conjunto**.

5. Una definición meramente aproximativa de lo que podemos entender por servicio público sería aquella que lo define como un conjunto de actividades que satisfacen necesidades esenciales para la colectividad, motivo por el cual los poderes públicos deben garantizar su prestación a los ciudadanos. La palabra clave de esta definición es, sin duda, **garantizar**. Y es que esta garantía de prestación puede acometerse de diversas formas. Desde luego, los poderes públicos garantizan la prestación de un servicio cuando ellos mismos la realizan: por ejemplo, cuando el Hospital

Universitario Reina Sofía de Córdoba presta el servicio público sanitario o cuando la Universidad de Zaragoza imparte un grado. Pero también cabe afirmar que los poderes públicos garantizan esa prestación cuando se la encargan a un tercero, con el que celebran un contrato en el que se establecen determinadas cláusulas relativas a la calidad del servicio, al modo en que este debe prestarse, etc. Por ejemplo, cuando la Junta de Castilla y León contrata a Blas Fernández S.L. para cubrir la ruta Molina-ferrera–Astorga o cuando el Ayuntamiento de la Vilella Baixa adjudica la gestión de su piscina municipal.

6. Pero también podemos hablar de garantía de la prestación cuando sobre una determinada actividad, que se ha dejado en manos del mercado y de los **operadores privados** que en él quieran libremente competir, los poderes públicos imponen a estos operadores ciertas obligaciones en relación con algunas prestaciones de ese mercado, por entender que cubren necesidades colectivas básicas. En el ámbito del sector postal, por ejemplo, actúan, compitiendo, distintos operadores —incluida la sociedad mercantil pública Correos y Telégrafos S.A.— que ofrecen variados servicios (cartas y postales, paquetería, envíos urgentes, etc.) sometidos a las **reglas de la competencia**. Ahora bien, a aquellos operadores que decidan prestar el envío interurbano de cartas y postales el legislador les impone que lo hagan en unos plazos razonables; y a uno de ellos (Correos), además, la obligación de hacerlo no en la parte del territorio que escoja, sino en todo.

7. Las formas de garantía mencionadas en § 23.5 responden, en realidad, a la **concepción más clásica** del servicio público, que desarrollaremos en epígrafes posteriores. En ellas la garantía gira, precisamente, en torno a la idea de prestación: es **la Administración** quien realiza la prestación, aunque a veces lo haga mediante terceros a los que elige y a los que controla en la ejecución del contrato. El último de los supuestos (§ 23.6), en cambio, abandona completamente la idea nuclear de prestación pública para centrarse en actuaciones públicas encaminadas a la **regulación, el control y la imposición de obligaciones** a los operadores económicos privados. La garantía, por lo tanto, no se vincula ya a una prestación por parte de la Administración.

8. Como veremos en esta lección, en nuestro país conviven, en la actualidad, estas tres formas de garantía de un heterogéneo conjunto de servicios y actividades que los poderes públicos consideran esenciales para la comunidad. Por este motivo, como decíamos más arriba, el título de la lección no puede limitarse a "actividad de servicio público", pues este enunciado dejaría fuera, en puridad, a esa última forma de garantía sin prestación pública. Por el contrario, la expresión "actividad de prestación y garantía" la admite de forma natural, y es, por ello, más adecuada.

2. DEL SERVICIO PÚBLICO A LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA

2.1. La aparición del concepto sociológico y jurídico de servicio público

9. Con la promulgación de los **primeros textos constitucionales**, entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, llega la juridificación de la actuación del poder público y, con ello, también el nacimiento de la Administración pública moderna, sometida al Derecho. Estas primeras constituciones recogían expresamente la competencia del poder público en cuestiones relacionadas con la salud, la educación o la beneficencia. Por ejemplo, el artículo 321 de la Constitución de Cádiz de 1812 señalaba que estaba a cargo de los Ayuntamientos "cuidar de todas las escuelas de primeras letras", así como de "los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia".

10. Este tipo de actividades que, por primera vez, asumió el poder público como responsabilidad propia no eran nuevas; lo que ocurría es que, hasta la fecha, las venía realizando **la Iglesia**, que era quien se encargaba de la educación (de los nobles, esencialmente), de la sanidad y de la beneficencia (maternidades, casas para leprosos). La aparición de la responsabilidad pública sobre estas actividades desplazó, ciertamente, a la Iglesia (ya separada del poder público), pero no la expulsó: esta siguió, de hecho, desempeñándolas, solo que ahora junto con la Administración pública. Esta idea es importante para darnos cuenta de que, desde sus mismos orígenes, este tipo de servicios públicos (que denominaremos **servicios sociales o de cohesión social**) no se van a prestar en régimen de monopolio público sino en coexistencia con la actividad privada.

11. Al mismo tiempo que se construía el **Estado liberal de Derecho**, ya en el siglo XIX, la revolución industrial daba paso a grandes avances científicos y técnicos. En efecto, la invención de la máquina de vapor por Watt y, sobre todo, su aplicación a la industria dio lugar a una inmediata afluencia de capitales que se invirtieron en la instalación de centros fabriles, la inmensa mayoría de ellos en las ciudades. Estos centros fabriles, a su vez, atrajeron rápidamente a la población rural, al ofrecer puestos de trabajo mejores y permanentes, a diferencia de lo que ocurría en el campo, caracterizado por la temporalidad. Por su parte, la aplicación de los descubrimientos técnicos y científicos a la producción agrícola permitió reducir los trabajadores rurales necesarios que, en consecuencia, se vieron forzados, también, a emigrar a la ciudad. Además, las vías de comunicación mejoraron gracias a los avances técnicos, permitiendo comunicaciones rápidas y económicas entre los distintos núcleos poblacionales.

12. Este trasvase de mano de obra del campo a la ciudad generó un importante crecimiento urbano que, a su vez, llevó al deterioro de las condiciones de vida en las ciudades, claramente peores que las de la vida en el campo. Frente a esta situación reaccionaron, en primer lugar, los gestores locales, asumiendo como propios los nue-

vos servicios de la denominada **"ciudad moderna"**, término acuñado en nuestro país por Adolfo Posada (1913) en referencia a actividades que, aunque originariamente privadas, habían devenido de primera necesidad: abastecimiento de agua potable, alumbrado (primero público, y después privado; primero por gas y luego mediante electricidad) o transporte urbano de pasajeros (sustituyéndose la tracción animal por la eléctrica), entre otros. Y es lógico que así fuera, puesto que las Administraciones locales, en tanto que las más próximas al ciudadano, han sido siempre laboratorios de cambios sociales y jurídicos.

13. Esta asunción de la responsabilidad pública sobre los nuevos servicios de la "ciudad moderna" y su prestación directa por el poder público fue común a la mayoría de los países de nuestro entorno, si bien con distintas denominaciones: socialismo municipal (término muy utilizado por los teóricos franceses), industrialismo o comercialismo municipal (en Inglaterra) o *municipalizzazione dei pubblici servizi* en Italia, de donde se tomó la expresión castellana de **municipalización de servicios públicos**.

14. Es importante señalar que no se trató de una actuación orientada únicamente a la asistencia social o a la beneficencia. Por el contrario, esta asunción de nuevas funciones por parte de los poderes públicos (locales) no tenía que ver, no al menos primordialmente, con la posición económica del individuo, sino con su nueva forma de vida en la aglomeración urbana. No se trató solo de que este pasó a ser, masivamente, un ser urbano (frente a la ruralidad propia del periodo pre–industrial) sino que, como consecuencia de ello, se achicó el espacio que el individuo sentía como propio y se agrandó, por el contrario, el espacio en el que el individuo efectivamente desempeñaba su existencia, su espacio vital. Antes de la revolución industrial este espacio vital del individuo era relativamente pequeño (la granja, la finca); entre otras razones, porque no había posibilidades de trasladarse rápidamente de unos lugares a otros. Sin embargo, el individuo sentía que lo dominaba, pues de él obtenía los **abastecimientos básicos que necesitaba para vivir** (por ejemplo, el campesino obtenía el agua de su pozo), sin requerir del poder público más que el respeto a su esfera de libertad. Sin embargo, con los cambios derivados del industrialismo todos los individuos de los núcleos urbanos, ricos o pobres, necesitan de la instalación pública para abastecerse de agua potable, porque no pueden proveérsela por sí mismos. En consecuencia, aumenta la dependencia del individuo, que ya no puede proveerse a sí mismo de los bienes y abastecimientos que necesita, sino que debe confiarse a tal efecto a instalaciones públicas de la Administración (FORSTHOFF, 1938: 24-25).

15. No se trató, desde luego, de un proceso sencillo. Por un lado, uno de los pilares ideológicos del Estado liberal de Derecho, el liberalismo económico, postulaba la no intervención pública en la actividad económica. Por otro lado, los nuevos servicios de la ciudad moderna requerían, con frecuencia, la **previa construcción de infraestructuras** como base física de la actividad prestacional que luego se desarrollaría sobre ellas (pensemos, por ejemplo, en tranvías o ferrocarriles, la producción y distribución de electricidad o el servicio telefónico). Y tales infraestructuras eran, por lo general, muy costosas, de manera que no siempre, y desde luego no todas las Administraciones locales podían hacer frente a ellas. En algunos países, como en España, la debilidad económico–financiera de los entes locales propició que casi siempre y desde un primer momento la construcción y gestión de aquellas infraestructuras se concediera a empresas privadas.

16. Además, al tratarse de actividades surgidas como consecuencia de las nuevas condiciones de vida en las ciudades, en un primer momento **ni siquiera estaba clara la competencia** que permitiera la

actuación de la Administración en ese ámbito (y recuérdese que por aquel entonces la Administración ya estaba sometida al Derecho y al principio de legalidad). Por ello no fue infrecuente, como explica ESTEVE PARDO (2021: 430-431), que en ocasiones la Administración justificara su actuación sobre la base de principios clásicos del Derecho civil, como el derecho de propiedad (de la Administración), el principio de accesión o el vínculo indivisible entre el suelo y las actividades que sobre él podían realizarse o sobre la idea, esta sí plenamente asentada en la órbita germánica, del orden público.

17. Sea como fuere, lo cierto es que, como consecuencia de una fuerte presión social los poderes públicos locales acabaron por asumir como propios los nuevos servicios vinculados a la ciudad moderna, que habían llegado a convertirse en auténticas necesidades básicas. Se produjo, así, una ampliación de la esfera de actuación de los poderes públicos; primero, como dijimos, de los locales. Lo más característico de estos nuevos servicios era su claro componente económico, al consistir en la producción de bienes y servicios a cambio de una contraprestación económica, por lo que suelen denominarse **servicios económicos**. También el hecho de que se basan en economías de escala y tienen como base física un conjunto de infraestructuras articuladas en red, de manera que tienden naturalmente al monopolio. Por eso también ha sido y es muy habitual referirse a ellos como **servicios en red**. Ello permite explicar que, casi desde el primer momento, se tendiera a que estos servicios se prestaran por pocas o una sola empresa, dadas las evidentes limitaciones físicas. Esta idea es importante, pues sobre ella se basarán los monopolios estatales que más tarde se establecerán sobre muchos de estos servicios.

18. La plasmación teórico–jurídica del fenómeno sociológico que acabamos de describir fue obra de la conocida como **Escuela francesa del Servicio Público**, muy particularmente del profesor Léon Duguit, quien, con una aguda capacidad de observación de la realidad, trató de construir una nueva teoría del Estado. Esta se asentaba sobre dos fundamentos. Desde la perspectiva del Derecho constitucional, Duguit entendió superada la idea de que el poder público se legitima únicamente por el ejercicio de la autoridad del gobernante. Por el contrario, la legitimidad de este último, derivada de la confianza otorgada por el Parlamento, se da por descontada, pero ya no es suficiente: se exige, además, que el gobernante proporcione servicios públicos a los ciudadanos. En consecuencia, y desde la perspectiva del Derecho administrativo, este pasa a ser calificado como el Derecho de los servicios públicos, por cuanto su prestación se erige en el elemento central y primordial del Estado, en su fundamento último. Para Duguit, por lo tanto, toda actividad administrativa es actividad de servicio público (incluso la justicia o el ejército), realizada por la Administración y conforme al Derecho administrativo.

19. La construcción teórica de Duguit se vio rápidamente puesta en tela de juicio, principalmente porque casi en seguida empezaron a prestarse servicios públicos por entes públicos con forma jurídico–privada y/o sometidos al Derecho privado. Pero, a pesar de ello, su trabajo *Las transformaciones del Derecho público*, publicado en 1913, sigue siendo clave para entender los cambios sociales que posibilitaron y dieron lugar a la categoría jurídica del servicio público.

2.2. El Estado Social de Derecho como Estado prestador de servicios públicos

20. A partir del año 1945 en Europa tienen lugar dos fenómenos que deben ser destacados. Por un lado, el reconocimiento de los **derechos sociales** (derecho a la salud, a la educación, a la asistencia social) es llevado al más alto nivel normativo (ya aparecían, de hecho, en la Constitución alemana de Weimar de 1919) y pasan a ser uno de los objetivos determinantes del Estado (de ahí, también, que se hable de Estado Social) a los efectos de conseguir la igualdad material (y no solo formal) entre todos los individuos. Estos derechos sociales, por su parte, exigían una actuación positiva de los poderes públicos, fundamentalmente en forma de prestación de servicios, con un alcance y una extensión muy superior a la existente hasta entonces.

21. Por otra parte, el mundo occidental dio por superado el debate sobre "el si" (si los poderes públicos pueden y/o deben intervenir en la actividad económica para prestar a los ciudadanos determinados servicios), para centrarse en la cuestión relativa al "cómo" (cómo deben los poderes públicos prestar esos servicios públicos). Dicho de otro modo: se aceptó plenamente la **intervención pública en la economía**, no solo en el ámbito local sino también a escala nacional. En consecuencia, las Administraciones públicas experimentaron un fuerte crecimiento, directamente proporcional a esa aceptación plena de la intervención pública en la economía y al amplio desarrollo de los derechos sociales. Así, las décadas centrales del siglo xx fueron, particularmente para la Europa continental, época de creación y desarrollo de potentísimos sectores públicos.

22. En muchos casos, además, estos potentes sectores públicos proyectaron su actividad más allá de la prestación de servicios públicos, participando en la vida económica **como un empresario más** en actividades que no podrían ser consideradas servicios públicos sino simples actividades comerciales o empresariales. El ejemplo prototípico es la producción de automóviles que, durante un tiempo, acometió el poder público en Francia (*Renault*) o España (*Seat*). Apareció, entonces, un nuevo tipo de actividad administrativa que fue bautizada como actividad industrial del Estado por VILLAR PALASÍ (1950). Una actividad que se ha mantenido hasta la actualidad, aunque más reducida, como lo atestiguan, por ejemplo, Paradores de Turismo de España S.A. o su equivalente extremeño, la Red de Hospederías de la Junta de Extremadura.

23. La respuesta que se dio durante la parte central del siglo xx a la cuestión del "cómo", ya aludida, fue, en realidad, el desarrollo de las **formas de gestión de servicios públicos**. ¿Cómo se explotan y gestionan los servicios públicos? La respuesta que, con carácter general, se dio a esta pregunta fue distinta dependiendo del tipo de servicio público. Por lo que se refiere a los servicios sociales, estos van a continuar prestándose en régimen de **concurrencia con los privados**, como venía ocurriendo desde sus mismos orígenes. Por el contrario, para el caso de los denominados servicios económicos, se extendió la idea de que estos requerían un acto formal de *publicatio* en virtud del que pasaban a ser de titularidad pública, prestándose directamente por los poderes públicos (aunque parcialmente sometidos al Derecho privado) y con

exclusión de los privados, es decir, en monopolio. Esta última idea caló tanto en nuestro país que se llegó a identificar erróneamente servicio público con monopolio.

24. En este sentido, debe rechazarse la equiparación entre **servicio público y monopolio**, puesto que nunca fue necesariamente así, y ello desde las primeras regulaciones en la materia, tan lejanas como el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924. Puede indicarse, como ejemplo, el hecho de que la Ley de 22 de diciembre de 1953 de Reorganización del Servicio Postal y su desarrollo reglamentario preveían la prestación en concurrencia del servicio postal intraurbano (declarando el monopolio, eso sí, para el servicio postal interurbano e internacional).

25. A partir de un cierto momento, sin embargo, las bondades de este Estado Social de Derecho en su vertiente de Estado prestador (de servicios públicos de todo tipo) empezaron a ser puestas en tela de juicio. Suele señalarse la llegada al poder de dos políticos conservadores como Ronald Reagan y Margaret Thatcher, en 1979 y 1980, como el punto de inflexión a partir del cual empezará a hablarse abiertamente de **crisis del Estado Social y del Estado prestador**.

26. Los elementos que permiten explicar las **causas de esta crisis** son múltiples, algunos de tipo técnico y otros más bien ideológicos. Entre los primeros es posible mencionar las dificultades para financiar unos Estados de Bienestar siempre crecientes; la hipertrofia de la Administración y un exceso de burocratización; o los cambios en las estructuras familiares y sociales (envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida, disminución de la natalidad, incorporación masiva de la mujer al mercado laboral). Entre los segundos, por su parte, debemos mencionar el fin de la competencia ideológica del comunismo; el auge de las teorías económicas neoliberales, la ruptura del pacto keynesiano y el desarrollo de la teoría de los fallos del Estado (por contraposición a los fallos del mercado); la crisis de incentivos del Estado de Bienestar, su escasa capacidad redistribuidora o las críticas por su excesivo paternalismo.

27. En dicho contexto de crisis empieza a exigirse la racionalización, reordenación y reducción de esos enormes sectores públicos. Se destacan las ventajas del mercado y de la gestión privada, exigiéndose la **privatización de servicios** para conseguir una mayor eficiencia económica y evitar el despilfarro público. Sin embargo, es necesario ser muy cuidadoso con el uso del término privatización, que no siempre alude a un mismo fenómeno. En efecto, a veces la privatización será, simplemente, el paso de una gestión directa a una gestión indirecta (por ejemplo, un servicio de transporte urbano que un Ayuntamiento prestaba mediante sociedad municipal pública y pasa a prestar mediante un contrato con una empresa privada), o el cambio en la forma jurídica del ente prestador del servicio (que, por ejemplo, pasa de ser prestado por una entidad pública empresarial a serlo por una sociedad mercantil pública, como fue el caso de Correos en el año 2000). En otras ocasiones, en cambio, hablamos de privatización para referirnos, en realidad, a los procesos de **liberalización de los grandes servicios públicos** que, auspiciados por el Derecho de la Unión Europea, han tenido lugar desde finales del siglo xx. Son estos procesos, de hecho, los que han puesto punto final a los grandes monopolios públicos para la prestación de servicios económicos, creando en su lugar mercados en los que concurren operadores públicos y privados en libre competencia. Esta afirmación, no obstante, requiere de importantísimos matices, como veremos en el epígrafe siguiente.

2.3. El Derecho de la Unión Europea y los servicios de interés general

28. Es bien sabido que lo que hoy es la Unión Europea comenzó sobre la base de un **mercado único**, en el que trabajadores, mercancías, servicios y capitales pudieran circular libremente por todo el territorio. Se buscaba, así, un elevado nivel de integración económica que, más adelante, llevara también a la integración política. Este objetivo de integración económica acabó exigiendo actuar sobre los grandes servicios públicos que se prestaban en los países europeos, muy particularmente aquellos con un contenido económico, pues constituían una parte no despreciable de ese mercado único y, por ello, su régimen jurídico (monopolios, ayudas públicas) podía afectar a su funcionamiento. Y es que, ciertamente, la consecución de un verdadero mercado único se antoja muy complicada si una parte no menor de los servicios que en él se prestan queda fuera de las reglas propias de ese mercado y, entre ellas, la libre competencia o la igualdad de trato.

29. Desde esta perspectiva sustancialmente economicista, a partir de finales de los años ochenta del siglo pasado comenzó en el Derecho de la Unión un debate que, aunque no pretendía discutir el concepto clásico de servicio público como tal, sí acabó afectándolo de manera sustancial. El precepto clave en dicho debate es el actual art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuya redacción, dicho sea de paso, no ha variado desde los tratados originarios. Según aquel precepto "los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado" (apartado 1), para añadir, seguidamente, que "las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada" (apartado 2).

30. Una primera aproximación a este precepto permite afirmar dos cosas. La primera, que, con bastante certeza, su efectiva aplicación implicaba el **fin de los grandes monopolios públicos estatales** característicos de la parte central del siglo xx. La segunda, que el precepto admite con naturalidad la existencia de **empresas públicas**; eso sí, actuando en competencia con otros operadores y sin recibir ayudas u otros beneficios públicos. El Derecho de la Unión, por lo tanto, no ponía formalmente fin a la tradicional prestación pública de ciertos servicios, pero cuestionaba, en la práctica, la viabilidad de dicha prestación: ningún sector público como los existentes en Europa hasta los años noventa podía sostenerse según las reglas del mercado. Dicho esto, una correcta comprensión del artículo 106 TFUE requiere responder a dos preguntas cruciales.

2.3.1. ¿A qué servicios se aplica el artículo 106 TFUE?

31. Para responder a esta pregunta debemos partir del concepto de **servicios de interés general**. Recuérdese, en este sentido, que el Derecho de la Unión Europea siempre ha sido proclive a crear conceptos autónomos, independientes de los propios de los Estados miembros, y el ámbito que estamos tratando no ha sido una excepción. Así, el concepto de servicios de interés general se define como aquel conjunto de actividades y servicios, comerciales o no, que los poderes públicos consideran que satisfacen necesidades públicas de la colectividad (por eso son de interés general), por lo que las someten a obligaciones específicas de servicio público.

32. Desde el primer momento la Unión puso de relieve la importancia que concedía a estos servicios de interés general como base del modelo europeo de sociedad y parte de los valores comunes y de la **identidad cultural europea**. Así se afirmaba en la Comunicación de la Comisión "Los servicios de interés general en Europa" (96/C 281/03) y se ha reiterado en múltiples documentos posteriores, así como en textos normativos del más alto rango (art. 14 TFUE y art. 36 CDFUE).

33. Esta categoría, amplísima, de servicios de interés general puede, a su vez, dividirse en servicios económicos (de interés general, abreviados frecuentemente como SIEG) y no económicos (de interés general). Los **servicios de interés económico general** suponen poner en el mercado bienes y servicios que satisfacen necesidades esenciales a cambio de una contraprestación; los **servicios de interés no económico general**, en cambio, carecen de finalidad lucrativa y se basan en la solidaridad y la cohesión social.

34. Si se lee con atención el artículo 106 TFUE, se podrá observar cómo este impone el sometimiento a las **reglas de la competencia** a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Son estas quienes no pueden recibir ayudas, transferencias públicas ni privilegios y quienes, en definitiva, deben recibir el mismo trato. Nada dice el precepto en relación con los servicios de interés no económico general que, en consecuencia, quedan excluidos de su ámbito de aplicación. Ello tiene una importantísima consecuencia, y es que podrán no someterse a las reglas de la competencia (incluyendo su prestación en monopolio o la atribución a la Administración de derechos exclusivos o exorbitantes) o financiarse en todo o en parte con fondos públicos. Eso sí, los poderes públicos deberán respetar las reglas de la contratación pública si, por ejemplo, deciden que su prestación se realice a través de terceros a los que aquellos contraten. Lo habitual, por lo demás, será que la prestación pública de estos servicios conviva, como siempre lo ha hecho, con la prestación por la iniciativa privada.

35. El 17 de febrero de 1993, el TJUE dictó la relevante sentencia Poucet y Pistre, C–321/94 (ECLI:EU:C:1993:63). Dos ciudadanos franceses se habían negado a pagar las cotizaciones a la seguridad social que les reclamaban las entidades gestoras de ciertas prestaciones por enfermedad. Basaban su negativa en un principio de libertad de afiliación a la entidad de seguros que consideraran conveniente, objetando que el régimen de afiliación obligatoria a determinadas entidades gestoras otorgaba a estas últimas una posición dominante, vulnerando las normas de la libre competencia establecidas en los Tratados. Lo que se ventilaba, en última instancia, era la consideración económica o no económica de uno de los servicios públicos sociales por excelencia en el modelo continental: los **sistemas de seguridad social**.

Es expresiva de esta idea la propia cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional francés: "¿Debe considerarse un organismo encargado de la gestión de un régimen especial de seguridad social una empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado [actuales arts. 105 y 106 TFUE]? Si la respuesta del TJUE hubiera sido afirmativa, habría implicado el sometimiento de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros a la competencia y al mercado, lo que sin duda habría supuesto su fin tal y como se habían concebido hasta ese momento. La respuesta del TJUE fue, sin embargo, negativa —para gran alivio de buena parte de los Estados miembros—, respondiendo con contundencia que estos regímenes "se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes", así como que las entidades gestoras de la seguridad social, en tanto que desempeñan "una función de carácter exclusivamente social", no constituyen empresas en el sentido del Derecho de la Unión. Y ello porque, en definitiva, se basan "en el principio de solidaridad nacional y carecen de toda finalidad lucrativa".

36. Los servicios de interés no económico general, en definitiva, están constituidos por los **servicios de solidaridad**, aquellos que tienen una función exclusivamente social, y entre ellos se incluyen, además de los regímenes de seguridad social obligatorios, la educación, la sanidad o los servicios sociales de tipo asistencial.

2.3.2. En los servicios económicos de interés general, ¿sigue siendo posible garantizar una prestación básica a todo el mundo a un precio asequible?

37. La pregunta anterior nos ha permitido circunscribir los términos del debate, ciñéndolo a los servicios de interés económico general. Estos son a los que el Derecho de la Unión impone el sometimiento a las normas de la competencia, dando lugar a los procesos de liberalización de los que hablábamos antes. Coinciden, en muy buena medida, con los servicios en red o de contenido económico, ya mencionados, como el servicio postal, las telecomunicaciones, la energía o los transportes.

38. El problema principal es que los procesos de liberalización no necesariamente van a garantizar ni la libre competencia, ni la prestación con unos estándares mínimos de calidad o cantidad, ni tampoco una prestación básica a toda la ciudadanía. De ahí la necesidad de que los poderes públicos intervengan, regulando y controlando, en estos sectores liberalizados. Así, por un lado, se va a exigir que los operadores que participen en el sector regulado de que se trate presten el servicio conforme a unos determinados estándares. Para ello, los poderes públicos les van a imponer **obligaciones de servicio público**. Por ejemplo, todos aquellos operadores postales que, libremente, decidan prestar el servicio interurbano de envío de cartas y tarjetas postales podrán verse sometidos a limitaciones tarifarias (arts. 34.4 y 43.2.a de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, LSPU).

39. En cambio, para solucionar el problema relativo a la mínima prestación para toda la ciudadanía se ha optado por una técnica distinta, el **servicio universal**, que puede definirse como el conjunto de prestaciones básicas que deben garantizarse a todos los ciudadanos, a precios asequibles y con cobertura territorial completa. Que las cartas y postales lleguen a todos los rincones de nuestro país y lo hagan a precios

razonables y en tiempos prudenciales. Que los servicios básicos de telecomunicaciones cubran, a precios asequibles, todas las zonas geográficas con independencia de lo más o menos pobladas que estén. Algo, sin duda, muy complejo, pues parece evidente que ningún operador económico tendrá interés en llevar cartas y postales a los pequeños municipios gallegos, y que ningún operador de telefonía tendrá interés comercial alguno en cubrir los Monegros. Por eso, si el mercado no garantiza por sí solo esta prestación básica a toda la ciudadanía, el poder público la va a imponer a uno o varios operadores. Lo habitual, en realidad, es que se imponga al antiguo monopolista, quien suele ser el propietario de las redes y ya tiene experiencia en todo el territorio que se debe cubrir.

40. Ahora bien, esta imposición a un operador económico va a colocarlo, probablemente, en una posición peor de la que ostentan aquellos operadores que pueden elegir qué servicios prestar y en qué territorio. Es posible que la prestación obligatoria del servicio universal sea deficitaria (si fuera rentable, seguramente otros operadores querrían prestarla) y no parece justo que se coloque a uno de los operadores en peor situación que a los demás. Por lo tanto, esa carga que puede suponer para el operador designado la prestación del servicio universal deberá ser **compensada**. Existen, aquí, diversas posibilidades que, en principio, quedan a la libertad de los Estados miembros: la reserva de ciertos servicios en exclusiva a los operadores que se hacen cargo del servicio universal (así ocurría en el ámbito postal hasta 2010); la creación de una especie de "hucha" en la que participan todos los operadores (por ejemplo, el Fondo Nacional del Servicio Universal previsto en el art. 42 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, LGTel) o el pago de una indemnización (para las rutas aéreas sobre las que se imponga la obligación de su prestación y en las que el servicio lo vaya a prestar una sola compañía, previa licitación y a cambio de una indemnización por ejecución de obligaciones de servicio público, según establece el art. 17.3.e del Reglamento 1008/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad).

41. Todas estas medidas de compensación que pueden adoptarse en favor del operador u operadores designados para prestar el servicio universal implican, como puede intuirse, una cierta derogación de la competencia. Una derogación que, sin embargo, el Derecho de la Unión admite expresamente en una correcta interpretación del artículo 106.2 TFUE, cuando afirma que las empresas que gestionan servicios de interés económico general se han de someter a las reglas de la libre competencia siempre y cuando ("en la medida que") la aplicación de dichas normas no "impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada". Esa misión específica, que puede identificarse con el concepto de servicio universal, es lo que justifica, precisamente, la **derogación excepcional de la competencia**.

42. Obviamente, estas derogaciones de la competencia permitidas y, sobre todo, la compensación de la carga injusta, deben someterse a rigurosos requisitos y a un **estricto control**, para evitar que los Estados miembros puedan tener la tentación de favorecer a determinadas empresas en detrimento de otras. Por ello, el TJUE ha ido elaborando una importantísima jurisprudencia, a partir de la cual podemos afirmar que la aplicación del artículo 106.2 TFUE exigirá que las obligaciones de servicio universal se

hayan definido e impuesto con carácter previo, a través de un acto del poder público, que la compensación se calcule conforme a parámetros transparentes y objetivos y que no exceda de los gastos originados por las obligaciones impuestas y un beneficio razonable y proporcionado, entre otros elementos. Al mismo tiempo, y dado que es frecuente que el operador designado, además de la prestación del servicio universal, actúe en el mercado en competencia con otros operadores, es muy importante que, a la hora de calcular la carga injusta, esta solo tenga en cuenta los gastos originados por aquellas obligaciones, y no posibles pérdidas del operador como resultado de su actividad en el mercado (lo que sería equivalente a una subvención cruzada y, por tanto, a un falseamiento de la competencia). Precisamente para evitar esta situación, se exige que estos operadores lleven contabilidades separadas.

43. Un elemento esencial en la arquitectura institucional de los procesos de liberalización estudiados son las conocidas como **autoridades independientes**, cuyas funciones se corresponden con los objetivos mencionados *supra* § 23.40: velar por el buen funcionamiento del sector y la libre competencia entre operadores, controlar que estos cumplen con las obligaciones de servicio público que se les hayan podido imponer y garantizar que el operador u operadores designados prestan el servicio universal. De las peculiares características de estos entes, su composición y funciones nos ocuparemos en la Lección 25. Baste aquí con indicar que la administración independiente encargada de regular y controlar el funcionamiento de los principales sectores liberalizados es, en nuestro país, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

3.1. La creación de los servicios públicos

44. La primera cuestión relevante en relación con el régimen jurídico de los servicios públicos es, naturalmente, la relativa a su establecimiento. Los servicios públicos los crean los poderes públicos, en función de lo que, en cada momento y lugar, se considera que es una **necesidad básica para la colectividad** que debe ser satisfecha y/o garantizada. Como las necesidades básicas varían con el tiempo y el desarrollo de las sociedades, es lógico que también varíe lo que se considera o no servicio público.

45. Por lo que se refiere a las actividades y servicios que constituyan servicios de interés económico general, su determinación se hará, en principio, por la **normativa nacional**. El Derecho de la Unión parte de un principio general de libertad, por el que corresponde a los Estados miembros definir qué servicios consideran de interés económico general. Por ejemplo, cada Estado miembro decide qué rutas aéreas concretas van a tener la consideración de rutas sometidas a obligación de servicio público y, por lo tanto, tendrán que prestarse bajo determinadas condiciones de frecuencia y precios. Es posible, por lo tanto, que un Estado entienda que ninguna de sus rutas debe recibir tal consideración. Ahora bien, esta libertad que se deja a los Estados miembros no obsta para que, además, también el Derecho de la Unión pueda calificar como tales ciertas actividades o servicios; así lo ha hecho, por ejemplo, con ciertos servicios postales.

46. Junto con los servicios de interés económico general, con la regulación que ya conocemos, en nuestro ordenamiento conviven los **servicios públicos en sentido clásico**, es decir, aquellos que son asumidos por la Administración (que ostenta su titularidad, como se ha dicho tradicionalmente), sin perjuicio de que luego esta decida prestarlos directamente o lo haga, por el contrario, a través de un privado. Algunos de estos servicios, muy pocos, están expresamente establecidos en la Constitución, como es el caso de la educación básica obligatoria (art. 27); quizás también, aunque con menor rotundidad, pueda afirmarse lo mismo respecto del régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41) o la sanidad (art. 43). Para reforzar, precisamente, la obligatoriedad de ciertos servicios públicos algunos estatutos de autonomía de segunda generación han introducido referencias expresas más claras a un "sistema educativo público" (art. 21.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía), a un "sistema sanitario público de carácter universal" (art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears) o a un "sistema público de servicios sociales de responsabilidad pública" (art. 29.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias).

47. Lo habitual, no obstante, será que sean establecidos por el legislador estatal o autonómico, en el ámbito de sus competencias, para lo cual gozarán de un amplio margen de apreciación, que alcanzará también a su concreta configuración. Un ejemplo de ello son los servicios previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

48. Pero es, sin duda, en el **ámbito local** donde encontramos, hoy en día, el grueso de los servicios públicos entendidos en su concepción clásica; es decir, titularidad pública y prestación directamente por la Administración o por terceros con los que esta contrata. Podría decirse, de algún modo, que el modelo clásico de prestación de servicios públicos pervive en los servicios públicos locales, ajenos, hasta cierto punto, a los procesos de liberalización europeos.

49. Así, en primer lugar, el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que determinados servicios públicos locales tendrán carácter obligatorio. Es decir, impone a los municipios el deber de su establecimiento y prestación. Un deber que tiene como correlato un derecho de los vecinos (art. 18.1.g LBRL) que es exigible, por ejemplo, mediante la interposición de un recurso por inactividad (art. 29 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA). La estructura del precepto hace depender los **servicios municipales obligatorios** del número de habitantes de cada municipio, pero vale la pena destacar, en cualquier caso, que el listado incluye un número importante de servicios de todo tipo: alumbrado público, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, biblioteca pública, instalaciones deportivas públicas o transporte urbano de viajeros, entre otros.

50. Junto con los servicios obligatorios, los municipios pueden prestar otros servicios públicos (a veces denominado servicios **facultativos**), pues están habilitados para ellos en virtud de la cláusula general del artículo 86.1 LBRL ("las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas"),

que a su vez encuentra apoyo constitucional en el artículo 128.2 CE. Ahora bien, esta habilitación genérica no debe interpretarse, lógicamente, como una capacidad ilimitada, al margen de todo requisito o exigencia.

51. Los servicios públicos de carácter económico creados con base en el artículo 86.1 LBRL presentan problemas de distinción con las actividades económicas que pueden desarrollar las entidades locales de acuerdo con este mismo precepto. Aunque se trata de una cuestión discutida tanto por la doctrina como por el Derecho positivo, es necesario distinguir ambos tipos de actividad. De un lado, algunas autoras distinguen con contundencia entre servicios públicos (donde el Derecho de la competencia experimentaría importantes modulaciones) y la iniciativa económica municipal, que estaría plenamente sometida al Derecho general de la competencia (ORTEGA, 2017). Por otro lado, algunas leyes autonómicas de régimen local han ahondado en la distinción entre servicio público e iniciativa económica. Tal es el caso de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local, que diferencia con claridad entre los "servicios locales de interés general" (art. 26) y la "iniciativa económica local", donde la correspondiente entidad local actúa en régimen de "libre concurrencia" (art. 45.1). Similar es la regulación de los artículos 93 y 96 de la Ley vasca 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales.

52. A la hora de crear un nuevo servicio público local, en el sentido amplio propio de esta lección, no es posible prescindir de la condición y naturaleza pública de quién pretende actuar —la Administración pública—, pues la idea del interés general preside toda su actuación a tenor del artículo 103 CE, sin que aquel reconocimiento constitucional y legal de la capacidad municipal pueda suponer una plena equiparación con los particulares; ello supondría desconocer las vinculaciones a las que está sometida la Administración, entre ellas, el principio de legalidad o el control jurisdiccional (MALARET, 2003: 574, 588). Ello exige, en definitiva, que el establecimiento del servicio público venga precedido de la previa tramitación de un expediente en el que **se justifique su conveniencia y oportunidad**. Es cierto que la normativa al respecto no es clara, y que la doctrina está dividida en relación con los concretos trámites que hay que seguir, diferenciando con frecuencia entre la creación de servicios sociales y económicos (y entre servicios obligatorios y facultativos), pero, en cualquier caso, parecen ineludibles unos mínimos trámites procedimentales que incluyan la motivación de la decisión, un trámite de información pública, una propuesta de reglamentación del servicio y la forma de gestión del servicio.

53. En primer lugar, el servicio público municipal que se establezca debe enmarcarse en las competencias que los municipios tienen atribuidas en el ordenamiento jurídico. Debe tratarse, pues, de una actividad o servicio de **interés municipal**, una idea que se concreta con la previsión legal de que la actividad que se vaya a emprender sea de utilidad pública y se desarrolle en beneficio de los vecinos y dentro del propio término municipal (así lo afirma, en relación con el ejercicio de actividades económicas en concurrencia, el art. 96 del Real–Decreto Legislativo 781/1996, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, TRRL). Extremos que deberán acreditarse en el correspondiente expediente mencionado *supra* § 23.52.

54. La STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10755) cuestionaba el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona, en virtud del cual se encargaba a la sociedad municipal BSB (medio propio de aquel) la prestación de servicios sanitarios bucodentales. Es decir, se establecía un servicio municipal de salud dental. El Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Catalunya (COEC) se oponía a dicho acuerdo al entender, por un lado, que el Ayuntamiento carecía de competencia para prestar servicios odontológicos y, por otro, que la prestación de dichos servicios provocaba una duplicidad (en relación con los servicios sanitarios bucodentales competencia de la Generalitat de Cataluña) expresamente prohibida por la normativa de régimen local. La STSJ Cataluña dio la razón a COEC, estimando que el Ayuntamiento de Barcelona carece de competencias en materia de servicios de odontología o, si se prefiere, que el límite a las competencias atribuidas a dicho Ayuntamiento por la

normativa reguladora está en que las actividades o servicios que quiera desarrollar no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones (o, en tal caso, que sean actividades complementarias).

55. En segundo lugar, que el modelo clásico de servicio público pervive en nuestro ordenamiento jurídico local se evidencia ante la posibilidad, aún vigente, de que algunos de ellos (muy pocos) se presten en monopolio mediante la institución de la **reserva de servicios esenciales**, prevista en el artículo 128.2 CE ("Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales"). En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 86.2 LBRL habilita a los municipios a reservarse, actualmente, tres servicios públicos de gran importancia: el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y el transporte público de viajeros. Obsérvese cómo la Constitución determina que el establecimiento de monopolios (la reserva) se haga mediante ley, dadas las considerables limitaciones a la libertad de empresa o a la propiedad privada que supone (excluye a los particulares del mercado). Asimismo, se prevén también algunas garantías procedimentales adicionales en el expediente que deberá tramitarse en el Ayuntamiento.

3.2. Las formas de gestión de servicios públicos

56. Como hemos señalado anteriormente (*infra* § 23.23), la cuestión relativa a las formas de gestión responde a la pregunta sobre cómo deben prestarse los servicios públicos. Es decir, las formas de gestión inciden en el aspecto organizativo de los servicios públicos: qué órgano o ente presta el servicio, bajo qué forma jurídica y con qué régimen jurídico. Quedan fuera, eso sí, los denominados servicios de interés económico general, respecto de los que no cabe hablar de formas de gestión sino, como ya vimos, de prestación en un mercado libre en el que operadores, públicos y privados, actúan generalmente en competencia, si bien los poderes públicos podrán imponerles obligaciones de servicio público y someterlos a una (más o menos) intensa regulación.

57. Las formas de gestión se clasifican, y así ha sido tradicionalmente, en dos grandes categorías. Por un lado, la **gestión directa**, que comprende aquellas formas de gestión en las que el servicio es prestado directamente por la Administración. Por otro lado, la **gestión indirecta**, en la que la Administración contrata a un tercero para que realice la prestación en que consiste el servicio. En este caso, el contratista está sujeto a importantes potestades que ostenta la Administración (de supervisión e inspección, de modificación, tarifaria) en su condición de titular y responsable del servicio.

58. Dentro de la gestión directa existen, por su parte, distintas modalidades, en función de la menor o mayor autonomía organizativa y funcional que implica cada una de ellas. Así, en primer lugar, es posible que la Administración competente preste el servicio de que se trate por sí misma, sin necesidad de crear un nuevo ente con personalidad jurídica propia y distinta. En este caso, la Administración presta

el servicio, bien utilizando su propia estructura organizativa ordinaria (gestión indiferenciada), bien mediante la creación de un órgano administrativo cuya función es, precisamente, la prestación del servicio (gestión diferenciada **mediante órgano especial**). En este segundo supuesto hay una mínima diferenciación orgánica, pero en ambos casos estamos ante formas de gestión simples, pensadas para servicios poco complejos y escasamente técnicos, dirigidos a un número no muy grande de usuarios. Por ejemplo, es relativamente habitual que se presten de este modo los servicios de biblioteca municipal.

59. Otra posibilidad, todavía dentro de la gestión directa, es que la Administración competente decida crear un **ente instrumental** para la prestación del servicio. Este ente instrumental puede ser un ente de Derecho privado (una sociedad mercantil pública) o un ente de Derecho público (un organismo autónomo o una entidad pública empresarial). Como puede intuirse, la creación de un ente con personalidad jurídica propia supone un elevado nivel de autonomía organizativa y funcional, más adecuada para servicios complejos y técnicos o que impliquen un número muy elevado de usuarios. Por ejemplo, los servicios de salud suelen articularse mediante organismos autónomos autonómicos; tal es el caso del Servicio Andaluz de Salud (SAS) o del Servicio Vasco de Salud (Osakidetza). En el ámbito municipal es habitual la prestación de servicios culturales mediante organismos autónomos locales (por ejemplo, el Instituto Municipal de Artes Escénicas–Gran Teatro de Córdoba), mientras que el abastecimiento de agua es prestado, con frecuencia, mediante sociedades mercantiles públicas (por ejemplo, EMASA, empresa municipal encargada de la gestión y administración de agua en Málaga). En cualquier caso, y por lo que se refiere al régimen jurídico de estos tipos de entes, nos remitimos a lo explicado *supra* § 8.26-40, con carácter general y *supra* § 9.49-74, § 10.55-64, §.11.85-89 para los distintos niveles administrativos (estatal, autonómico, local).

60. Las formas de gestión indirecta se encuentran reguladas, fundamentalmente, en la normativa en materia de **contratos** del sector público. En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) ha modificado notablemente la regulación anterior, de manera que la tradicional gestión indirecta contractual se canaliza ahora a través de la figura del contrato de concesión de servicios públicos (art. 15 LCSP) y del contrato de servicios, cuando este implique prestaciones directas a la ciudadanía (art. 17 LCSP). Sustancialmente, la diferencia entre ambos contratos radica en si el contratista asume o no el riesgo operacional al que ya se hizo referencia (*supra* § 19.36): si lo asume el contratista estamos ante un contrato de concesión de servicios; en caso contrario, ante un contrato de servicios. Por ejemplo, un contrato para la explotación de la piscina municipal por 3.000 euros al mes es, claramente, un contrato de servicios, mientras que un contrato para la explotación de unas instalaciones deportivas municipales podría ser un contrato de concesión de servicios si el empresario asumiera el riesgo de demanda (el mayor o menor número de vecinos del municipio que decidieran utilizarlas y pagar por ellas).

61. Tradicionalmente, las Administraciones han tenido un amplio margen de apreciación a la hora de decidir la forma de prestación de los servicios públicos. Esta idea se mantiene en la actualidad, como se ha encargado de recordarnos, por ejemplo, el art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que establece, como regla general, el **principio de libertad de administración** de las autoridades nacionales. Este principio tiene, en realidad, todo el sentido, pues la concreta forma de gestión del servicio (su organización, en última instancia) dependerá de múltiples factores que deben analizarse caso por caso. Así, por ejemplo, en el ámbito local (que es, como dijimos, donde se ha mantenido el grueso de los servicios públicos en su concepción clásica) un mismo servicio puede ser gestionado de formas distintas en distintos municipios, y la elección de la concreta forma de gestión vendrá determinada por las características propias de cada uno de ellos (población, situación financiera, etcétera).

62. Una regulación muy detallada de las formas de gestión de los servicios públicos ha estado tradicionalmente presente en nuestra **legislación de régimen local** desde mediados del siglo xx y hasta la actualidad (arts. 85 y 85 bis LBRL). Precisamente en el ámbito local se han introducido, en los últimos años, algunas modificaciones que parecen limitar, hasta cierto punto, ese principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, al haberse modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) el art. 85.2 LBRL, introduciendo el mandato de que deberá optarse por la forma de gestión "más sostenible y eficiente" y, de entre las de gestión directa, por las que no supongan la creación de ningún ente y por la de organismos autónomos frente a entidad pública empresarial o sociedad mercantil. En realidad, estos nuevos requisitos previstos ahora en la ley, más que establecer una preferencia por la gestión directa o por la gestión indirecta, parecen exigir, sobre todo, un plus de motivación a las entidades locales en la memoria justificativa que deberán elaborar al efecto (DARNACULLETA, 2020: 168-169).

63. Junto a las formas de gestión indirecta contractuales, no debemos olvidar que también es posible la prestación de servicios públicos sociales sanitarios, asistenciales o educativos (también denominados "servicios a las personas") mediante fórmulas no contractuales, debiendo destacarse el instrumento de la **acción concertada**. En este sentido, se recurre a la acción concertada (con entidades privadas sin ánimo de lucro, principalmente) para gestionar servicios incluidos en la cartera de servicios de la Administración responsable, siendo muy habitual en el ámbito de los **servicios sanitarios y asistenciales autonómicos**, por ejemplo. Esta fórmula no contractual, junto con otras —también no contractuales— como la subvención o la gestión interadministrativa de carácter convencional, encuentran clara acogida tanto en los artículos 6.1 y 11.6 como en las disposiciones adicionales 48 y 49 LCSP.

4. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y GARANTÍA

64. Aunque no están expresamente enumerados como tales en una sola norma con carácter general, existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de **principios básicos** que rigen la práctica totalidad de la actividad de prestación y garantía.

Su origen, de nuevo, debemos situarlo en la doctrina francesa, que los formuló por primera vez en el periodo de entreguerras del siglo pasado. Estos principios no son principios meramente programáticos, sino que despliegan efectos jurídicos. Su incumplimiento, de hecho, tiene consecuencias jurídicas, en ocasiones muy intensas, llegando a la resolución del contrato (si el servicio se presta a través de un contratista), a la imposición de sanciones por parte del ente regulador (en el caso de servicios liberalizados) o a la puesta en marcha de los distintos mecanismos disponibles cuando el servicio es prestado por la propia Administración (responsabilidad disciplinaria para empleados públicos concretos, responsabilidad patrimonial de la Administración si se ha causado un daño, etcétera).

65. El principio seguramente más importante de todos es el **principio de continuidad**. Es un principio tan esencial para la actividad de prestación y garantía que es habitual referirse a él como la piedra angular del servicio público. Expresado de forma sencilla, este principio de continuidad supone que la actividad de que se trate debe estar a disposición de los ciudadanos de forma continua y regular, sin interrupciones arbitrarias o injustificadas. Como es fácil de intuir, esta idea de continuidad no debe identificarse, en una interpretación literal, con una disponibilidad de veinticuatro horas al día durante 365 días al año, sino que se trata de un concepto que se ha de concretar servicio a servicio. Ciertamente, en algunos supuestos la disponibilidad deberá ser necesariamente de veinticuatro horas al día todos los días de la semana sin excepción (abastecimiento de agua potable, electricidad o servicio de urgencias médicas, por ejemplo). En otros casos, en cambio, la disponibilidad significará, más bien, regularidad en la prestación en el horario previamente establecido y considerado adecuado, atendiendo a la naturaleza de las necesidades que se pretenden satisfacer (una biblioteca municipal que abre de 9 a 21h. o las consultas médicas especializadas de los hospitales).

66. El principio de continuidad plantea algunas dificultades a la hora de conciliarlo con el **derecho constitucional a la huelga**. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con las actividades privadas, las actividades de prestación y garantía lo son, precisamente, porque se entiende que con ellas se satisfacen importantes necesidades colectivas. Esto hace que su efectiva y concreta realización no pueda depender íntegramente de la voluntad de las personas que las deben poner en marcha. En este sentido, no pasa nada si un día cierran todas las zapaterías en nuestro país, pero es evidente que no pueden cerrar todos los servicios hospitalarios ni dejar de funcionar el 100 por 100 de los trenes del metro. Por ello, la Constitución, cuando regula el derecho a la huelga, permite la limitación de este derecho para el "mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (art. 28.2). Así, cuando hay una huelga de trabajadores de las universidades, es habitual establecer como servicios mínimos la presencia obligatoria en el puesto de trabajo de quienes ocupan cargos de gobierno (rector, decanos) así como la realización de los exámenes que debieran tener lugar ese día, pero no, en cambio, la impartición de clases.

67. Las obligaciones de continuidad se establecen en las propias regulaciones del servicio de que se trate o, si este es prestado por un contratista, en el mismo contrato. Pero es importante destacar, además, que este principio rige también en aquellos **servicios que han sido liberalizados** y respecto de los que el poder público se limita, en principio, a regular y garantizar su prestación. De hecho, las diversas leyes reguladoras de tales servicios suelen referirse a él de forma expresa. Tal es el caso, por ejemplo, de la LSPU, cuyo artículo 22 establece que la prestación del servicio postal universal se regirá, entre otros, por el principio de continuidad, entendiendo por esta "no interrumpir ni suspender el servicio, salvo en casos de fuerza mayor y previa comunicación a la Comisión Nacional del Sector Postal [referencia

que ahora hay que entender hecha a la CNMC], que podrá denegarla". También contienen previsiones en este sentido, entre otras, la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (LSF), cuando señala como uno de sus fines "establecer los criterios para que la prestación de los servicios de transporte ferroviario de viajeros y de mercancías se realice con continuidad" (art. 2.1.k), o la LGTel, cuyo artículo 63.2 establece que "los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas garantizarán la integridad de las mismas a fin de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios que utilizan dichas redes".

68. Otro de los principios clásicos de la actividad de servicio público es el **principio de mutabilidad o adaptabilidad**, que permite a la Administración modificar unilateralmente las condiciones de prestación si ello es conveniente para la satisfacción del interés público. Cuando el servicio se presta a través de un contratista, este principio toma la forma de la potestad de modificación o *ius variandi*; esto es, el poder excepcional de modificación unilateral del objeto del contrato como consecuencia de cambios sobrevenidos en el interés público; una potestad que luce ahora en el artículo 203 LCSP, si bien con una progresiva tendencia a la reducción patente en los últimos años.

69. Las leyes reguladoras de **sectores liberalizados** suelen incluir, asimismo, previsiones relativas a la necesidad de adaptación de la actividad de prestación y garantía a las cambiantes y sobrevenidas necesidades del interés general. Por ejemplo, la LSPU establece como uno de los principios que rigen las relaciones entre los usuarios y el operador designado para la prestación del servicio postal universal el de "adaptación a las necesidades de los usuarios", añadiendo que se podrán imponer al operador designado "otras obligaciones de servicio público, cuando así lo exijan razones de interés general" (art. 22.5). Por su parte, la LSF en su artículo 59.4 determina la posibilidad de modificar las condiciones de prestación de los servicios sujetos a obligaciones de servicio público "para adaptarlos a cambios sobrevenidos". El artículo 35.4 de la LGTel señala, por último, que "el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la instalación y explotación de redes públicas se efectuará con respeto a los principios de [entre otros] adaptabilidad". Eso sí, tanto en el caso de los servicios liberalizados, como cuando son prestados mediante contratistas, si la modificación practicada conllevara una carga financiera adicional, esta deberá ser, en principio, compensada.

70. Este principio de mutabilidad hunde sus raíces en la **cláusula de progreso** que surgió a partir de la llamada *querelle du gaz et de l´electricité* de finales del siglo XIX (MEILÁN GIL, 2006: 53). En aquella época, la iluminación pública solía estar concedida en exclusiva a empresarios privados, que la prestaban mediante gas. La aparición de la iluminación eléctrica derivó en importantes conflictos entre los ayuntamientos, que aspiraban a que se utilizara esta en detrimento de aquella, y los concesionarios privados que, atrincherados en el clausulado de sus contratos, se negaban a introducir la iluminación por electricidad. Los poderes públicos trataron de corregir estas disfunciones mediante distintas técnicas destacando, entre ellas, la denominada "cláusula de progreso": esta permitía anular el derecho de exclusiva si las empresas no introducían las innovaciones que, de acuerdo con los estándares técnicos científicos del momento, comportaban una reducción de precios y mejores prestaciones. Y es que, paradójicamente, el progreso técnico y científico fue, por un lado, el impulsor de los grandes servicios públicos de contenido económico, pero, al mismo tiempo, su estricto sometimiento a la legislación contractual privada dificultaba la innovación tecnológica en su prestación (QUINTANA, 2006: 422).

71. Decir que los servicios públicos deben prestarse respetando los **principios de no discriminación y de igualdad** entre los usuarios no es sino una concreción del principio general de igualdad establecido en el artículo 14 CE. Aplicado a la actividad de prestación y garantía supone, en particular, que las reglas y requisitos de acceso (la accesibilidad) y de funcionamiento (el disfrute) del servicio deben regularse y ordenarse en condiciones igualitarias y sin discriminación para todos los usuarios.

Ahora bien, ello no significa que no sean posibles, e incluso deseables, los tratamientos diferenciados, siempre que sean razonables, proporcionados, transparentes y no discriminatorios. Ello explica la existencia de precios reducidos en el transporte para jóvenes o mayores, la limitación de ciertas prestaciones asistenciales a personas en situación de vulnerabilidad o las distintas estrategias comerciales de los operadores que prestan servicios liberalizados (reducción de precios para quien realice un volumen muy elevado de envíos postales, por ejemplo).

72. Es importante destacar que el principio de **igualdad** se encuentra en el núcleo mismo del concepto de servicio universal, elemento clave de la regulación jurídica de los servicios liberalizados. Esta idea se visualiza muy bien analizando el ámbito postal, pues el **servicio postal universal** se define como el conjunto de prestaciones básicas que deben garantizarse con cobertura territorial completa y a precios asequibles. La "cobertura territorial completa" hace referencia al hecho de que el mercado, por sí solo, no es capaz de garantizar una serie de prestaciones postales básicas a todos los ciudadanos (no, al menos, a precios asequibles); y, precisamente para garantizar dicho acceso a todos los ciudadanos por igual, se imponen a un operador ciertas obligaciones y, entre ellas, la de garantizar que ciertos envíos postales llegan a todo el territorio nacional. La igualdad late, también, en la imposición de ciertas rutas aéreas (o ferroviarias) como obligaciones de servicio público, con el fin de asegurar que también quienes viven en territorios alejados o de difícil acceso tengan las mismas posibilidades de desplazarse, de acceder a otros servicios (por ejemplo, los sanitarios) o de ejercer la representación política.

73. A estos tres principios clásicos se han ido añadiendo, con el tiempo, otros principios que también son importantes para la actividad de prestación y garantía. Uno de ellos es el **principio de calidad de los servicios públicos**, mencionado cada vez con más frecuencia, a pesar de que es casi imposible dar una definición general de lo que debe entenderse bajo esa denominación. De hecho, es mucho más sencillo concretar la calidad de los servicios por referencia a un conjunto de factores que, lógicamente, variarán en función de la actividad o servicio concreto: la puntualidad en la llegada y en la salida (transporte), los tiempos de atención y espera (para operarse o conseguir cita con un especialista médico), la cobertura y velocidad (en el acceso y navegación a internet), etcétera.

74. Aunque no son de fácil aplicación e interpretación, lo cierto es que existen distintos instrumentos que permiten medir, siquiera de forma aproximada, la calidad con que se provee esta actividad de prestación y garantía. En este sentido, es posible mencionar, entre otros, las **cartas de servicios** aprobadas por las mismas Administraciones encargadas de la prestación de un servicio; las evaluaciones de calidad de los servicios por parte de sus usuarios (por ejemplo, las encuestas que realiza el alumnado en relación con su grado de satisfacción con una asignatura); o los estándares de calidad fijados en las cláusulas de los contratos (cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de penalidades contractuales e, incluso, a la resolución del contrato) o en la regulación de los servicios liberalizados (cuyo incumplimiento, a su vez, puede conllevar importantes sanciones impuestas a los operadores correspondientes por parte del ente regulador).

75. Aunque tradicionalmente se hablaba del **principio de gratuidad** de los servicios públicos, con el tiempo se ha ido evolucionando hacia la afirmación, más acorde con la realidad, de que los servicios incluidos dentro de la actividad de prestación y garantía deben ser **asequibles**, pero no necesariamente gratuitos. Pueden serlo, si así se decide, pero, en puridad, únicamente debe serlo la educación básica obligatoria, por expreso mandato constitucional (art. 27.4 CE). Junto a ella, ciertamente, también la sanidad pública es, sustancialmente, gratuita, así como algunas

prestaciones asistenciales básicas, en el sentido de que se financian con cargo a los presupuestos públicos. En todo caso, esta idea de la asequibilidad de las prestaciones debe ponerse en relación, necesariamente, con el principio de igualdad analizado más arriba (*supra* § 23.71).

76. Para la mayoría de los servicios (especialmente los de contenido económico), sin embargo, lo habitual será que **el usuario pague** el coste total o parcial del servicio a la Administración, al contratista de la Administración o al operador prestador del servicio liberalizado. Respecto de este último, la regla general es que los precios de los distintos servicios sean fijados libremente por el juego del mercado y de la competencia, si bien existen algunas excepciones destacables.

77. Por ejemplo, el art. 1.2 LSPU reconoce el derecho de los usuarios "a un servicio postal universal de calidad y a precios asequibles", lo que permite que se establezcan tarifas máximas en relación, precisamente, con los servicios incluidos dentro del servicio postal universal. También se establecen tarifas máximas en el caso de billetes de avión para rutas cubiertas con obligaciones de servicio público (como puede ser, por ejemplo, la que cubre el trayecto Badajoz–Madrid, con una tarifa de referencia de 90 euros, según determina el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de febrero de 2018, por el que se aprueba la declaración de obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Badajoz–Madrid y Badajoz–Barcelona).

78. Finalmente, ha adquirido una notable relevancia en los últimos tiempos el **principio de neutralidad** de los servicios públicos, entendido como la necesidad de que estos se presten sin fines partidistas o adoctrinadores. En realidad, este principio de neutralidad puede entenderse como una concreción del principio de objetividad de toda la actuación administrativa, contenido en el artículo 103 CE. Aunque este principio rige, sin género de dudas, en todos los servicios públicos prestados por la Administración (también cuando esta los presta indirectamente, a través de contratistas), lo cierto es que hay algunos servicios públicos en los que este principio requiere una protección especialmente reforzada. Es el caso de la educación y los medios de comunicación públicos, especialmente sensibles a la utilización partidista y en los que la neutralidad, además, es presupuesto para garantizar el pluralismo de la sociedad.

79. Un buen ejemplo de cómo debe jugar el principio de neutralidad en la prestación de servicios públicos lo encontramos en la STS de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4334). En ella el TS rechazó que el claustro de la Universitat de Barcelona, en tanto que "Administración pública institucional", pudiera aprobar un "Manifiesto en rechazo de las condenas de los presos políticos catalanes y de la judicialización de la justicia", por cuanto este se pronunciaba sobre cuestiones que escapan al ámbito de competencias de la Universidad (que es, precisamente, "la prestación del servicio público de la enseñanza superior mediante la docencia, el estudio y la investigación") y se pronunciaba, además, "tomando partido en cuestiones que dividen a la sociedad y son de relevancia política e ideológica ajenas a los fines de la Universidad". Al hacerlo, a juicio del Tribunal Supremo la Universitat de Barcelona vulneró el principio de neutralidad que cabe esperar de toda Administración (cuyo anclaje constitucional es el art. 103 CE) y, con ello, también el derecho a la libertad ideológica de los demandantes y de todos los integrantes de la comunidad universitaria, así como el derecho a la educación de los estudiantes.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Límites jurídicos a la libertad de configuración de los servicios públicos locales por parte de los Municipios", en Tomás FONT I LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN, *Mas allá de la autonomía local: de la despoblación al poder de las ciudades*, *Anuario del Gobierno Local* 2019, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona–Madrid, 2020, pp. 149-187.

José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo* (10º edición), Marcial Pons, Barcelona–Madrid, 2021.

Ernst FORSTHOFF, "Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung", en Ernst FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,* W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959 [1938], pp. 22-34.

Elisenda MALARET I GARCIA, "Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?", *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291 (2003), pp. 567-608.

José Luis MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Aranzadi, 2006.

Julia ORTEGA BERNARDO, "Servicios públicos e iniciativa económica local", en Francisco VELASCO CABALLERO (Director), *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires–São Paulo, 2017, pp. 73-104.

Adolfo POSADA, "La ciudad moderna", en Adolfo POSADA, *Escritos municipalistas de la vida local*, Instituto de Administración Pública, Madrid, (1979 [1913]) pp. 317-409.

Tomás QUINTANA LÓPEZ, "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 131 (2006), pp. 422-444.

José Luis, VILLAR PALASÍ, "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública, núm. 3 (1950), pp. 53-129.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *et al.*, *La colaboración público–privada en la gestión de servicios sociales*, Marcial Pons, Barcelona–Madrid, 2022.

León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, Imprenta F. Beltrán, Madrid, 1926 (traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén).

Nuria MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de servicios públicos en España*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 605-629
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L24
© Fernando Pastor Merchante
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 24
ACTIVIDAD DE PROMOCIÓN Y FOMENTO

Fernando Pastor Merchante
IE Universidad

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MARCO NORMATIVO: 2.1. Tipología de la actividad promocional y de fomento; 2.2. Riesgos de la actividad promocional y de fomento y fundamentos de su regulación.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE SUBVENCIONES Y DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE AYUDAS ESTATALES: 3.1. La legislación nacional sobre subvenciones: *3.1.1. Ámbito objetivo; 3.1.2. Ámbito subjetivo;* 3.2. Normativa europea sobre ayudas estatales: *3.2.1. Financiación pública; 3.2.2. Concesión de una ventaja; 3.2.3. Carácter selectivo; 3.2.4. Distorsión de la competencia; 3.2.5. Efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.*—4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES: 4.1. Contenido de la legislación sobre subvenciones; 4.2. El establecimiento de subvenciones: *4.2.1. Elaboración del plan estratégico de subvenciones; 4.2.2. Formalización de las bases reguladoras de las subvenciones; 4.2.3. Aprobación de la partida de gasto necesario para dotar la subvención;* 4.3. La concesión de subvenciones: *4.3.1. Procedimiento de concurrencia competitiva; 4.3.2. La concesión directa de subvenciones;* 4.4. Controles: *4.4.1. Justificación y comprobación; 4.4.2. Control financiero: 4.4.3. La Base de Datos Nacional de Subvenciones y el Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones*.—5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AYUDAS ESTATALES: 5.1. Contenido de la normativa sobre ayudas estatales; 5.2. El procedimiento de autorización de ayudas estatales por parte de la Comisión; 5.3. Las ayudas "de minimis" y las ayudas "exentas".—6. LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL Y DE FOMENTO A TRAVÉS INSTRUMENTOS NO PECUNIARIOS: 6.1. Campañas institucionales de publicidad y comunicación; 6.2. Etiquetado de calidad; 6.3. Nudges.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. INTRODUCCIÓN

1. La expresión "actividad promocional y de fomento" se refiere a una de las tres categorías que se suelen emplear para clasificar los principales tipos de actividad que lleva a cabo la Administración, en ejercicio de las funciones que le encomienda la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Según la clasificación más arraigada entre la comunidad jurídica española, las otras dos categorías típicas son la actividad de policía u ordenación y la actividad prestacional o de servicio público (*supra* § 1.40). La actividad promocional y de fomento se caracteriza, en positivo, por el papel promocional que asume la Administración, cuando pone en marcha **incentivos económicos y otras señales de estímulo** para promover los objetivos de sus políticas públicas. También se puede definir, en negativo, como el tipo de actividad que despliega la Administración cuando promueve determinados objetivos a través de técnicas no coactivas (JORDANA, 1949: 46), sustituyendo o complementado el binomio prohibición y sanción (el palo) por otras formas de señalización y estímulo (la zanahoria).

2. Tras observar que el Derecho administrativo carece de un régimen jurídico común y específico para todas las formas de actividad promocional y de fomento (apartado 2), el capítulo aborda después las dos principales fuentes de regulación que encuadran este tipo de actividad: la legislación nacional sobre subvenciones y la normativa europea sobre ayudas estatales (apartados 3, 4 y 5, que reproducen, con algunas modificaciones, lo publicado en Pastor, 2021). Finalmente, el capítulo se ocupa de la actividad de fomento y promoción que se articula a través de estímulos y señales de tipo no económico o pecuniario (apartado 6).

2. MARCO NORMATIVO

2.1. Tipología de la actividad promocional y de fomento

3. La actividad promocional y de fomento de las Administraciones públicas puede perseguir **objetivos muy diversos** (tan diversos como los objetivos de las distintas políticas públicas que guían la acción administrativa). Así, por poner algunos ejemplos, la actividad promocional y de fomento puede promover la consecución de objetivos económicos (p.ej., programas de estímulo para la recuperación económica en el marco de crisis recientes como la Covid-19 o la crisis financiera de la pasada década), sociales (p.ej., programas para la promoción del empleo de grupos desfavorecidos, para el desarrollo regional, o para atraer población hacia la llamada España vacía) o medioambientales (p.ej., programas de estímulo para la inversión en tecnologías verdes o en energías renovables).

4. La actividad promocional y de fomento puede revestir **diversas formas**, dado que son muchos los instrumentos a través de los cuales la Administración puede

generar incentivos y señales de estímulo para orientar la conducta de los particulares hacia la consecución de los objetivos de sus políticas públicas.

5. La primera herramienta con la que cuenta la Administración para desplegar este tipo de actividad es su **poder de gasto**, es decir, la posibilidad de utilizar los fondos públicos para crear incentivos económicos orientados a influir sobre el comportamiento de los operadores privados. El principal instrumento del que puede servirse la Administración para crear este tipo de incentivos son las "subvenciones". Las **subvenciones** son disposiciones dinerarias realizadas por la Administración a favor de personas públicas y privadas, sin contraprestación directa, pero condicionadas a que sus beneficiarios hagan (o dejen de hacer) algo. En este sentido, son el ejemplo prototípico de utilización del poder de gasto público como herramienta promocional y de fomento. Por ejemplo, el Real Decreto-ley 3/2025, de 1 de abril, establece un programa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos con el que se persigue avanzar en la consecución de los objetivos de descarbonización de la economía española del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima.

6. La segunda herramienta con la que cuenta la Administración para desplegar su actividad promocional y de fomento es el poder de modular las cargas financieras que recaen sobre los operadores privados. En cierto modo, esta es la otra cara de la misma moneda, puesto que de lo que se trata aquí es de jugar con los ingresos públicos para promover el mismo tipo de objetivos que podrían perseguirse a través de subvenciones y otras herramientas de gasto. La principal herramienta con la que los poderes públicos cuentan para ello es la política fiscal, que les permite **reducir las cargas tributarias** que gravan las actividades que pretenden promover o las operaciones de los actores sobre cuyo comportamiento pretenden influir. Por ejemplo, bajo el objetivo político de lucha contra la despoblación, el actual artículo 12 *bis* de la Ley castellano-manchega 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias permite que los residentes en zonas de intensa despoblación puedan deducirse un 20 por 100 en la cuota íntegra autonómica del IRPF.

7. Dado que los tributos están sometidos a **reserva de ley** (art. 133.1 de la Constitución Española, CE), la política fiscal no es propiamente administrativa, sino legislativa. A la Administración tributaria le corresponde la aplicación de los beneficios fiscales aprobados previamente por el legislador. Sin embargo, es necesario considerar este tipo de iniciativas de fomento en este capítulo, dado que como se verá más adelante la normativa europea sobre ayudas estatales no establece ninguna distinción en función de la naturaleza legislativa o administrativa de las medidas sobre las que se proyectan.

8. Estas "medidas de gasto" y "medidas de ahorro" son el instrumento más habitual a través del cual se canaliza la actividad promocional y de fomento de los poderes públicos. Ahora bien, esta puede concretarse también en otro tipo de medidas, que no son reconducibles fácilmente a ninguna de estas dos categorías. Esto ocurre cuando la Administración persigue este tipo de objetivos a través de la prestación de determinados **servicios**, ya sea porque lo hace con la finalidad de aliviar las cargas de los sectores u operadores cuyas actividades pretende promover o porque el servicio consiste precisamente en una labor de promoción (como ocurre, por ejemplo, en el caso del etiquetado de calidad o de algunas campañas institucionales, *infra* § 24.75). Además, la actividad administrativa de fomento no se articula ne-

cesariamente a través de instrumentos o estímulos económicos o pecuniarios. Históricamente tuvieron mucha relevancia los **instrumentos honoríficos de fomento** (concesión de honores, títulos nobiliarios o condecoraciones civiles) y los **estímulos no económicos** siguen desempeñando un papel importante en la actualidad, tal y como se verá en el último apartado (*infra* § 24.73-83).

2.2. Riesgos de la actividad promocional y de fomento y fundamentos de su regulación

9. Las normas que se proyectan sobre la actividad promocional y de fomento son muchas y variadas. Todas comparten el objetivo de impedir que este tipo de actividad se desvíe del interés general, pero lo hacen desde distintas perspectivas. La primera perspectiva es la que adopta la **legislación presupuestaria**, cuya principal finalidad es asegurar la eficiencia en el uso de recursos públicos y evitar gastos excesivos que puedan comprometer la estabilidad presupuestaria. Para ello, la legislación presupuestaria somete el gasto público a requisitos de racionalización, transparencia, procedimiento y fiscalización (*infra* § 29.53), que también son aplicables a la actividad promocional y de fomento cuando esta supone un desembolso de fondos públicos. Esto ocurre señaladamente en el caso de las subvenciones.

10. La regulación y el control sobre la actividad promocional y de fomento también tienen que ver con la necesidad de evitar la **utilización fraudulenta** de este tipo de medidas para fines particulares, distintos del interés público. Aunque el problema tiene muchas aristas, se trata de evitar dos problemas fundamentales, estrechamente relacionados entre sí. El primer problema es el **riesgo de captura regulatoria**, es decir, el riesgo de que la Administración ponga en marcha medidas de promoción y fomento en respuesta a la presión de grupos de interés y no como herramienta al servicio del interés general. El segundo problema es el **riesgo de clientelismo** (BUENO, 2017: 273), es decir, el riesgo de que las élites políticas y administrativas utilicen la actividad de promoción y fomento como mecanismo para contentar a sus aliados y para tejer fidelidades que aumenten sus posibilidades de mantenerse en el poder. Así, desde esta perspectiva, de lo que se trata es de proteger los principios de buen gobierno.

11. Finalmente, también existen razones económicas para limitar o controlar la actividad promocional y de fomento. Uno de los problemas potenciales que plantean este tipo de medidas es el riesgo de que **alteren la dinámica de los mercados** y el juego de la libre competencia, generando ineficiencias. Desde esta perspectiva, la regulación de la actividad promocional y de fomento debe estar orientada a evitar o minimizar este tipo de distorsiones. Esto implica restringir las medidas promocionales y de fomento que no estén orientadas a corregir fallos de mercado. En el contexto específico del mercado interior europeo, a esta motivación se une la de impedir la utilización de estos instrumentos con fines proteccionistas, favoreciendo a las empresas locales en detrimento de las foráneas (BUENDÍA Y SMULDERS, 2008).

12. Todas estas consideraciones informan de alguna manera los dos principales cuerpos normativos que se proyectan sobre la actividad promocional y de fomento: la legislación nacional sobre subvenciones y la normativa europea sobre ayudas estatales. Sin embargo, la legislación nacional sobre subvenciones otorga un mayor peso al objetivo de garantizar la estabilidad presupuestaria y de asegurar el buen gobierno, mientras que la normativa europea sobre ayudas estatales otorga mayor importancia a los objetivos de índole económica (PASTOR, 2021). Esto explica el distinto contenido de una y otra, es decir, el carácter eminentemente formal de la **legislación nacional sobre subvenciones** (en la que abundan sobre todo las obligaciones de transparencia y procedimiento) y el carácter eminentemente material de la **normativa europea sobre ayudas estatales** (en la que abundan las restricciones materiales vinculadas a los objetivos y a los efectos que producen estas medidas sobre el mercado). Antes de adentrarse en su contenido, es necesario hacer algunas precisiones sobre sus respectivos ámbitos de aplicación.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE SUBVENCIONES Y DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE AYUDAS ESTATALES

3.1. La legislación nacional sobre subvenciones

3.1.1. Ámbito objetivo

13. La principal fuente de regulación de las subvenciones es la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS). La mayoría de las disposiciones de la LGS —y, desde luego, las más importantes— tienen carácter básico (FERNÁNDEZ FARRERES, 2004: 22-27), porque se dictan al amparo del artículo 149.1.18 CE (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común). La **habilitación competencial** empleada por el legislador y la atribución de carácter básico a la mayor parte de disposiciones de la ley es una cuestión controvertida, que ha atraído críticas por parte de algún sector de la doctrina (LÓPEZ RAMÓN, 2004: 36) y que ha dado lugar al planteamiento de varios recursos de inconstitucionalidad por varias comunidades autónomas (SSTC 130/2013 y 135/2013). La LGS ha sido objeto de un **desarrollo reglamentario general** por parte del Estado (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, RGS). Según la DF 1.ª de este reglamento, una parte de sus preceptos son básicos (y por tanto no sólo se aplican a las subvenciones estatales, sino también a las autonómicas y locales).

14. El artículo 2 LGS define el **concepto de subvención** como una "disposición dineraria" realizada por una Administración "a favor de personas públicas o privadas", en la que deben concurrir tres requisitos: ausencia de contraprestación directa, carácter modal, y afectación a una "actividad de utilidad pública o de interés social".

15. El concepto de subvención gira en torno a la noción de "disposición dineraria", lo cual implica que solo tienen la consideración legal de subvención las medidas que consistan en un **desembolso efectivo de fondos públicos**. Esto excluye del régimen jurídico de la LGS dos tipos de medidas de fomento: las medidas de fomento "por ahorro de gasto" (entre las cuales destacan las medidas de fomento consistentes en la concesión de exenciones o beneficios fiscales) y las "ayudas en especie" —por ejemplo, la puesta a disposición de empresas de determinados espacios o infraestructuras públicas— (FERNÁNDEZ, 2004: 9). Como veremos enseguida, este tipo de medidas sí pueden estar sujetas a la normativa europea sobre ayudas estatales.

16. El segundo elemento definitorio del concepto legal de subvención es la **ausencia de contraprestación directa** por parte de los beneficiarios de este tipo de ayudas. Aunque la concesión de una subvención obliga a sus beneficiarios a desplegar algún tipo de actividad o a alcanzar algún tipo de resultado, esta carga no consiste en la entrega de un bien o en la realización de un servicio a favor de la propia Administración concedente. Este elemento de la definición sirve fundamentalmente para delimitar el ámbito de aplicación de la legislación sobre subvenciones y de la de contratos públicos, aunque la frontera entre ambas es difusa como consecuencia del requisito de la "afectación" (HERNÁEZ, 2019).

17. El tercer y último elemento definitorio del concepto legal de subvención es el **requisito de la "afectación"**, que se refiere al carácter modal o condicionado que tienen este tipo de medidas (STS de 12 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2223, FD 4). Como medida de fomento, la subvención es una técnica para promover la realización de una determinada actividad o resultado por parte de sus beneficiarios. Esto explica que el objetivo de buena parte de la normativa sobre subvenciones sea articular procedimientos de control dirigidos a asegurar que los beneficiarios cumplen con las condiciones que motivaron la concesión.

3.1.2. Ámbito subjetivo

18. El artículo 3.1 LGS somete a las prescripciones de dicha ley las subvenciones otorgadas por todas las Administraciones territoriales o generales, incluidas "las entidades que integran la Administración local". Sin embargo, las subvenciones otorgadas por las comunidades autónomas y las entidades locales no están sometidas a todos los preceptos de la LGS, sino solo a los básicos.

19. La DF 1.ª LGS aclara, en su segundo apartado, que "cuando las comunidades autónomas hubieran asumido competencias en materia de régimen local, la ley se aplicará a las entidades que integran la **Administración local** en el ámbito territorial de las referidas comunidades autónomas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de esta disposición". Dicho apartado enumera los títulos competenciales al amparo de los cuales se dicta la ley y los preceptos de la misma que tienen carácter básico. Dado que a día de hoy todas las comunidades autónomas han asumido competencias en materia de régimen local, la aplicación de la LGS a las entidades locales obedece al siguiente esquema: aplicación directa de las disposiciones básicas y aplicación supletoria de las demás (art. 149.3 CE).

20. La regulación autonómica de la actividad subvencional es muy variada. Algunas comunidades autónomas se han dotado de su propia ley sobre subvenciones, en la que desarrollan y completan los

preceptos de la LGS (por ej., Ley 5/2008, de 25 de septiembre, de Subvenciones de la Comunidad de Castilla y León; Ley 9/2007, de 13 de junio, de Subvenciones de Galicia; Ley 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria; Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid; Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de Subvenciones; Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; Ley 20/2023, de 21 de diciembre, Reguladora del Régimen de Subvenciones del País Vasco; Decreto Legislativo 2/2023, de 3 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Subvenciones de Aragón). Otras comunidades autónomas regulan el fenómeno subvencional en el marco de sus leyes de hacienda pública y en sus reglamentos de desarrollo (por ej., Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña; Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha).

3.2. Normativa europea sobre ayudas estatales

21. El ámbito de aplicación de la normativa europea sobre ayudas viene determinado por la propia **noción de "ayuda estatal"**, puesto que las Administraciones públicas no pueden hacer uso de ninguna medida que reúna dicha condición, salvo que se den las circunstancias que el propio Derecho de la Unión define para ello. De ahí la necesidad de abordar los cinco criterios cumulativos que deben darse, según el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), para que una medida tenga la consideración de ayuda estatal: (1) la utilización de fondos públicos, (2) para la concesión de una ventaja, (3) que no sea general sino selectiva y (4) que distorsione la competencia y (5) afecte al comercio entre Estados miembros.

3.2.1. Financiación pública

22. El primer elemento de la definición legal de ayuda se refiere a la fuente de financiación de este tipo de medidas, puesto que el artículo 107.1 TFUE prohíbe únicamente "las ayudas otorgadas (…) mediante fondos estatales". La jurisprudencia europea interpreta de manera muy amplia la noción de "fondos estatales". Por un lado, reconoce como fondos estatales los recursos de **todos los niveles de gobierno** de los Estados miembros, incluidas las autoridades regionales y locales (STJCE de 14 de octubre de 1987, *Alemania/Comisión*, C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, apartado 17). Por otro, admite la posibilidad de que una medida tenga la consideración de ayuda aunque no suponga un "gasto" —p.ej., subvenciones, préstamos, ayudas en especie, etc.— sino una "pérdida de ingresos públicos" —p.ej., beneficios fiscales, bonificaciones en cargas sociales, condonación de multas o deudas, etc.— (STJCE de 16 de mayo de 2000, *Ladbroke*, C-83/98, ECLI:EU:C:2000:248, apartado 49).

23. Este requisito atrae hacia el ámbito de aplicación de la normativa sobre ayudas estatales las "medidas de ahorro" y las **"ayudas en especie"** que la normativa española sobre subvenciones excluye de su propio ámbito de aplicación. Sin embargo, este requisito excluye del ámbito de aplicación de la normativa sobre ayudas estatales las medidas regulatorias que no comprometen directamente fondos públicos: por ejemplo, el establecimiento de precios mínimos y de obligaciones de compra o suministro

entre particulares (STJCE de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, apartado 62).

3.2.2. Concesión de una ventaja

24. El segundo elemento del concepto legal de ayuda estatal se refiere al efecto que produce este tipo de medidas sobre el beneficiario, que debe resultar "favorecido" o, lo que es lo mismo, obtener alguna **ventaja económica** de la que no podría haberse beneficiado en condiciones normales de mercado (STJCE de 11 de julio de 1996, *SFEI*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, apartado 60). La concurrencia de este requisito no plantea problemas en relación con las subvenciones, pero su verificación es más compleja cuando lo que están en juego son medidas de otra naturaleza. En general, la apreciación de que concurre este requisito depende de la "prueba del operador en una economía de mercado", según la cual "el comportamiento de los organismos públicos debe compararse con el de los operadores económicos privados similares en condiciones normales de mercado para determinar si las transacciones económicas realizadas por dichos organismos conceden una ventaja a sus destinatarios" (Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal: 2016, apartado 75).

3.2.3. Carácter selectivo

25. El tercer elemento del concepto legal de ayuda es la exigencia de que este tipo de medidas sean "selectivas", puesto que el artículo 107.1 TFUE solo prohíbe aquellas que **favorecen a "determinadas empresas o producciones"**. Esto excluye del ámbito de aplicación de la normativa las medidas que reducen, con carácter general, las cargas económicas de todas las empresas (por ej., bajada generalizada de un tributo o tasa local). De nuevo, la concurrencia de este requisito no plantea problemas en relación con las subvenciones, pero sí cuando están juego otras medidas. Una medida puede ser selectiva desde un punto de vista material, sectorial o regional. La selectividad de una medida es "material" cuando favorece a determinadas empresas en detrimento de otras que compiten en el mismo mercado (STJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris*, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, apartado 11). La selectividad de una medida es "sectorial" cuando favorece a todas las empresas que operan en un determinado sector económico, con exclusión de los demás (STJCE de 17 de junio de 1999, *Maribel*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, apartado 33). La selectividad de una medida es "regional" cuando favorece exclusivamente a las empresas localizadas en una determinada zona (STJCE de 14 de octubre de 1987, *Comisión/Alemania*, 248/84, ECLI:EU:C:1987:437, apartado 18).

3.2.4. Distorsión de la competencia

26. El cuarto elemento del concepto legal de ayuda estatal reserva esta caracterización para aquellas medidas que **"falseen o amenacen falsear la competencia"**.

La jurisprudencia europea no es muy exigente a la hora de definir las circunstancias en las cuales una medida satisface esta condición. Por un lado, no es necesario que una medida produzca un "falseamiento efectivo de la competencia", siendo suficiente con que pueda hacerlo (STJCE de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, apartado 54). Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia no exige un análisis económico muy sofisticado para establecer que una medida tiene o puede tener este efecto distorsionador de la competencia y en general se presume que concurren este requisito cuando se cumplen los demás elementos de la definición de ayuda (AHLBORN y BERG, 2004: 48).

3.2.5. Efecto sobre el comercio entre los Estados miembros

27. Finalmente, el último elemento del concepto legal de ayuda se refiere a sus efectos sobre el mercado interior europeo, puesto que el artículo 107.1 TFUE solo prohíbe las medidas "que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros". La jurisprudencia europea tampoco es muy exigente a la hora de apreciar la concurrencia de este requisito y, en general, entiende que este efecto se produce siempre que el beneficiario de una ayuda opera en un sector en el que hay corrientes de intercambios entre los Estados miembros (por ej., STJUE de 19 de septiembre de 2002, España c. Comisión, C-113/00, ECLI:EU:C:2002:507, apartado 50).

28. Esta cláusula ha servido para excluir la aplicación de la normativa europea sobre ayudas estatales en relación con algunas medidas de ámbito estrictamente local (por ej., Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2000, relativa a la ayuda N 258/2000, consistente en una subvención de un millón de euros para la construcción y mantenimiento de una piscina municipal en Dorsten, Alemania). Sin embargo, este tipo de supuestos son minoritarios. En general, la jurisprudencia entiende que puede haber afectación del comercio entre Estados miembros aunque la empresa beneficiaria de una ayuda **opere únicamente a nivel local o regional** (STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, apartado 77). Esto se debe a que "el efecto potencial de una medida sobre el mercado interestatal no depende de si el beneficiario concreto de la ayuda opera a nivel nacional o internacional, sino de si los bienes o servicios que comercializa son o pueden ser objeto de comercio intercomunitario" (Decisión de la Comisión, de 8 de febrero de 2012, relativa a la ayuda estatal SA.2899 ejecutada por Suecia a favor de Hammar Nordic Plugg, apartado 35, traducción propia). En el caso del comercio de bienes, es muy difícil demostrar que carece de dimensión internacional. Lo mismo ocurre en el caso de los servicios, dado que la **dimensión transnacional del comercio** puede venir determinada por el lado de la demanda —si un servicio puede atraer a usuarios de otros países, como ocurre con los parques temáticos (Decisión de la Comisión, de 2 de agosto de 2002, relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal C 42/2001 ejecutada por España en favor del parque temático "Terra Mítica SA", apartado 60)— o por el lado de la oferta —si existen empresas en otros países que podrían estar interesadas en prestar ese servicio (STPI de 11 de junio de 2009, *Italia/Comisión*, T-222/04, ECLI:EU:T:2009:194, apartado 55)—.

29. De todos lo anterior se deduce que la actividad económica de fomento de las Administraciones públicas está sujeta a **dos cuerpos normativos diferentes**: la normativa nacional sobre subvenciones y la normativa europea sobre ayudas estatales. Sin embargo, dado que el concepto de "subvención" es más restringido que el de "ayuda estatal", el ámbito de aplicación de ambas normativas no siempre coincide. Esto implica que algunas medidas pueden estar sujetas simultáneamente a ambas

normativas (p.ej., subvenciones a favor de empresas), algunas pueden estarlo solo a la normativa nacional sobre subvenciones (p.ej., la mayoría de las subvenciones sociales y las subvenciones a favor de entidades públicas) y otras sólo a la normativa europea (p.ej., medidas fiscales). Esto explica la estructura del resto del capítulo, que analiza por separado ambos regímenes jurídicos.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES

4.1. Contenido de la legislación sobre subvenciones

30. La normativa sobre subvenciones no impone apenas restricciones materiales a la potestad subvencional de las Administraciones públicas. En efecto, la legislación sobre subvenciones **no limita los objetivos** al servicio de los cuales puede emplearse este instrumento ni el tipo de proyectos, acciones, conductas o situaciones susceptibles de ser subvencionados, más allá de la exigencia genérica de que con ello se consiga "el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una utilidad pública" (art. 2.1.b) LGS) y de que el objetivo buscado se corresponda con competencias de la Administración subvencionadora.

31. En principio, las Administraciones públicas únicamente pueden establecer subvenciones dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, dado que "la potestad de gasto autonómica –o estatal– no podrá aplicarse sino a actividades en relación con las que, por razón de la materia, se ostenten competencias" (STC 95/2001, FJ 3). De esta forma, la titularidad de una competencia sobre una determinada materia lleva consigo la de establecer subvenciones cuya finalidad sea promover actividades y objetivos relacionados con esa materia (PASTOR, 2021). La otra cara de la moneda es que las Administraciones públicas no pueden establecer subvenciones para promover objetivos relacionados con materias sobre las que no ostenten competencias. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera muy amplia los títulos competenciales que permiten al Estado utilizar su poder de gasto para promover objetivos de política pública (STC 13/1992, FJ 7). Por ejemplo, pese a que todas las comunidades autónomas han asumido competencias exclusivas sobre vivienda, el Estado sigue financiando proyectos de vivienda de protección pública, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, que considera que esta actividad está amparada por la competencia estatal sobre "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (art. 149.1.13 CE) (STC 152/1988, FJ 4).

32. Una de las pocas **restricciones materiales** contenidas en la LGS es la prevista en el artículo 8.2, según el cual "cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores". Sin embargo, esta cláusula no ha tenido mucha trascendencia práctica. Por consiguiente, las restricciones a la potestad subvencional de las Administraciones públicas son principalmente de tipo **formal y procedimental**.

4.2. El establecimiento de subvenciones

33. La normativa sobre subvenciones establece una separación muy clara entre el establecimiento y la concesión de subvenciones, como mecanismo de racionalización dirigido a evitar los riesgos de improvisación y clientelismo (BUENO, 2017: 273). De ahí que una parte importante de la regulación del fenómeno subvencional se refiera a las exigencias de planificación y juridificación con las que las Administraciones públicas deben cumplir como condición previa a la concesión de subvenciones. Estas exigencias se concretan en las siguientes obligaciones.

4.2.1. Elaboración del plan estratégico de subvenciones

34. Uno de los objetivos de la legislación sobre subvenciones es racionalizar la utilización de este instrumento para contribuir al objetivo de asegurar un uso eficaz y eficiente de los recursos públicos. Como pieza clave para alcanzar ese objetivo, la LGS impone a todos los órganos y entes que pretendan conceder subvenciones que cuenten con carácter previo con un **plan estratégico de subvenciones**, en el que deben precisar los objetivos y efectos que pretenden conseguir con sus subvenciones, el plazo que se marcan para ello, los costes previsibles y sus fuentes de financiación (arts. 8.1 LGS y 12.1 RGS). La jurisprudencia configura el plan estratégico de subvenciones como un "requisito esencial y previo a la regulación de la subvención", lo cual implica la nulidad de las subvenciones que no encuentran acomodo en dicho plan (STS de 28 de enero de 2013, ECLI: ES:TS:2013:306, FD 2).

35. Pese a la relevancia que la jurisprudencia concede al plan estratégico de subvenciones, el cumplimiento de esta obligación por parte de las Administraciones públicas ha sido muy "irregular", tal y como señaló el Tribunal de Cuentas en su "Informe de fiscalización de los planes estratégicos de subvenciones del área político–administrativa del Estado" de 30 de octubre de 2014. Esta es una de las razones por las que el Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo, por el que se regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas, modificó el art. 13 RGS para hacer obligatoria la publicación de los planes estratégicos de subvenciones en el Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones y Ayudas Públicas.

36. En el caso de las subvenciones de **concesión directa**, el contenido del plan estratégico puede reducirse a la elaboración de una memoria explicativa de los objetivos, los costes de realización y sus fuentes de financiación (art. 12.2 RGS).

4.2.2. Formalización de las bases reguladoras de las subvenciones

37. Además, la LGS exige que los aspectos básicos de cada subvención o programa de subvenciones se formalicen, con carácter previo a su concesión, en las correspondientes "bases reguladoras". Dichas bases deben concretar, como mínimo, el objeto de la subvención (art. 17.3.a) LGS); los requisitos que deben reunir los beneficiarios, el diario oficial en el que se publicará el extracto de la convocatoria,

y la forma y el plazo en que deben presentarse las solicitudes (art. 17.3.b) LGS); el procedimiento de concesión de la subvención (art. 17.3.d) LGS); los criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, la ponderación de los mismos (art. 17.3.e) LGS); y los criterios de graduación de los posibles incumplimientos a las condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones (art. 17.3.n) LGS). Por consiguiente, la función de las bases reguladoras va mucho más allá de la determinación de los criterios por los que se rige la concesión de la subvención. Su función es **regular la relación subvencional** en sentido amplio, de ahí que puedan compararse con los pliegos de cláusulas administrativas particulares en el ámbito de la contratación pública (RODRÍGUEZ, 2007: 2372).

38. Por ejemplo, el Real Decreto 171/2022, de 30 de diciembre, contiene las bases reguladoras de las subvenciones para actuaciones en el área de influencia socioeconómica del **Parque Nacional de Monfragüe**. Según este Real Decreto, pueden ser beneficiarios de subvenciones tanto los ayuntamientos del área como empresarios autónomos (art. 3); pueden ser objeto de subvenciones iniciativas públicas o privadas destinadas a la conservación o restauración del patrimonio arquitectónico, así como aquellas que contribuyan a la recuperación de la tipología constructiva tradicional (art. 4); y son posibles gastos subvencionables tanto la realización de obra civil como la contratación de servicios, entre otros (art. 5).

39. En principio, las bases reguladoras deben aprobarse y publicarse **de manera independiente y previa** a la publicación de la convocatoria mediante la cual se inicia el procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva. De hecho, y en coherencia con su carácter reglamentario, las bases reguladoras pueden tener vocación de permanencia y dar cobertura a múltiples convocatorias sucesivas. Sin embargo, las Administraciones públicas utilizan a menudo la posibilidad de **aprobar y publicar conjuntamente las bases y la convocatoria** (art. 23.1.a) *in fine* LGS). En el caso de las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos generales o en una norma con rango legal (art. 22.2.a) y b) LGS), no es necesario aprobar con carácter previo las bases reguladoras, puesto que dichas subvenciones se regirán por lo dispuesto en las bases de ejecución del presupuesto o en la propia norma que las crea y "el acto de concesión o el convenio tendrá el carácter de bases reguladoras a los efectos de lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones" (art. 65.3 RGS). En cambio, no está claro si es necesario formalizar las bases reguladoras de las subvenciones que se conceden de forma directa por concurrir razones de interés público, social, económico u humanitario (art. 22.2.c LGS) (entiende que sí es necesario RODRÍGUEZ, 2007: 2375).

4.2.3. Aprobación de la partida de gasto necesario para dotar la subvención

40. Finalmente, la LGS también exige que, con carácter previo a la convocatoria o concesión directa de cualquier subvención, se efectúe la **aprobación del gasto** (art. 34.1 LGS) (*infra* § 29.50). Esta exigencia vincula la validez de las subvenciones al cumplimiento de la legalidad presupuestaria, puesto que la omisión de este trámite y la consiguiente falta de cobertura presupuestaria de las subvenciones se configura como causa de nulidad de la posterior resolución de concesión (art. 36.1.b LGS).

4.3. La concesión de subvenciones

41. La normativa sobre subvenciones también regula el método que debe seguirse para **seleccionar a los beneficiarios**, una vez se ha tomado la decisión de es-

tablecer una subvención o programa de subvenciones. Hay que distinguir entre las subvenciones **nominativas,** que inmediatamente van destinadas a un concreto sujeto, y las subvenciones sin sujeto predeterminado, lo cual exige un procedimiento para seleccionar a los posibles adjudicatarios. Por ejemplo, contiene una subvención nominativa la Orden de la Consejería de Cultura, Turismo y de Deporte de la Comunidad de Madrid núm. 639/2022, de 5 de noviembre, para financiar la realización de las actividades culturales y artísticas de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando.

4.3.1. Procedimiento de concurrencia competitiva

42. Una de las piedras angulares del régimen de la LGS es la regla de que el **procedimiento ordinario** de concesión de subvenciones es el procedimiento de **concurrencia competitiva**, que es aquel que se inicia mediante convocatoria pública y en el cual "la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios" (art. 22.1 LGS). Por consiguiente, el procedimiento de concurrencia competitiva es un "procedimiento de adjudicación de recursos escasos", en el sentido de que sirve para que la Administración seleccione a uno o varios beneficiarios entre todos los aspirantes que cumplen con los requisitos para solicitar la subvención

43. El procedimiento de concurrencia competitiva admite distintas posibilidades en lo que se refiere a los **criterios de adjudicación** de las subvenciones entre los distintos solicitantes que cumplan los requisitos de admisión. En primer lugar, cabe la posibilidad de que las bases reguladoras o la convocatoria determinen de antemano el importe a tanto alzado de la subvención, en cuyo caso la adjudicación consistirá fundamentalmente en seleccionar al solicitante o solicitantes mejor valorados, con exclusión de los demás. En segundo lugar, y dado que las subvenciones son recursos divisibles, también cabe establecer un sistema de "distribución a prorrata" (ARROYO, 2015: 12-13), en cuyo caso la adjudicación consistirá fundamentalmente en la valoración de todas las solicitudes admitidas con arreglo al baremo previsto en la convocatoria y la distribución de los fondos presupuestados en función de la puntuación obtenida por cada una de ellas.

44. Sin embargo, las posibilidades no se agotan aquí y de hecho algunos criterios de adjudicación pueden desdibujar el carácter competitivo del procedimiento, aproximándolo o transformándolo *de facto* en un procedimiento de concesión directa. Lo primero ocurre cuando la convocatoria se limita a fijar el importe global de la partida presupuestaria y a disponer la distribución de la misma "por cuotas" entre todos los solicitantes que cumplan los criterios de admisión (art. 22.1 *in fine* LGS). Lo segundo ocurre cuando la partida presupuestaria que da cobertura a las subvenciones es ampliable y las bases reguladoras hacen uso de la posibilidad prevista en el art. 55.1 RGS de dispensar el trámite de fijar un orden de prelación entre las solicitudes cuando el crédito consignado es suficiente para atender todas las solicitudes (BUENO, 2017: 305, que habla de una **"concesión directa *de facto*"**, con referencia crítica al artículo 22.2.4.º de la Ley 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria).

45. La **estructura del procedimiento** de concurrencia competitiva responde al esquema propio de los procedimientos de adjudicación de recursos escasos. El procedimiento se inicia siempre de oficio y mediante **publicación de la convocatoria** en la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS) y de un extracto de la misma en el Boletín Oficial correspondiente. Este paso es crucial, porque no puede haber verdadera concurrencia competitiva sin un llamamiento público que permite a todos los interesados postularse como beneficiarios potenciales de la subvención. De ahí que la LGS especifique los distintos elementos que debe contener la convocatoria, entre los que destacan los "requisitos para solicitar la subvención" y los "criterios de valoración de las solicitudes" (art. 23.2.e) y l) LGS). En principio, la LGS no diferencia las fases de **admisión** (comprobación de que las solicitudes cumplen los requisitos) y **adjudicación** (evaluación con arreglo a los criterios de valoración), aunque es posible hacerlo si la norma reguladora prevé una "fase de preevaluación" (art. 24.3.b) LGS).

46. En el procedimiento de concurrencia competitiva, la principal función de la fase de **instrucción** es permitir que la Administración convocante evalúe y clasifique las distintas solicitudes en función de los criterios definidos en las bases reguladoras. En principio, esta tarea debe ser desempeñada por un órgano colegiado (art. 22.1 LGS) (*supra* §§ 8 y 14), cuya misión es elaborar el informe sobre la base del cual el órgano instructor formulará la propuesta de resolución provisional que habrá de notificarse a los interesados, dándoles un plazo de diez días para presentar alegaciones (art. 24.4 LGS). El procedimiento concluye mediante resolución, que debe estar motivada con arreglo a los criterios fijados en las bases reguladoras (art. 25.2 LGS; art. 35.1 LPACAP; y STS de 8 de julio de 2014, ECLI: ES:TS:2014:3068, FD 1).

4.3.2. La concesión directa de subvenciones

47. En realidad, el procedimiento de concesión directa no es un procedimiento único y singular, sino un **método** de concesión de las subvenciones que puede articularse a través de distintos procedimientos. Lo que caracteriza a este método, por oposición al procedimiento de concurrencia competitiva, es que prevé el otorgamiento de una subvención **a todo aquel que se encuentre en una determinada situación** o que cumpla con determinados requisitos (BUENO, 2017: 275). Esto hace innecesario establecer criterios de valoración de los solicitantes y clasificar las solicitudes. Puede haber concurrencia, en el sentido de que puede haber convocatoria pública y llamamiento a que todos los interesados presenten solicitudes, pero lo que no habrá es "comparación entre solicitudes" (PASCUAL, 2016: 274). Se trata por tanto de un "procedimiento de admisión" y no de un "procedimiento de adjudicación de recursos escasos" (ARROYO, 2015: 10-11).

48. La LGS permite **prescindir del procedimiento de concurrencia competitiva** en tres supuestos distintos. En primer lugar, no es necesario recurrir al procedimiento de concurrencia competitiva cuando una subvención está prevista **nominati-**

vamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales (art. 22.2.a) LGS). En principio, esta posibilidad está reservada para las subvenciones cuya cuantía, objeto y beneficiarios están identificados claramente en los presupuestos (STSJ Castilla y León de 11 de marzo de 2016, ECLI:ES:TSJCL:2016:1071, FD 3; BUENO, 2017: 285-286). Cuando se cumplen estos requisitos, el procedimiento de concesión directa puede ser de oficio o a instancia del interesado y lo más frecuente es que concluya mediante **convenio**, aunque nada impide que lo haga mediante **acto administrativo** (art. 22.2.b) LGS y art. 65 RGS). En cualquier caso, será el instrumento de concesión el que determine los detalles de la relación jurídica subvencional (BUENO, 2017: 286).

49. En segundo lugar, tampoco es necesario recurrir al procedimiento de concurrencia competitiva en el caso de las subvenciones cuyo otorgamiento o cuantía venga **impuesto por una norma de rango legal** (art. 22.2.b) LGS). La principal función de esta previsión es habilitar al legislador autonómico a prever la concesión de determinadas subvenciones al margen del procedimiento de concurrencia competitiva, puesto que el legislador estatal podría hacerlo en cualquier caso (BUENO: 2017, 286). La concesión de estas subvenciones se regirá por el procedimiento que determine su normativa propia (art. 22.2.b) LGS).

50. Finalmente, y como supuesto excepcional, también se prevé la posibilidad de prescindir de este procedimiento en el caso de las "subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública" (art. 22.2.c) LGS). Este es el único que habilita directamente a la Administración a conceder subvenciones. Aunque el estándar de motivación exigido tradicionalmente por la jurisdicción contencioso-administrativa para justificar la elección del procedimiento de concesión directa no es muy exigente (LAGUNA, 2005: 350), en su jurisprudencia más reciente el Tribunal Supremo aboga por una "interpretación y aplicación restrictiva" de este precepto. Esto se traduce en la exigencia de que la justificación de la presencia de razones de interés público, económico y social no se refiera a la subvención en sí misma (puesto que "en toda subvención laten intereses de dicha naturaleza"), sino específicamente a "la elección del procedimiento excepcional de concesión directa y la relegación del régimen general de convocatoria pública" (STS de 1 de julio de 2024, ECLI:ES:TS:2024:3845, FD 6).

4.4. Controles

51. La normativa sobre subvenciones contiene previsiones importantes acerca de los distintos controles a los que se somete el fenómeno subvencional. Aquí se consideran la justificación y comprobación del efectivo destino de las cantidades abonadas y el control financiero sobre los actos de ejecución.

4.4.1. Justificación y comproba ción

52. El carácter modal de las subvenciones públicas exige articular mecanismos de control destinados a verificar que los beneficiarios cumplen efectivamente con las condiciones que motivaron su concesión. Esta es la finalidad de las obligaciones de "justificación" que la normativa impone sobre el beneficiario (art. 30 LGS) y de las correlativas obligaciones de "comprobación" que recaen sobre el órgano concedente (art. 32 LGS, que no tiene carácter básico). Las tareas de justificación y comprobación de las subvenciones públicas operan en dos planos distintos.

53. En el plano material, la finalidad de estos trámites es comprobar que el beneficiario **lleva a cabo el programa** para el que se le concedió la subvención, es decir, que satisface su obligación de "cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones" (art. 14.1.a) LGS). De ahí que el primer componente de la cuenta justificativa que debe aportar el beneficiario sea una "memoria de actuación" que justifique todos estos extremos (art. 72.1 RGS).

54. El control también está orientado a verificar que los beneficiarios cumplen con cualquier otra obligación o limitación que se derive de la normativa general sobre subvenciones (por ej., el régimen de subcontratación del art. 29 LGS y art. 68.1 RGS) y de **cualquier otra condición accesoria** que se derive de las bases reguladoras de la subvención o de la resolución o convenio de concesión (art. 30.1 LGS). Aunque no cualquier incumplimiento legal afecta a la subvención: por ejemplo, el incumplimiento de la Ley de Contratos del Sector Público por el subvencionado (cuando ejecuta el programa subvencional mediante un contrato no licitado) no permite exigir el reintegro de la subvención (STS de 4 de octubre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3719).

55. En el plano económico y contable, la finalidad de los trámites de justificación y comprobación es **verificar los gastos e inversiones** en que ha incurrido el beneficiario para llevar a cabo el programa para el que se le concedió la subvención. Esta segunda dimensión de los trámites de justificación y comprobación no es una mera formalidad. Su importancia se deriva de la regla de que el importe de las subvenciones no puede superar en ningún caso el coste de la actividad subvencionada (art. 19.3 LGS) y de la regulación de los gastos subvencionables (art. 31 LGS y art. 83 RGS). Además, las bases reguladoras de las subvenciones pueden exigir un importe de financiación propia para cubrir la actividad subvencionada (art. 19.1 LGS) o establecer incompatibilidades con otras ayudas y subvenciones (art. 19.2 LGS), en cuyo caso todo ello también habrá de ser objeto de justificación y comprobación. A todo ello se suma el hecho de que a menudo la cuantía efectiva de las subvenciones se define como una cuota de su coste efectivo. De ahí que el segundo componente de la cuenta justificativa que debe aportar el beneficiario sea una "memoria económica", cuyo contenido y apoyo documental regula pormenorizadamente la normativa (art. 72.2 RGS), que también prevé la posibilidad de presentar una memoria económica abreviada si se acompaña de informe de un auditor (art. 74 RGS) o si así lo prevén las bases reguladoras en el caso de las subvenciones concedidas por importe inferior a los 60.000 euros (art. 75 RGS).

56. En principio, la justificación y comprobación de las subvenciones se realiza con carácter previo y como **condición a su desembolso**. Sin embargo, la normativa contempla algunos supuestos en los cuales el pago de la subvención se realiza con anterioridad a la realización (y, por tanto, a la justificación) del programa que motiva su concesión. Esta es la razón por la que la LGS incluye, entre las causas de reintegro de las subvenciones, el falseamiento de los requisitos para solicitar la subvención (art. 37.1.a) LGS), el incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención (art. 37.1.b) LGS y 91 RGS), y el incumplimiento de las obligaciones accesorias impuestas sobre los beneficiarios (art. 37.1.f LGS). A ello se suma la previsión de reintegro del exceso en los supuestos en los que el importe de la subvención sea superior al coste de la actividad subvencionada (art. 37.3 LGS).

57. Para asegurar la efectividad de estos trámites, la LGS incluye en un precepto que tiene carácter básico la **obligación de los beneficiarios de justificar** estos extremos y de someterse a las actuaciones de comprobación que pueda acordar el órgano concedente o la entidad colaboradora (art. 14.1. b) y c) LGS y 92 RGS), además de otras obligaciones de información y documentación que son instrumentales de las anteriores (art. 14.1.d), e), f), g) y h) LGS). Además, el incumplimiento de estas obligaciones se configura como causa de reintegro de las subvenciones (art. 37.1c), d), e), y g) LGS) y como infracción susceptible de sanción (arts. 56 a 58 LGS).

4.4.2. Control financiero

58. Como instrumento de gasto público, las subvenciones están también sujetas a un control financiero específico que no corre a cargo del órgano concedente (como ocurre en el caso de la justificación y comprobación de subvenciones) sino de los **órganos interventores** encargados del control de las cuentas y de la eficacia de la acción pública (*infra* § 29.57). Las disposiciones básicas de la LGS no regulan pormenorizadamente estos mecanismos de control, pero sí establecen la obligación de los beneficiarios, entidades colaboradoras y terceros relacionados con el objeto o justificación de la subvención de colaborar y facilitar cuanta información les sea requerida en el marco de los procedimientos de fiscalización que lleven a cabo los órganos interventores de la Administración concedente (art. 46 LGT). Además, el incumplimiento de dicha obligación se configura como causa de reintegro de las subvenciones (art. 37.1.e) LGS).

4.4.3. La Base de Datos Nacional de Subvenciones y el Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones

59. La **publicidad y la transparencia** son dos de los principios generales que informan el régimen jurídico de las subvenciones (art. 8.3.a) LGS). Los principios de publicidad y transparencia tienen carácter transversal, porque se concretan en múltiples aspectos del régimen jurídico de las subvenciones (por ej., en el carácter público de los planes estratégicos, bases reguladoras y convocatorias de las subvenciones) y en las obligaciones de publicidad activa que recaen sobre los beneficiarios (art. 18.3 y 4 LGS). Aunque estos principios pueden verse como fines en sí mismos,

también desempeñan una importante función instrumental, en la medida en que facilitan la consecución de otros objetivos. Uno de estos objetivos es precisamente el de controlar la legalidad y la oportunidad de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas.

60. La **Base de Datos Nacional de Subvenciones** (BDNS) es una de las principales herramientas para ello. La BDNS es una de las novedades que trajo consigo la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa. Dicha ley modificó los artículos 18 y 20 LGS, imponiendo sobre todas las Administraciones públicas la obligación de remitir a la BDNS información sobre sus convocatorias y resoluciones de concesión de subvenciones. La BDNS opera como **sistema nacional de publicidad de subvenciones**, razón por la cual se prevé la publicación de las convocatorias de subvenciones y de las subvenciones concedidas en una web abierta a todos los ciudadanos (art. 20.8 LGS).

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AYUDAS ESTATALES

5.1. Contenido de la normativa sobre ayudas estatales

61. Las diferencias entre la normativa nacional sobre subvenciones y la normativa europea sobre ayudas estatales no se refieren únicamente al tipo de medidas sujetas a una y otra. Las diferencias son también de contenido, porque la normativa europea sobre ayudas estatales impone restricciones materiales (y no solo procedimentales) a la capacidad de las autoridades administrativas de los Estados miembros de poner en marcha este tipo de medidas. En efecto, la constatación de que una medida reúne todos los requisitos para tener la consideración de ayuda estatal activa la **prohibición general** establecida por el artículo 107.1 TFUE. En Derecho de la Unión, la regla general es que las ayudas estatales están prohibidas y no simplemente sujetas a requisitos formales como los que abundan en la legislación nacional sobres subvenciones.

62. Sin embargo, la normativa europea sobre ayudas estatales contempla numerosas **excepciones a esta prohibición** y para poder acogerse a algunas de estas excepciones es necesario seguir un procedimiento determinado. Las excepciones son de dos tipos. Por un lado, el propio artículo 107 TFUE habilita a la Comisión a autorizar excepcionalmente la puesta en marcha de las ayudas estatales que contribuyan a la consecución de los objetivos enumerados en sus apartados 2 y 3. Por otro, el artículo 109 TFUE permite la adopción de reglamentos *de minimis* y "de exención", en virtud de los cuales las autoridades nacionales de los Estados miembros podrán poner en marcha determinadas ayudas sin necesidad de obtener la autorización previa de la Comisión.

5.2. El procedimiento de autorización de ayudas estatales por parte de la Comisión

63. El artículo 107.2 y 3 TFUE recoge varias excepciones a la prohibición de ayudas estatales del artículo 107.1 TFUE. Sin embargo, la administración de estas excepciones corresponde **en exclusiva a la Comisión europea**. Por consiguiente, una autoridad local no puede ampararse en estas excepciones sin solicitar previamente el beneplácito de la Comisión, a través el procedimiento que dibuja el artículo 108.3 TFUE y desarrolla el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("Reglamento de procedimiento").

64. En el caso de las subvenciones, la LGS refuerza esta obligación al configurar la comunicación previa a la Comisión europea como un requisito para el otorgamiento de las subvenciones que tengan la consideración de ayuda estatal (art. 9.1 LGS) y al incluir la omisión de este trámite entre las causas de reintegro de las subvenciones (art. 37.1.h) LGS). Se da así una compleja interacción entre la normativa europea sobre ayudas estatales, la legislación sobre subvenciones y el Derecho administrativo general (ARZOZ, 2013).

65. Las excepciones cuya administración corresponde a la Comisión son de **dos tipos**. Las excepciones previstas en el artículo 107.2 TFUE se caracterizan por su carácter **reglado**, por lo que la Comisión está obligada a autorizar cualquier ayuda que le sea notificada y que esté cubierta por los supuestos previstos en ese precepto.

66. Por el contrario, la administración de las excepciones previstas en el artículo 107.3 TFUE es **discrecional**, en el sentido de que la Comisión puede rechazar la autorización de las ayudas cubiertas por los supuestos previstos en ese precepto por razones de oportunidad. Los supuestos contemplados en dicho artículo son muy variados e indeterminados: ayudas para favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones, ayudas para proyectos de interés común europeo, ayudas para remediar graves perturbaciones en la economía de un Estado miembro, ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, ayudas para promover la cultura y la conservación del patrimonio, etc. Son estas excepciones las que están en juego en la mayor parte de los casos y, por tanto, aquéllas sobre la base de las cuales la Comisión europea ha desarrollado su política de ayudas estatales.

67. Esta política se ha plasmado en una larga lista de "comunicaciones" e **instrumentos de *soft-law***, mediante los cuales la Comisión ha venido a precisar los criterios que sigue en la administración de estas excepciones. Los instrumentos más relevantes en el ámbito local son las siguientes: Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos (1997), Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias (2008), Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2013), y Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía (2022).

68. Estos instrumentos son **vinculantes para la propia Comisión** (STJCE de 26 de septiembre de 2002, *España/Comisión*, C-351/98, ECLI:EU:C:2002:530, apartado 53). De esta forma, la formalización de los criterios de compatibilidad de las ayudas estatales ha contribuido a disminuir la discrecio-

nalidad de la que goza la Comisión en la administración de las excepciones. El hecho de que una medida cumpla con los requisitos establecidos en estos instrumentos no exime a la Administración nacional de comunicar la ayuda a la Comisión europea y de abstenerse de ponerla en marcha antes de que esta emita una decisión favorable. Sin embargo, el cumplimiento de dichos requisitos obliga a la Comisión a autorizar la ayuda y sería un factor determinante a la hora de impugnar una eventual decisión negativa de la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5.3. Las ayudas "de minimis" y las ayudas "exentas"

69. El artículo 109 TFUE habilita al Consejo de la Unión Europea a precisar las condiciones de aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE. Este es el propósito del Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de **ayudas estatales horizontales**. A su vez, este reglamento habilita a la Comisión a definir con carácter general dos tipos de excepciones, cuya concurrencia permite a las autoridades nacionales poner en marcha medidas de ayuda sin necesidad de obtener la autorización previa de la Comisión. Se trata de las ayudas menores en su cuantía (o *de minimis*) y las ayudas para finalidades específicas (para PYME, por catástrofes, etc.).

70. En primer lugar, la Comisión está habilitada para declarar que las medidas cuyo importe **no supere un determinado umbral** no tienen la consideración de ayuda estatal (art. 2 del Reglamento (UE) 2015/1588). Esta habilitación le ha permitido a la Comisión adoptar distintos reglamentos *de minimis.* Actualmente, la regla general es que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 107.1 TFUE las ayudas cuyo importe sea inferior a 300.000 euros durante cualquier período de tres años (art. 3.2 del Reglamento (UE) Nº 2023/2831 de la Comisión, de 13 de diciembre, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*). Sin embargo, existen reglas especiales para los servicios de interés económico general: Reglamento (UE) nº 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general.

71. En segundo lugar, la Comisión está habilitada para declarar compatibles con el mercado interior y no sujetas a la obligación de suspensión y comunicación previas las categorías de ayudas enumeradas en el artículo 1 del Reglamento (UE) 2015/1588. Esta habilitación le ha permitido a la Comisión adoptar distintos reglamentos de "exención", el principal de los cuales es el Reglamento (UE) Nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Aquí se incluyen ayudas **de finalidad regional, ayudas a las PYME, ayudas de formación**, ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por determinados desastres naturales, ayudas para infraestructuras de banda ancha, ayudas a la cultura y la conservación del patrimonio, ayudas a infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales, ayudas para infraestructuras locales, etc. Sin embargo, estas ayudas solo están exentas de la obligación de suspensión y notificación cuando cumplen todas las condiciones previstas en el propio reglamento, que se refieren a cuestiones como su cuantía, intensidad, efectos y finalidad.

72. La **principal diferencia** entre las medidas sujetas a los reglamentos "de minimis" y a los reglamentos "de exención" (para finalidades específicas) es que las primeras no tienen la consideración de ayudas estatales y, por tanto, quedan completamente fuera de la normativa sobre ayudas estatales. Por el contrario, las ayudas "exentas" sí tienen la consideración de ayuda estatal, porque la exención se refiere

únicamente a la obligación de suspensión y comunicación previas del artículo 108.3 TFUE. Entre otras cosas, esto implica que las ayudas exentas están sujetas a un sistema de control permanente por parte de la Comisión. De ahí que el Reglamento (UE) Nº 651/2014 anude a etas ayudas numerosas obligaciones de información y transparencia destinadas a facilitar ese control.

6. LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL Y DE FOMENTO A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NO PECUNIARIOS

73. La actividad promocional y de fomento de las Administraciones no tiene por qué articularse a través de estímulos económicos o pecuniarios, que es lo que son tanto las subvenciones como las ayudas estatales. Desde el punto de vista del diseño de las políticas públicas, este tipo de medidas presentan dos inconvenientes fundamentales. El primero es que las limitaciones jurídicas expuestas en los apartados anteriores restringen la capacidad de las Administraciones públicas de recurrir a este tipo de medidas. El segundo es que este tipo de medidas suponen una carga importante para el erario, lo cual es un problema en tiempos de escasez y, en general, a la hora de cuadrar las cuentas públicas. De ahí que la Administración a veces se sirva de estímulos distintos de los estrictamente económicos o pecuniarios para promover los objetivos de sus políticas públicas. Sin ánimo de exhaustividad, este último apartado aborda tres instrumentos de este tipo: las campañas institucionales de publicidad y de comunicación; el otorgamiento de sellos, etiquetas o marcas de calidad; y, finalmente, los *nudges*.

74. Lo que diferencia a este tipo de instrumentos de los analizados en los apartados anteriores es la **naturaleza de los estímulos** que emplean para orientar la conducta de los particulares. En lugar de orientar la conducta de los particulares a través de incentivos económicos o pecuniarios, estos mecanismos operan a través de otro tipo de señales. Esto exige hacer dos aclaraciones. La primera es que la caracterización de este tipo de mecanismos de fomento como instrumentos "no económicos" o "no pecuniarios" no debe interpretarse como una afirmación de que no tengan ningún impacto sobre las arcas públicas. Como cualquier actividad administrativa, el diseño y la puesta en marcha este tipo de instrumentos tienen un coste para la Administración. La segunda es que tampoco debe interpretarse como una afirmación de que la fuerza persuasiva de este tipo de instrumentos no descanse indirectamente sobre los beneficios económicos que los operadores privados pueden esperar si ajustan su comportamiento a los parámetros promovidos por las Administraciones públicas.

6.1. Las campañas institucionales de publicidad y comunicación

75. Las Administraciones pueden promover los objetivos de sus políticas públicas a través de **campañas institucionales de publicidad y comunicación**, es decir, a través de la difusión pública de mensajes en medios de comunicación, redes sociales y soportes publicitarios.

76. La Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional regula las campañas institucionales de publicidad y comunicación promovidas por la Administración General del Estado. La ley exige que concurran dos pre-

supuestos fundamentales para que puedan desarrollarse este tipo de campañas: que concurran razones de interés público y que la Administración actúe en el ejercicio de sus competencias (art. 3.2). Muchas de las disposiciones de la ley están orientadas a garantizar que este tipo de campañas no se utilicen con **fines espurios o clientelares**: de ahí la prohibición de que este tipo de campañas se utilicen para destacar los logros de gestión y los objetivos alcanzados por los órganos de la Administración General del Estado (art. 4.1.a) y la prohibición de que se utilicen para menoscabar, obstaculizar o perturbar las políticas públicas de otras entidades públicas (art. 4.1.b).

77. La mayoría de las comunidades autónomas cuentan con leyes similares que regulan las campañas institucionales de publicidad y comunicación de sus respectivas autoridades autonómicas y locales: Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional de Cataluña; Orden Foral 1/2003, de 11 noviembre, sobre directrices de contratación de la publicidad institucional de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre publicidad institucional de Aragón; Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía; Ley del Principado de Asturias 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales; Ley 2/2007, de 9 de febrero, reguladora de las campañas institucionales realizadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y por las restantes entidades comprendidas en el sector público autonómico canario; Ley 4/2009, de 28 de mayo, de Publicidad Institucional de Castilla y León; Ley 6/2010, de 23 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional de Euskadi; Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de publicidad institucional de las Illes Balears; Ley 8/2013, de 27 de diciembre, de comunicación y publicidad institucional de Extremadura; Ley 7/2017, de 22 de mayo, de Comunicación y Publicidad Institucional; Ley 12/2018, de 24 de mayo, de la Generalitat, de publicidad institucional para el interés ciudadano y la concepción colectiva de las infraestructuras públicas; Ley 13/2018, de 29 de noviembre, de Comunicación y Publicidad Institucional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

6.2. Etiquetado de calidad

78. Otro de los instrumentos con los que cuentan las Administraciones para promover los objetivos de algunas políticas públicas son las **etiquetas, sellos o marcas de calidad públicas**. A través de este tipo de instrumentos, la Administración otorga un reconocimiento público a las empresas que adecúan sus procesos o productos a la consecución de los objetivos de una determinada política pública.

79. El **etiquetado de calidad** se basa en la sumisión voluntaria por parte de las empresas privadas a una serie de normas y controles, adicionales a los establecidos mediante la actividad de reglamentación y control propia de la policía administrativa, que les otorgan el derecho a utilizar un signo distintivo susceptible de mejorar su posición en el mercado. Los sellos de calidad de productos de la edificación (como el sello INCE, creado por la Orden de 12 de diciembre de 1977), los logotipos identificativos de los productos alimentarios de proximidad (como los regulados en el Decreto catalán 24/2013, de 8 de enero, sobre la acreditación de la venta de proximidad de productos agroalimentarios) o las etiquetas ambientales (como el *Ecolabel*, regulada en el Reglamento (CE) núm. 66/2010 relativo a la etiqueta ecológica de la UE o el logotipo del sistema EMAS, regulado en el Reglamento (CE) núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y

auditoría medioambientales (EMAS)) son instrumentos jurídicos que incentivan a las empresas a desarrollar su actividad económica en consonancia con determinadas políticas públicas.

80. Las normas y controles de calidad que otorgan el derecho a utilizar un sello, una etiqueta, un logotipo o una marca de calidad pueden ser públicos, como en los ejemplos citados, o privados (como ocurre con la certificación de conformidad de productos industriales con las normas ISO, la certificación de conformidad de productos alimenticios con las normas de calidad *de Safe Quality Food* (SQF) o el reconocimiento que ofrece la etiqueta *Just*, para empresas socialmente responsables). La actividad administrativa de promoción y el fomento de políticas sociales y ambientales por parte de las empresas privadas se articula también a través de la incorporación de **cláusulas sociales o ambientales en la contratación pública** (*supra* § 19.106), mediante las cuales puede priorizarse la adquisición de obras, suministros o servicios que gocen de la correspondiente etiqueta de calidad (art. 127 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

6.3. *Nudges*

81. Este capítulo no puede concluir sin una referencia, siquiera breve, al impacto que están teniendo últimamente las **ciencias conductuales** sobre el Derecho administrativo (en general) y sobre el diseño de la actividad promocional y de fomento (en particular). Los avances en la comprensión de la cognición humana han puesto de manifiesto que las personas no siempre actúan con arreglo a los parámetros de racionalidad que presuponen los modelos económicos clásicos (KAHNEMAN, 2011). Esto ha hecho que crezca el interés por una nueva serie de técnicas de orientación de la conducta humana, que se sirven de los sesgos cognitivos para promover la consecución de determinados resultados. Este tipo de técnicas pueden contribuir a mejorar la eficacia de todos los tipos de acción administrativa, pero su potencial es más evidente si cabe en relación con la actividad promocional y de fomento, como una alternativa menos costosa al despliegue de estímulos económicos o pecuniarios. A este tipo de técnicas alternativas se refiere el concepto anglosajón de *nudges*, un concepto que se ha hecho muy popular en los últimos años y que se traduce a veces como "acicate" o "empujoncito".

82. Por ejemplo, la orientación de la conducta de los ciudadanos hacia comportamientos respetuosos con el medio ambiente, como el ahorro de agua, de energía o el reciclaje, puede conseguirse mediante el empleo de *nudges*, basados en mensajes, imágenes o gráficos destinados a modificar la arquitectura decisional de los individuos. Es un *nudge*, por ejemplo, una campaña informativa en la que se cuenta que la mayoría de la población está ahorrando energía, pues este mensaje estimula la natural propensión del ser humano a actuar en coherencia con el grupo. Otro ejemplo de *nudge* es el de las opciones predeterminadas, que definen como opción por defecto la que se considere socialmente más valiosa, respetando la opción de los ciudadanos de elegir una opción diferente.

83. El interés creciente por los *nudges*, como técnica administrativa de promoción y fomento, no debe ocultar que este tipo de técnicas no están exentas de riesgos, aunque solo sea porque comportan una cierta manipulación de la conducta privada por parte de los poderes públicos (MOREU, 2022: 101). Entre los problemas que plantea su utilización por parte de la Administración destacan los relacionados con el principio de legalidad (puesto que la ausencia de coacción no debería liberar a los poderes públicos de los límites competenciales y materiales dentro de los cuales operan normalmente) y de control y tutela (puesto que el hecho de que este tipo de técnicas no siempre encuentren apoyo en actos y disposiciones formales no debería eximirlos de cualquier forma de fiscalización de la legalidad) (ALEMANNO y SPINA, 2014: 449 y 454).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Christian AHLBORN, y Claudia BERG, "Can State Aid Control Learn from Antitrust? The Need for Greater Competition Analysis under the State Aid Rules", en Andrea BIONDI *et al (eds.)*, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 40-65.

Alberto ALEMANNO y Alessandro SPINA, "Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation", *ICON*, vol. 12 (2014), pp. 429-456.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "La administración de recursos escasos", *InDret*, núm. 1 (2015).

Xabier ARZOZ SANTIESTEBAN, *La revisión de actos administrativos nacionales en derecho administrativo europeo. En particular la recuperación de ayudas de Estado ilegales*, Madrid, Civitas, 2013.

José Luis BUENDÍA SIERRA y Ben SMULDERS, "The limited role of the 'refined economic approach', en *EC State Aid Law. Liber Amicorum Francisco Santaolalla*, Aalphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.

Antonio BUENO ARMIJO, "La concesión directa de subvenciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 204 (2017), pp. 269-312.

Germán FERNÁNDEZ FARRERES, "La aplicabilidad de la Ley general de subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5, 2004, pp. 7-33.

Elena HERNÁEZ SALGUERO, "Contratación pública y subvenciones. Unas relaciones peligrosas", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados,* núm. extra 1 (2019), pp. 145-159.

Luis JORDANA DE POZAS, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48 (1949), pp. 41-54.

Daniel KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011

José Carlos LAGUNA DE PAZ, "El otorgamiento de subvenciones", en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones, Madrid*, Civitas, Madrid 2005, pp. 329-354.

Fernando LOPEZ RAMÓN, "Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 165, (2004), pp. 29-52.

Elisa MOREU CARBONELL, "Nudges y Derecho público. Oportunidades y regulación", en Juli PONCE SOLÉ (Coordinador), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires Sâo Paulo, 2022, pp. 83-108.

Fernando PASTOR MERCHANTE, "Subvenciones y ayudas locales", en Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 535-556.

Antonio RODRÍGUEZ CASTAÑO, "Las bases reguladoras en las subvenciones de concesión directa a que se refiere el artículo 22.2 c) de la Ley General de Subvenciones en las Corporaciones Locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 14 (2007), p. 2372-2375.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, Penguin, 2009.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 631-655
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L25
© Rosario Leñero Bohórquez
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 25
ACTIVIDAD DE REGULACIÓN

Rosario Leñero Bohórquez
Universidad de Huelva

SUMARIO: 1. LA PROYECCIÓN DE LA REGULACIÓN EN LOS TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.—2. LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE REGULACIÓN Y SU DIFUSIÓN GLOBAL: 2.1. El *Regulatory Law* o Derecho regulatorio anglosajón; 2.2. La globalización como motor de la expansión de los planteamientos de la regulación económica.—3. LA RECEPCIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EUROPA.—4. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA: 4.1. La proyección de la regulación en la actividad de ordenación y control; 4.2. La proyección de la regulación en el servicio público; 4.3. Notas distintivas de la regulación administrativa como actividad de intervención de la Administración.—5. INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN: 5.1. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su carácter coactivo: *5.1.1. Técnicas regulatorias de carácter coactivo; 5.1.2. Técnicas regulatorias de carácter no coactivo;* 5.2. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su finalidad prevalente: *5.2.1. Instrumentos de garantía de la competencia; 5.2.2. Instrumentos de garantía de valores no económicos. En particular, la garantía de la equidad en el acceso a los bienes y servicios.*—6. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA: 6.1. Principio de separación de las actividades de regulación y de gestión; 6.2. La agencia reguladora como modelo institucional prevalente.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA PROYECCIÓN DE LA REGULACIÓN EN LOS TIPOS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Los diversos tipos de actividad administrativa analizados en las lecciones previas (ordenación y control —*supra* § 22—, prestación y garantía —*supra* § 23—, promoción y fomento —*supra* § 24—) son manifestaciones de la intervención pública en la sociedad, fundamentadas en la protección del orden público (o la gestión de riesgos —*supra* § 22.17—) y en la persecución de un proyecto de justicia social (supra §§ 23.20 y 24.3). Cuando estas actividades inciden en la economía sus contornos coinciden con la **noción económica de regulación**, que, a diferencia del significado jurídico que tradicionalmente ha tenido ese término entre nosotros, no designa solo la producción de normas jurídicas que disciplinan una materia, sino que se refiere a un variado conjunto de actuaciones de los poderes públicos sobre los sujetos que operan en la vida económica y que se vincula a unos fines y valores muy concretos. En este sentido, cuando se habla de "Derecho regulatorio" no se está incurriendo en una redundancia, sino que se pretende designar un concreto sector del ordenamiento jurídico administrativo.

2. Esta acepción del término regulación se ha abierto paso de la mano de un fenómeno político y económico que ha marcado profundamente la configuración del Derecho administrativo económico desde el último cuarto del siglo xx: la **liberalización de la economía**. Este fenómeno ha incidido particularmente, como se ha visto, en la configuración actual de la actividad de ordenación y control (*supra* § 22.7-11), en las actividades prestacionales que tradicionalmente han constituido el núcleo de la actividad administrativa de servicio público (*supra* § 23.27-30), pero también en la configuración de la actividad promocional y de fomento (*supra* § 24.10-13)

3. El término regulación, entendido como cualquier actividad que persigue condicionar conductas o comportamientos para el cumplimiento de ciertos fines, tiene una **aplicación muy amplia**, de ahí que pueda ser objeto de estudio de disciplinas tan diversas como la Psicología, la Sociología, la Ciencia Política, la Economía y, por supuesto, el Derecho. La noción de regulación que traemos aquí es un concepto político–económico asociado a una determinada forma de organización de la vida económica: **el sistema o la economía de mercado**.

2. LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE REGULACIÓN Y SU DIFUSIÓN GLOBAL

2.1. El *Regulatory Law* o Derecho regulatorio anglosajón

4. En el **mundo anglosajón**, donde tiene su **origen** la idea de regulación económica, el mercado ha sido la institución sobre la que ha descansado la ordenación

de la vida económica. Lo que es tanto como afirmar que corresponde esencialmente a los sujetos privados, a través de contratos concertados en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidir qué y cómo se produce, cómo se distribuye y a qué precio se adquieren los bienes y servicios en virtud del juego de la oferta y la demanda. De acuerdo con esta visión, los poderes públicos tienen una función secundaria, limitada a ofrecer un marco jurídico que asegure el cumplimiento de los contratos y la pacífica resolución de controversias. Sin embargo, de la constatación de que el mercado abandonado a sí mismo puede tener un comportamiento ineficiente que lo prive de su utilidad como mecanismo de organización de la vida económica o conducir a resultados poco equitativos, nace la necesidad de **regulación**, entendida como una actividad de **intervención pública en la vida económica** cuyo principal objeto es preservar las condiciones de libre concurrencia (que son presupuesto del buen funcionamiento del mercado como mecanismo de asignación de recursos), así como, en su caso, garantizar unos niveles mínimos de equidad en el acceso a bienes y servicios básicos. Esta idea de "regulación económica" difiere parcialmente del concepto tradicional de "intervención administrativa en la economía", propio del Derecho administrativo del continente europeo.

5. Mientras en la cultura jurídico–pública de Europa continental, con una tradición política autoritaria, la idea de la **intervención de los poderes públicos** y, particularmente, de la Administración, en la vida económica se ve con naturalidad, en el mundo anglosajón se ha abierto paso tardíamente y con notables resistencias. El Derecho público cumplía históricamente una función marginal en la ordenación de la vida económica en los países del *Common Law*, limitada en esencia a la represión de los delitos. De ahí que la aparición del *Regulatory Law* o Derecho de la regulación anglosajón se haya podido considerar un trasunto del Derecho público económico que llevaba décadas operando en países con regímenes de Derecho administrativo. Ahora bien, es importante subrayar que nuestro Derecho administrativo económico clásico y el *Regulatory Law* parten de premisas y operan con claves muy diferenciadas.

6. El *Regulatory Law* surge en Estados Unidos de la mano de un tipo especial de organizaciones administrativas, las **agencias**, a las que, mediante un encargo del legislador, se les atribuyen poderes normativos y de decisión para disciplinar un concreto sector. Con ellas nace el denominado *Administrative State*, que adquiría carta de naturaleza con las políticas del *New Deal* en respuesta a la crisis económica de 1929. Existe, por tanto, una cierta ecuación entre *Regulatory Law* y Derecho de las agencias reguladoras en el mundo anglosajón, sin que en el Derecho administrativo económico clásico de corte continental europeo opere esa asociación. El modelo anglosajón y el continental europeo clásico también se diferencian por la atención prestada a la garantía de la **libre competencia,** que no ha estado históricamente entre las prioridades del Derecho administrativo económico. Más bien al contrario: la libre competencia ha sido la principal sacrificada en el altar de los intereses públicos. El servicio público, como institución paradigmática del Derecho administrativo económico, al sustraer a la iniciativa privada relevantes actividades económicas, imposibilita la competencia. Igualmente, en aras del mantenimiento del "orden público económico", en el pasado se ha podido considerar legítimo limitar el número de operadores económicos autorizados en un sector o en un territorio, sin que tal restricción viniera exigida por características intrínsecas de la actividad o del mercado en que se desarrollaba.

7. En todo caso, ante el riesgo de caer en planteamientos excesivamente simplificadores cuando se compara el *Regulatory Law* y el Derecho administrativo económico clásico, hay que señalar que no siempre el primero ha estado orientado a la regulación de la competencia, como acredita el régimen inicial de las ***public utilities*** **en los Estados Unidos**, conforme al cual sectores de la economía especialmente relevantes para los intereses generales (ferrocarril, energía eléctrica, teléfono) eran operados monopolísticamente por empresas privadas sometidas a la intervención de una agencia reguladora que fijaba las tarifas y garantizaba la percepción de un beneficio mínimo. Será la crítica académica a este modelo de regulación protagonizada por los economistas de la Escuela de Chicago, unida al cambio de paradigma en política económica con el tránsito del keynesianismo al neoliberalismo a finales de la década de los setenta del siglo pasado, la que desencadenará una profunda revisión del modelo de regulación de las *public utilities* para su apertura a la competencia.

8. El *Regulatory Law* anglosajón tiene una notabilísima **amplitud**, que trasciende los límites disciplinares de nuestro Derecho administrativo económico. En la medida en que por regulación se entiende cualquier intervención que condiciona la libertad de actuación de los operadores económicos, el *Regulatory Law* puede abarcar desde el Derecho ambiental a los regímenes de protección social.

9. Así, para el *Regulatory Law* el **principio jurídico–ambiental "quien contamina paga"** no sería más que la expresión de una solución jurídica a un fallo de mercado: el hecho de que las actividades de producción de ciertos bienes o servicios generan externalidades negativas, esto es, que los precios de mercado no reflejan la totalidad de los costes sociales que generan. Por su parte, un sistema de **subsidios sociales** sería regulación económica en la medida en que condiciona el comportamiento económico tanto de los que resultan obligados a financiarlo como de los beneficiarios de las ayudas.

10. Esta amplitud en origen del *Regulatory Law* ha generado intensos debates a raíz de su importación en Europa. Se discute la extensión que debe darse entre nosotros a la noción de regulación económica, sin que pueda decirse que exista un consenso al respecto.

11. En otro orden de consideraciones es necesario señalar que se ha producido una ingente literatura académica sobre **teorías de la regulación**, con aportes de múltiples disciplinas (Derecho, Economía, Sociología, Ciencia Política), que analiza las razones que explican o justifican la regulación, quiénes son sus protagonistas y cómo actúan o se interrelacionan. Dependiendo del enfoque disciplinar, hay teorías que distinguen claramente entre actores públicos (reguladores) y privados (sujetos regulados) y otras en las que esta frontera resulta mucho más difusa.

12. De entre las distintas escuelas de pensamiento, las **teorías del interés público** son las que mejor conectan con las asunciones tradicionales del Derecho administrativo económico de corte continental europeo. De acuerdo con aquellas, la regulación persigue fines que benefician a la colectividad en su conjunto (p.ej. la eficiencia mediante la corrección de fallos del mercado, en las formulaciones económicas de estas teorías; objetivos sociales o redistributivos, en las formulaciones políticas de estas teorías). En todo caso, reconocen a legisladores y administraciones la capacidad de definir los intereses públicos y las autoridades se presumen siempre alineadas con tales intereses en su actuación.

13. Frente a esta visión idealista, las **teorías del interés privado** adoptan una postura escéptica y ponen el acento en la capacidad de los colectivos (empresarios, políticos, empleados públicos, consumidores) para orientar la regulación hacia la satisfacción de sus intereses particulares, de tal manera que la realización del interés público sería una quimera. Este grupo de teorías poseen un carácter más bien descriptivo (qué factores explican la aparición de la regulación), antes que prescriptivo (qué fines debe perseguir la regulación), aunque en última instancia pueden inspirar reformas para atajar problemas detectados.

14. Así, se debe a las teorías del interés privado la descripción del fenómeno de la "**captura del regulador**", por el cual las decisiones de las autoridades se adoptan en atención a los intereses de los grupos de presión mejor organizados y que poseen mayor capacidad de influencia, un fenómeno cuyo reconocimiento ha impulsado significativas reformas en el ámbito institucional y procedimental. Entre las teorías del interés privado, destaca la **teoría de la elección pública (*public choice*)**, que se caracteriza por analizar la toma de decisiones regulatorias como si se tratara de decisiones de mercado. Así, en el "mercado político" la oferta de regulación vendría marcada por los intereses de reelección de los políticos, por ejemplo, y la demanda de regulación por los intereses económicos de los regulados. A la vista de las ineficiencias del "mercado político", desde la teoría de la elección pública se sostiene la superioridad del mercado para autorregularse y se postula la supresión de la intervención estatal (**desregulación**) (*supra* § 2.12).

15. Deben mencionarse, por último, las aportaciones de la Sociología a las teorías de la regulación, de entre las que sobresale la **teoría de los sistemas autorreferenciales**. De acuerdo con esta teoría, derecho y economía constituirían dos subsistemas sociales funcionalmente autónomos, con organizaciones y lenguajes propios, de donde se deriva la limitada capacidad del Derecho para condicionar eficazmente la vida económica desde sus instrumentos y enfoques tradicionales. Para superar esta deficiencia se postulan formas indirectas de regulación, como la **autorregulación regulada,** en las que el Derecho se limitaría a fijar los fines y las coordenadas organizativas y procedimentales de la autorregulación social (en este caso, la autorregulación de la economía). De esta manera, el Estado puede lograr sus fines sin privar al sistema económico de su propia funcionalidad y eficacia. Desde este enfoque, la frontera entre reguladores y regulados no viene marcada por la naturaleza pública o privada del sujeto, ya que pueden intercambiarse los roles (*supra* § 22.22-25).

16. Estas aportaciones teóricas no se quedan en mera especulación, sino que, como se puede intuir, han tenido un notable impacto nutriendo la discusión política e inspirando multitud de reformas. El peso de los distintos enfoques se deja sentir en cuestiones tan trascendentes como, por ejemplo, determinar cuáles son los **fines de la regulación** (¿sólo la eficiencia económica o también la garantía de valores no económicos?), la **oportunidad de la regulación** entendida como intervención estatal (¿es mejor regular o no regular?), sobre las **estrategias de regulación** (¿es mejor acudir a instrumentos imperativos tradicionales, emplear incentivos económicos para estimular o disuadir de ciertos comportamientos sin "obligar" ni "prohibir", o bien conectar la regulación estatal con experiencias exitosas de autorregulación privada?; ¿es mejor combinar distintas estrategias?) o **las características de las instituciones que regulan y/o aplican lo regulado** (¿qué grado de autonomía es conveniente que tengan respecto a la política y, en su caso, cómo deben rendir cuentas ante las instituciones democráticas y la sociedad?, ¿cómo deben relacionarse con los distintos grupos de interés afectados de un modo u otro por su actividad?). Los principios de *Better regulation* o buena regulación incorporados en el art.129 LPAC (*supra* § 16.50-52) son un claro reflejo del impacto de las teorías expuestas.

2.2. La globalización como motor de la expansión de los planteamientos de la regulación económica

17. La **exportación a gran escala** de los planteamientos de la regulación económica ha tenido lugar de la mano de los procesos de **integración económica** que trae consigo la **globalización**. El término "globalización" se ha empleado para de-

signar un fenómeno mucho más complejo que la mera "internacionalización" y que se caracteriza por la profunda interconexión e interdependencia del mundo contemporáneo en múltiples aspectos de la vida (económicos, políticos, culturales, sociales, tecnológicos, ambientales, etcétera).

18. Desde el punto de vista económico, la **globalización** es, en parte, **resultado de ciertos postulados regulatorios** (p. ej. la supresión de trabas al comercio de bienes y servicios y a la circulación de capitales) y, a su vez, **promotora de la regulación económica** más allá de los entornos culturales donde se ha originado. Los problemas asociados a la globalización escapan a las posibilidades de ordenación de los Estados, tanto por sus dimensiones territoriales como por la inadecuación técnica de las herramientas jurídicas tradicionales. De ahí que hayan cobrado protagonismo una serie de **actores globales** de muy diversa naturaleza y ámbitos de actuación que, de manera espontánea o por delegación de los Estados, **han asumido funciones de regulación económica** y, al hacerlo, han contribuido decididamente a difundir sus postulados.

19. Entre los promotores en el plano global de la regulación económica encontramos tanto **organizaciones internacionales** como otro tipo de sujetos que escapan a las categorías tradicionales de sujetos del Derecho Internacional. Entre las primeras destaca el papel jugado por el **Fondo Monetario Internacional** y **el Banco Mundial**. Ambas organizaciones, con sede en Washington, al hilo de su función de asistencia financiera a los Estados, han contribuido a la difusión de concretos planteamientos regulatorios, condicionando la percepción de las ayudas a la implementación de programas de reforma político–económica. No en vano se acuñó la expresión "**consenso de Washington**" para designar un conjunto de líneas de política económica auspiciadas desde estas instituciones, entre las que se contaban la privatización de empresas públicas y la desregulación (WILLIAMSON, 1990), que tuvieron en Iberoamérica y, tras la caída del muro de Berlín, el este de Europa, un campo privilegiado de experimentación. También es destacable la iniciativa "*Doing Business*", del Banco Mundial, un informe publicado entre 2004 y 2020 que establecía un *ranking* de Estados en atención a la mayor o menor facilidad para la puesta en marcha de una actividad empresarial y cuyas conclusiones han inspirado programas de simplificación y mejora de la legislación administrativa. Otra organización internacional con un papel destacado en la difusión de la regulación económica es la **OCDE**, en particular como impulsora de una revisión de las técnicas tradicionales de ordenación y control administrativos, bajo el lema de la denominada *Better regulation* para, entre otros objetivos, mejorar la competitividad de las economías nacionales. La **Organización Mundial del Comercio**, por su parte, promueve en su ámbito de actuación la sustitución de normas jurídico–públicas tendentes a garantizar la seguridad de los productos industriales y alimentarios —a las que considera medidas de efecto equivalente a los aranceles— por normas técnicas internacionales —como las elaboradas por la ISO o la Comisión del *Codex Alimentarius*—.

20. Por último, debe mencionarse el papel de las **redes transnacionales de supervisores**, organizaciones escasamente formalizadas integradas por representantes de agencias nacionales con funciones de regulación y de supervisión en sus respectivos Estados. Destacan las redes operativas en los sectores de la supervisión financiera (banca, mercados de valores, seguros), que, a través de la producción de **estándares internacionales,** han promovido, por ejemplo, el carácter técnico de las agencias nacionales de supervisión y su autonomía respecto a los gobiernos, o la utilización de técnicas de regulación fundadas en el funcionamiento del mercado.

3. LA RECEPCIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN EUROPA

21. La importación de los planteamientos y técnicas propios de la regulación económica se vincula en Europa a la **voluntad de hacer efectivo el mercado interior**, un objetivo cuya consecución se refuerza políticamente con la adopción del Acta Única Europea en 1986.

22. Aunque la creación de un mercado único está en el origen de las comunidades europeas, como atestiguan las libertades de circulación y las reglas de competencia consagradas desde los tratados fundacionales, los primeros compases de la integración europea se orientaron a la supresión de las barreras internas en los intercambios comerciales y a la creación de un marco aduanero común, sin que se cuestionaran los modelos nacionales de intervención de los Estados en la economía. La neutralidad respecto al régimen de la propiedad en los Estados miembros, establecida originariamente en el artículo 222 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, TCEE (actual art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), se tradujo durante las tres primeras décadas de vida de las comunidades europeas en una extraordinaria deferencia respecto a políticas nacionales difícilmente conciliables con la letra de los tratados, en especial, los preceptos referidos a la participación de las empresas públicas en el mercado o a la sujeción, como regla general, de las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general a las reglas de la competencia. En paralelo a la progresiva pérdida de popularidad del keynesianismo, que había dominado la política económica en Europa durante gran parte del siglo xx, se produce a partir de los años ochenta del siglo pasado un cambio en la orientación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, mucho más sensible a las reivindicaciones de los operadores económicos. El cambio jurisprudencial se plasma en una **exigencia de mayor rigor** a los Estados en la **motivación** aducida **para derogar las reglas de competencia** por razón del cumplimiento de misiones de **servicio público** (antiguo art. 90.2 TCEE, actual art. 106.2 TFUE). Se multiplican así los pronunciamientos que declaran incompatibles con los tratados la reserva de actividades económicas bajo la justificación de que entrañan servicios económicos de interés general (*supra* § 23.31-36).

23. La denominada **integración negativa**, esto es, la supresión de obstáculos al funcionamiento del mercado interior mediante la interpretación rigurosa por el Tribunal de Justicia de prohibiciones establecidas en los Tratados, constituye el antecedente necesario a la recepción de los planteamientos de la regulación económica. Ésta tendrá lugar propiamente a través de la **integración positiva**, es decir, mediante la adopción de legislación específica por las instituciones europeas con el fin de impulsar y orientar la liberalización de sectores económicos estratégicos, que se inspirará en las experiencias desarrolladas previamente en los Estados Unidos y, dentro del territorio de la CEE, en el Reino Unido.

24. La importación de los planteamientos de la regulación económica se produce, fundamentalmente, en el contexto de la introducción de la competencia en la prestación de **servicios económicos de interés general**, urgida por la necesidad de conciliar la **liberalización** con la preservación de valores tradicionales del **servicio público.** En este sentido, la expresión **"sectores regulados"**, con la que usualmente se designa un área de especialización en la práctica de la abogacía, se emplea convencionalmente para referirse al régimen de los distintos servicios económicos de interés general.

25. La regulación económica aplicada a la prestación de servicios económicos de interés general ha supuesto un giro de ciento ochenta grados en el abordaje tradicional

de la provisión de actividades prestacionales esenciales. Si en la tradición del **servicio público** de inspiración francesa se entendía que el aseguramiento de su prestación regular, asequible, accesible universalmente y con unos mínimos de calidad requería asumir la titularidad pública de la actividad prestacional como título de intervención, en el esquema de la regulación económica se invierten los términos: la provisión de servicios corresponde en principio a los operadores económicos en régimen de competencia, mientras que a la Administración compete la tarea de garantizar su prestación mediante el empleo de técnicas de regulación que, sólo cuando sea estrictamente preciso para preservar la misión de interés general asociada a un determinado servicio, podrán modular y, en última instancia, excluir las reglas de competencia. La transición de una **Administración materialmente prestadora** a una **Administración sustancialmente reguladora** supone, en suma, una devolución a la iniciativa privada de actividades económicas, una evolución que ha sido descrita —en expresión que ha hecho fortuna— como una **reconfiguración de las relaciones entre Estado y sociedad** (ESTEVE, 2013). Al respecto, la doctrina alemana ha acuñado el concepto de "**Estado garante"** (*Gewährleistungsstaat*) que, simplificadamente, hace referencia al cambio de rol de los poderes públicos en relación con los servicios —de la prestación material a la garantía mediante la regulación— y que constituiría una superación jurídica y material de los planteamientos clásicos del Estado social (FRANZIUS, 2003) (*supra* § 23.6-7).

26. Otro ámbito relevante de importación de planteamientos propios de la regulación económica en Europa se produce en relación con la **revisión de los instrumentos clásicos de intervención** de los poderes públicos en las actividades económicas de los particulares, en colaboración con las iniciativas de la OCDE para la mejora de la calidad de la regulación. En este caso, a diferencia de la revisión del servicio público clásico, no se trata de devolver a la sociedad un ámbito de actuación que le hubiera sido sustraído, sino de repensar las técnicas tradicionales o, dado el caso, su sustitución por otras nuevas que permitan, sin merma de los intereses generales que justifican la intervención pública, mejorar la competitividad de la economía europea. Se trata, en suma, de optimizar el funcionamiento de las libertades económicas que están en la base del mercado común, reconfigurando, sustituyendo o suprimiendo controles que no se justifiquen desde el punto de vista de su finalidad o de su eficacia. Este planteamiento impacta, como se ha visto, en la actividad de control de la Administración (*supra* § 22.7) y en la producción de normas, mediante la elaboración de reglamentos y otras disposiciones administrativas de carácter general (*supra* § 16.50).

4. EL CONCEPTO DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

27. El término **"regulación administrativa"** nos remite a un objeto de estudio más acotado que el de regulación o regulación económica pues se refiere, específicamente, a una **actividad desplegada por la Administración**. Esta acotación no impide reconocer la trascendencia que tiene la función reguladora del legislador, cuya intervención puede venir exigida en ámbitos sujetos a reserva de ley. Del mismo

modo, el control desplegado por los jueces sobre la actividad administrativa de regulación tiene, a su vez, un alcance regulador.

28. Hecha esta primera delimitación, **no hay consenso** respecto a qué sea la regulación administrativa. Se admite, con carácter general, la existencia de un **concepto amplio** y de un **concepto estricto** de regulación administrativa, pero sin que haya acuerdo sobre qué se entiende incluido en uno y otro. Esta indefinición se explica por la propia amplitud de la idea de regulación en la cultura jurídica anglosajona donde se originó y la novedad de su recepción entre nosotros. La discusión sobre los fines a los que sirve la regulación condiciona igualmente el concepto de regulación administrativa defendido. Así, Ariño Ortiz asocia la regulación administrativa exclusivamente a la **liberalización de los servicios** públicos económicos, de tal manera que lo que la define es un fin —la orientación a la competencia—. En ese contexto, la regulación administrativa es una intervención justificada para remediar los fallos del mercado y, en su caso, para repartir equitativamente la carga que representan objetivos públicos irrenunciables (p.ej. el servicio universal). Cualquier intervención administrativa que persiga otro fin, aunque pueda incidir en el comportamiento de los operadores económicos, quedaría al margen de la noción de regulación administrativa porque no participa del enfoque económico que impregna a aquella (ARIÑO: 2006, 24-26). En cambio, Esteve Pardo sostiene que la regulación es un tipo de actividad administrativa que se cualifica por la especificidad de su objeto, que es doble: **la gestión de riesgos**, de una parte, y la **economía y los servicios de interés general**, de otra. Dentro de la misma, distingue una regulación general y una regulación más intensa de ciertos mercados (los denominados mercados regulados) caracterizados por la existencia de limitaciones congénitas en su funcionamiento, por el carácter estratégico de ciertos recursos escasos o porque demanden una especial protección (ESTEVE, 2009: 392-393). Por su parte, Montero Pascual aboga por un uso técnico–jurídico restringido del concepto de regulación administrativa, en torno al único ámbito en el que en su opinión cabe apreciar un régimen jurídico con rasgos propios y dotado de una cierta coherencia: la intervención administrativa en los **mercados regulados**, es decir, los de los **sectores estructurados en red** (telecomunicaciones, energéticos, transporte ferroviario, servicios postales o gestión aeroportuaria) y los **mercados financieros**. En este contexto, la regulación administrativa se definiría como "la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionadas a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración" (MONTERO, 2023: 48-50).

29. Convencionalmente y con fines estrictamente expositivos, teniendo presente las particularidades de nuestro marco constitucional —muy distinto al norteamericano—, podemos definir la actividad de **regulación administrativa** como aquella **actividad de intervención** desplegada por la Administración que tiene por objeto conciliar el libre ejercicio de actividades económicas con la **tutela de bienes constitucionalmente relevantes** en el marco de una economía social de mercado**.** Frente al significado elemental del término regulación en castellano, referido a la aprobación de normas para la ordenación jurídica de una actividad o conducta, la "regulación" administrativa es, por influencia de la *regulation* anglosajona, un concepto más amplio: incluye no sólo la aprobación de normas, sino otras formas de actuación —coactivas o no— de la Administración en el mercado.

30. Se trata de un concepto deliberadamente amplio que permite adscribir fenómenos de regulación administrativa de **diversa intensidad**. El punto de partida, en todo caso, es el reconocimiento del mercado como institución social básica para la ordenación de la vida económica que, en condiciones óptimas de competencia, constituiría el medio más eficiente para la provisión de bienes y servicios y la asignación de recursos. En aquellos casos donde espontáneamente las condiciones de competencia resulten idóneas, la regulación administrativa se orientará al mantenimiento

de dichas condiciones y a garantizar que el comportamiento de los operadores económicos no ponga en riesgo la **satisfacción de bienes de naturaleza no económica** cuya tutela es responsabilidad pública, sin que con ello se comprometa la eficiencia del mercado. En aquellos casos donde la competencia encuentre más dificultades, la regulación administrativa tendrá una mayor intensidad y se dirigirá, en primer término, a **generar las condiciones que permitan el funcionamiento del mercado** (re–crear el mercado). Si, aun promovida la competencia, el mercado no asegurara la provisión de **bienes y servicios básicos** en condiciones de accesibilidad universal, regularidad y asequibilidad, la regulación administrativa se orientará a **garantizar el acceso de la ciudadanía** a los mismos mediante la modulación de las reglas de competencia y la imposición de obligaciones jurídicas a los operadores económicos que resulten proporcionadas a los fines de interés general presentes en la actividad económica que desenvuelven.

31. En síntesis, la regulación administrativa no es propiamente un nuevo tipo de actividad administrativa, sino que es el resultado de proyectar un determinado enfoque, el que representa el **modelo de regulación económica propio de la cultura jurídica anglosajona**, sobre los tipos clásicos de actividad administrativa de corte continental europeo, cuyas técnicas características resultan moduladas en su diseño o desplazadas por otras nuevas. Esta proyección adquiere dimensiones diversas en función de las características del mercado.

4.1. La proyección de la regulación en la actividad de ordenación y control

32. En mercados en los que no existan limitaciones intrínsecas a la competencia, el enfoque propio de la regulación administrativa se manifiesta en una **revisión crítica de las técnicas tradicionales de policía administrativa** (esto es, de ordenación y control) con la finalidad de optimizar el ejercicio de las libertades económicas, fundamento del mercado, en armonía con otros bienes jurídicos. Esta revisión se manifiesta no sólo en la sustitución de las tradicionales autorizaciones y demás controles administrativos *ex ante* por controles *ex post* en tanto sean igualmente idóneos y eficaces para la tutela de los intereses generales (*supra* § 22.11), sino eventualmente en la superación de una idea de intervención administrativa que descanse exclusivamente sobre la imperatividad y la coacción administrativa (enfoque tradicional de la policía administrativa) y recurra también a instrumentos de carácter no coactivo (como la información al público y las recomendaciones a los operadores económicos) que, en el contexto de una economía de mercado, se demuestren igualmente eficaces para alinear el comportamiento de los operadores económicos con fines públicos (*supra* § 22.22).

33. La integración europea nos proporciona dos buenos ejemplos de esta dimensión de la regulación administrativa, entendida en el sentido amplio que se adopta en esta lección. En primer lugar, para superar las barreras técnicas a la libre circulación de mercancías que se derivaban de las distintas normativas nacionales dictadas para la tutela de distintos intereses públicos (p. ej. protección de la salud y de la

vida), la CEE emprendió a partir de 1985 una política para la armonización y la **normalización técnica** de los productos denominada "Nuevo Enfoque". Conforme a este planteamiento, las normas europeas se limitan a fijar imperativamente las exigencias esenciales de seguridad, renunciando a reglamentar los concretos requisitos o características técnicas que han de cumplir los productos. La especificación de aquellos se deja en manos de organismos técnicos competentes en materia de normalización industrial, organizaciones de base privada de carácter profesional que, en ejercicio de funciones de autorregulación, aprueban las denominadas "normas técnicas". Tales normas no son jurídicamente vinculantes, pero los productos de quienes voluntariamente se adhieran al cumplimiento de estas normas —cuya verificación queda igualmente en manos de sujetos privados—, gozarán de una presunción de conformidad con las exigencias esenciales de seguridad establecidas en la legislación europea. La confianza en la autorregulación de los operadores económicos dentro del marco establecido por el legislador europeo se demostraría eficaz para tutelar bienes jurídicos no económicos, al tiempo que se suprimen barreras no justificadas a la libre circulación de mercancías.

34. Un segundo ejemplo de modulación, para fines regulatorios, de los instrumentos tradicionales de ordenación y control lo proporciona la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Su objetivo es la supresión de obstáculos a la **libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el mercado interior** al tiempo que se garantiza una alta calidad de los servicios prestados, con la finalidad última de mejorar la competitividad de la economía europea. A tal efecto, establece que el acceso a una actividad de servicios sólo puede quedar sujeto a una autorización previa cuando cumpla con los requisitos de no discriminación, necesidad justificada en una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad. En caso contrario, la actividad sólo podrá quedar sujeta a un control administrativo *a posteriori*. Por otra parte, se prevé la intervención de las autoridades para incrementar la información suministrada por los prestadores a los usuarios actuales o potenciales de los servicios. Esta mayor información al mercado actúa, por sí misma, como un mecanismo regulador en garantía de la calidad de los servicios, pues permite una elección más informada por parte del consumidor. Se trata, por tanto, de disposiciones que se orientan claramente a fortalecer la competencia en la prestación de servicios dentro del mercado interior sin perjuicio de la garantía de bienes jurídicos no económicos. (*supra* § 22.8-10).

4.2. La proyección de la regulación en el servicio público

35. La regulación o intervención administrativa, en el sentido amplio que se sigue en esta lección, se proyecta con mayor intensidad si cabe en **mercados con limitaciones intrínsecas a la competencia**. Esto ocurre donde existe un **monopolio natural**, un concepto económico que describe aquella situación en que resulta menos costoso que la producción de bienes y servicios recaiga en un único operador antes que en varios o muchos. Se da, por ejemplo, en aquellas actividades que requieren una altísima inversión para su puesta en funcionamiento o que tienen costes fijos muy elevados: una vez un operador efectúa la inversión, puede incrementar la producción indefinidamente sin que aumenten los costes marginales, de tal manera que se dificulta extraordinariamente o, incluso, se impide el acceso al mercado de nuevos operadores que puedan competir efectivamente. Esto es lo que ocurre en aquellos **servicios cuya prestación depende de una infraestructura en red** (telecomunicaciones, energía, transporte ferroviario).

36. Frente a la solución adoptada en el pasado consistente en la **reserva de la actividad** a un único operador (un sujeto privado sujeto a una intensa regulación, en el caso norteamericano; la Administración para su gestión directa o indirecta a través

de concesionario, en el modelo de servicio público "a la francesa": *supra* § 22.17), en la actualidad se postula la **prestación en competencia** también respecto de estos servicios, pues se estima el modo más eficaz de proveer su prestación en condiciones de calidad, regularidad, accesibilidad y asequibilidad —*supra* § 22.34—. La regulación administrativa se orienta a introducir la competencia en aquellos sectores mediante la **garantía del acceso a la infraestructura esencial** de todos los operadores económicos interesados. Con todo, la apertura a la competencia de un mercado intrínsecamente limitado no siempre garantiza la provisión de servicios básicos o esenciales o su prestación con arreglo a unos determinados niveles de calidad, regularidad y precio, de ahí que la Administración pueda intervenir **imponiendo obligaciones a uno o varios operadores** (servicio universal, obligaciones de servicio público) y, en última instancia, **restringiendo la prestación a un único operador**. Encontramos esta manifestación de la regulación administrativa en los procesos de liberalización en Europa de los servicios económicos de interés general (energía, telecomunicaciones, servicios postales, transportes) para hacer efectivo el artículo 106.2 TFUE.

37. La actividad administrativa de regulación o intervención en el mercado presenta una dimensión singular en el sector de los **mercados financieros** (valores, banca, seguros). En este caso, se trata de mercados que no están afectados por limitaciones intrínsecas a la competencia, pero que, no obstante, se sujetan a una regulación administrativa de alta intensidad por el **carácter esencial de la actividad** que desarrollan en una economía de mercado (la asignación de recursos que financien la economía real) que, al tiempo, **genera enormes riesgos** que, caso de verificarse, amenazarían la estabilidad del conjunto del sistema económico. La intensidad que alcanza la regulación de los mercados financieros determina que se les incluya, junto a los mercados con restricciones intrínsecas a la competencia, en la relación de "mercados regulados", esto es, intensamente controlados o intervenidos por la Administración.

4.3. Notas distintivas de la regulación administrativa como actividad de intervención de la Administración

38. De lo expuesto se deduce que la regulación administrativa presenta unos **rasgos específicos** respecto al entendimiento tradicional de la actividad de ordenación, control y prestación administrativas canalizada a través de las técnicas clásicas de policía y del servicio público (reglamentos, autorizaciones, órdenes y prohibiciones, concesiones). Las notas características de la regulación administrativa serían:

39. **Complementariedad del mercado**. El punto de partida de la regulación administrativa es que el mercado constituye el mecanismo ordenador esencial de la vida económica. La regulación o intervención administrativa cumple, por tanto, una función complementaria o subsidiaria del funcionamiento de aquel. La primera consecuencia que se sigue de ello es la necesidad de un estudio muy preciso de los rasgos de cada mercado y de los problemas específicos que presentan en orden a ajustar la estrategia regulatoria a las concretas necesidades. De esta nota básica se derivan el resto de las notas que definen la regulación administrativa.

40. **Continuidad y dinamicidad**. A la vista del comportamiento tan variable del mercado, condicionado por multitud de factores externos (p. ej. crisis generadas por sucesos de orden no económico, como pueden ser un desastre natural, una

epidemia, un conflicto bélico; la aparición de innovaciones tecnológicas que solventan problemas que antes exigían una medida imperativa del regulador, p.ej. la innecesariedad de imponer el mantenimiento de una red de cabinas telefónicas por el desarrollo de la telefonía móvil y su accesibilidad general) y de factores internos (p.ej. fusiones o absorciones de operadores económicos que determinan la aparición de un operador dominante que distorsione el comportamiento del mercado, quiebras con efecto sistémico), la regulación administrativa no puede quedar limitada a la simple intervención de control al inicio de la actividad económica (mediante una autorización operativa o de funcionamiento) o a controles puntuales *ex post*, sino que la acompaña a lo largo del tiempo. Vinculada a las transformaciones del mercado, la regulación administrativa tiene, por tanto, carácter dinámico. En este sentido, la exigencia de evaluación del marco regulatorio o el carácter deliberadamente temporal o experimental con el que se adoptan frecuentemente disposiciones son reveladoras de la dinamicidad de la regulación administrativa.

41. **Fuerte orientación a la eficacia y a la eficiencia.** La regulación administrativa, aunque se sirva de instrumentos ordenados por el Derecho, presenta una obvia dimensión económica derivada del objeto sobre el que se proyecta, el mercado. De esta forma, los principios de eficacia y eficiencia, aplicables con carácter general a la actuación administrativa en virtud del artículo 103.1 de la CE, tienen una consideración más acusada en el ámbito de la regulación administrativa.

42. Desde el punto de vista metodológico, esta orientación determina la necesidad de integrar las aportaciones de la Ciencia económica tanto en el diseño de las estrategias regulatorias como en la toma de decisiones concretas por parte de los reguladores. El denominado "**análisis económico del Derecho**" constituye una herramienta habitual en la evaluación de la regulación administrativa, en el plano normativo y aplicativo. Más allá de las aportaciones de la Economía, la especial orientación a la eficacia y a la eficiencia explican la especial importancia que la regulación administrativa concede, en general, al **conocimiento experto** frente a los planteamientos de carácter político. Esto se manifiesta tanto en el diseño institucional de las organizaciones administrativas a las que se atribuyen funciones regulatorias, como, yendo un paso más, en la delegación o, en su caso, la retirada de las instituciones públicas para que sean las organizaciones privadas de base técnica o profesional las que ejerzan las funciones regulatorias.

43. Amplia atribución de discrecionalidad a la Administración. La necesidad de responder a las transformaciones del mercado es incompatible con una intensa predeterminación material por el legislador de la regulación administrativa. La ley cumple una **función directiva,** determinando los fines públicos que debe servir el regulador y, en su caso, estableciendo el orden de prioridad entre distintos fines públicos en conflicto. Le corresponde también al legislador, en atención al principio de reserva de ley, habilitar la utilización de técnicas imperativas y coactivas que comporten una reducción o límite en el ejercicio de libertades. Corresponde al regulador administrativo, en ejercicio de una amplia discrecionalidad, determinar los medios que va a emplear para alcanzar los fines establecidos por el legislador**.**

44. Diversificación de las técnicas de intervención. En nuestra tradición jurídica la intervención administrativa se ha asociado siempre a la imperatividad y al eventual recurso a la coerción administrativa (*command–and–control*, en la termino-

logía jurídica anglosajona). Las aportaciones de ciencias auxiliares como la Economía o la Psicología revelan que existen **instrumentos alternativos** tan o más eficaces para condicionar o influir la conducta de los regulados. La regulación administrativa, por tanto, emplea técnicas muy variadas que se combinan en diverso grado para alcanzar los fines establecidos por el legislador. Esta cuestión se abordará con mayor extensión en el siguiente apartado.

5. INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN

45. La actividad administrativa de regulación o intervención en el mercado se caracteriza por el uso combinado de técnicas tradicionalmente asociadas a modalidades distintas de la actividad administrativa, al tiempo que introduce mecanismos nuevos de comprobada eficacia para condicionar las conductas de los regulados. La regulación administrativa alumbra, por tanto, estrategias regulatorias de **carácter híbrido**.

46. A su vez, el análisis individualizado de los distintos instrumentos y técnicas de regulación pone de manifiesto que no son "químicamente puros", en el sentido de que no descansan en un único elemento condicionante de la conducta (la coerción, el incentivo económico o la información, entre otros), sino que habitualmente combinan varios de ellos. Otro rasgo que merece destacarse es que la regulación administrativa no descansa exclusivamente sobre la acción de autoridades u organismos insertos en los poderes del Estado, sino que, de manera creciente, remite o, en su caso, se retrae para que sean los propios miembros del mercado, quienes a través de **mecanismos de autorregulación social** se autodeterminen y autolimiten sus conductas.

47. Ninguna clasificación de los instrumentos regulatorios acierta a reflejar la complejidad que presentan. No obstante, a efectos meramente expositivos, se ofrece una ordenación tentativa que toma como referencia dos **criterios**: a) el mayor o menor recurso a la imperatividad o coacción en el diseño del instrumento y b) su orientación prevalente a la competencia o a la garantía de la equidad.

5.1. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su carácter coactivo

5.1.1. Técnicas regulatorias de carácter coactivo

48. Una primera decisión a la que se enfrentan las autoridades reguladoras es determinar si para la consecución de un determinado objetivo resulta **más eficaz** la formulación de una regla imperativa (como la que consiste en imponer un comportamiento debido o prohibir una determinada conducta), cuyo cumplimiento se pretende asegurar con la amenaza de la potestad sancionadora, o el recurso a instru-

mentos alternativos de regulación que no descansan prioritariamente sobre la coacción administrativa.

49. Esta elección vendrá condicionada por una **diversidad de factores**, como pueden ser el eventual coste que conlleve para el poder público obtener la información precisa que permita formular una regla eficaz o el sostenimiento de una organización para la inspección y efectivo castigo de los incumplimientos; la rigidez que pueda introducir una regla imperativa en el comportamiento de los sujetos regulados, que puede lastrar su capacidad de innovación; la conveniencia, desde el punto de vista de la ética pública, de que ciertas conductas estén expresamente prohibidas como manifestación de un juicio social desfavorable, etcétera.

50. En el caso de que se opte por emplear **mecanismos fundados en la coacción**, la regulación administrativa se alinearía con el entendimiento clásico de la actividad de limitación administrativa. No obstante, el enfoque de la regulación impone una revisión de los requisitos a los que se condiciona el acceso o el ejercicio de una actividad, para evitar cargas innecesarias, así como de los mecanismos tradicionales de la policía administrativa, puesto que la premisa de partida es preservar, tanto como sea posible, la capacidad del mercado para ordenar la vida económica. A la luz de esta idea, que se hace operativa a través de un juicio de **proporcionalidad** sobre la necesidad y la intensidad del recurso a la coacción, se explica la apuesta general por las técnicas de control *ex post* de las actividades de los particulares (comunicaciones y declaraciones responsables) y la posición marginal de los controles *ex ante* (autorizaciones, comunicaciones previas con potestad de veto) sobre actividades económicas, que se desprende de normas como la Directiva de Servicios o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (*supra* § 22.66).

51. Con todo, si resultara preciso recurrir a controles *ex ante*, el diseño de estos ha de tener muy presente que no distorsionen el funcionamiento del mercado. Así, la Directiva de Servicios exige que las autorizaciones, con carácter general, tengan una duración temporal ilimitada (art. 11). En aquellos casos en que el número de las autorizaciones hubiera de ser necesariamente limitado (p. ej. por recaer sobre recursos escasos), su otorgamiento requiere la tramitación de un procedimiento de concurrencia competitiva y la eficacia temporal será limitada, para no favorecer a los que ya se encuentran realizando esta actividad (operadores incumbentes) frente a los que desean incorporarse al mercado.

52. Aun cuando la estrategia regulatoria en un sector no descanse prioritariamente sobre instrumentos coactivos, la coacción nunca está enteramente ausente de la regulación administrativa. También los **instrumentos no coactivos** descansan en cierta medida sobre aquella, con el matiz de que la imperatividad no se proyecta directamente sobre la actividad económica del sujeto regulado, sino sobre elementos accesorios de su conducta que se ponen a disposición del regulador para el diseño de la estrategia regulatoria.

53. Por ejemplo, el regulador puede optar por un mecanismo de regulación basado en la difusión de información al mercado, pero para ello será preciso imponer a los sujetos regulados la obligación de difundir la información o de proporcionar determinados datos a la autoridad reguladora, bajo la amenaza de la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.

5.1.2. Técnicas regulatorias de carácter no coactivo

54. La mayor aportación del enfoque de la regulación al análisis de la intervención administrativa reside en la **relevancia** que otorga a los **mecanismos de base no coactiva**. Algunos de ellos tienen cierta tradición entre nosotros, como la subvención y, en general, las medidas de fomento (*supra* § 24). La clave que el enfoque regulatorio aporta en el entendimiento de este y otros instrumentos es que la elección de los instrumentos está, en esencia, mediada por consideraciones de eficacia y eficiencia en la consecución de los fines que se hubieran establecido.

55. Entre los instrumentos de carácter no coactivo, podemos **distinguir** los de carácter económico o de mercado, los que descansan en el manejo de la información y los que se apoyan en la Psicología conductual.

56. El diseño de los **instrumentos de carácter económico** toma como referencia las características del comportamiento de los sujetos privados como miembros del **mercado** para condicionar su conducta. Una primera categoría de instrumentos, de diseño más sencillo, opera **incentivando** comportamientos socialmente deseables o **desincentivando** comportamientos reprobables —aunque no prohibidos, pues de lo contrario, se trataría de un instrumento coactivo—. Entre los primeros, se encuentran las **subvenciones** o cualquier tipo de ayuda para estimular la alineación voluntaria con fines marcados por el regulador. Entre los segundos se encuentran la creación de **tributos**, ya en el terreno de la fiscalidad, cuyo diseño no se orienta a allegar recursos para la hacienda pública con base en la capacidad económica de los sujetos obligados al pago, sino a gravar aquellas conductas o comportamientos que se quieren corregir. La efectividad de estos mecanismos requiere un estudio muy preciso de las externalidades, positivas o negativas, que generan las conductas sobre las que se quiere influir para evitar distorsiones en el funcionamiento del mercado (*supra* § 24.11).

57. La **protección ambiental** proporciona ejemplos de este tipo de instrumentos económicos. Imaginemos que se quiere suprimir la utilización de una sustancia contaminante. Una estrategia regulatoria basada en instrumentos coactivos partiría de la prohibición del uso de la sustancia con amenaza de sanción. Puede ocurrir que no se pueda de manera inmediata, por los enormes costes económicos que comporta para el sector, prescindir enteramente de la utilización de la sustancia o que, eventualmente, la Administración carezca de los medios para controlar efectivamente el cumplimiento de la prohibición. En tal caso, una estrategia más realista puede ser la subvención de nuevas tecnologías que no requieran la utilización de la sustancia contaminante o, en sentido contrario, crear un tributo que grave la utilización de aquella de modo que los operadores encuentren un estímulo en la introducción de los cambios tecnológicos que permitan prescindir de la sustancia.

58. La **regulación bancaria** que sigue los estándares internacionales contenidos en los Acuerdos de Capitales del Comité de Basilea de Supervisores Bancarios también emplea este tipo de instrumentos para condicionar las actividades de las entidades de crédito. En lugar de prohibir directamente ciertas conductas, lo que podría inhibir la innovación financiera, se ha optado por exigir requisitos de capital más elevados a aquellas entidades que realicen actividades de crédito que entrañen mayor riesgo. La valoración del riesgo recae, en el caso de las entidades de mayor tamaño, en modelos internos de evaluación sujetos a la supervisión del banco central o de la agencia nacional con competencias en materia de supervisión bancaria. Respecto de bancos de menor tamaño, la evaluación del riesgo en que incurre una

entidad de crédito se lleva a cabo por agencias de calificación (agencias de *rating*), que también son supervisadas por el regulador. En este caso, el carácter económico del instrumento (los mayores o menores requisitos de capital que se exigen a una entidad en función del riesgo contraído) se combina con mecanismos de autorregulación regulada (los modelos internos de evaluación o las agencias de calificación).

59. Otra categoría más compleja de instrumentos económicos se basa en la **comercialización en régimen de competencia de derechos** creados *ad hoc* por el regulador con la finalidad de alcanzar ciertos fines públicos. El derecho comercializable puede tener por objeto el ejercicio de una actividad socialmente indeseable o cuyo impacto se quiere reducir. Frente al enfoque estático que implica una norma que directamente prohibiera la actividad, este mecanismo de regulación administrativa parte de fijar un volumen global admitido de la actividad que se desea regular —es decir, el punto de partida es una disposición de carácter imperativo que fija un límite general en atención al riesgo admisible—, volumen que se divide en unidades (derechos) transmisibles. Se confía en la capacidad de innovación de los operadores económicos, de tal manera que los derechos que se asignan se convierten en activos que los operadores más innovadores, aquellos que han introducido mejoras científicas o tecnológicas capaces de reducir la actividad penalizada, venden a otros operadores rivales con procesos productivos más atrasados, lo que hace más costoso su desempeño y lastra su competitividad.

60. A esta categoría se adscribe el **comercio de derechos de emisión** de gases de efecto invernadero sobre la cual descansa buena parte de la lucha internacional contra el cambio climático y que se contempla, en el plano internacional, en el Protocolo de Kioto, firmado por la UE en 2002 y, en el ámbito europeo, en la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero traspuesta al ordenamiento español por la Ley 1/2005, de 9 de marzo.

61. Esta técnica también se emplea para optimizar la **gestión de un recurso escaso**. Así ocurre con determinados recursos naturales como el agua continental, que se declara de dominio público para proporcionar a la Administración un título de intervención que permita su gestión integral. La titularidad pública del agua no impide que se puedan crear derechos de uso que pueden ser objeto de comercio. De este modo, los operadores más eficientes en la utilización del recurso pueden obtener una rentabilidad adicional con la transferencia de los derechos que no van a emplear. Esta es la filosofía que subyace a los "mercados de agua", cuyas bases de funcionamiento se establecieron en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto de aguas (véase el art. 61 bis de la Ley de Aguas en la redacción dada por la Ley 46/1999), y a los que dio un definitivo impulso la trasposición de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

62. Las **técnicas** regulatorias **basadas en el uso de la información**, en cierta medida, constituyen un subtipo de instrumentos de mercado ya que la transparencia y el acceso a la información veraz y comprensible sobre los bienes y servicios constituye uno de los elementos que permiten la **toma de decisiones económicas** por los sujetos. Uno de los fallos más comunes en el funcionamiento de los mercados deriva de la **asimetría de la información** entre quienes participan en las transacciones, resultando beneficiada la parte con más información. En otras ocasiones, la difusión de información se orienta a luchar contra las denominadas "**preferencias endógenas**", es decir, aquellas decisiones que no se sustentan en la racionalidad económica sino en prácticas sociales, valores acríticamente asumidos o patrones de conducta arraigados

y que pueden perpetuar injusticias sociales o perjudicar a los sujetos en la toma de decisiones individuales (p. ej. el consumo de sustancias que provocan adicción).

63. Sin ánimo exhaustivo, podemos distinguir entre instrumentos de regulación basados en la **difusión de información por los sujetos regulados** y aquellos en que son **los reguladores quienes difunden la información**, a partir de estudios propios o de los datos suministrados por los sujetos regulados. Los sujetos regulados pueden estar sometidos a un régimen **imperativo** de difusión de información o de suministro de datos a la Administración.

64. Así ocurre en el ámbito de los mercados financieros, en el que es muy común el fallo de la información asimétrica. Ilustran esta técnica la obligación de publicar un folleto informativo para la oferta de valores al público o su admisión a cotización (art. 35 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión); el régimen de publicidad de las cuentas anuales de las sociedades de capital (arts. 279-284 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) o el de los productos y servicios bancarios (Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios). El incumplimiento de estas obligaciones puede ser sancionado por las autoridades reguladoras.

65. La difusión de información por los sujetos regulados puede ser también consecuencia de su adhesión a un **programa voluntario**, permitiendo un mejor posicionamiento en el mercado de los sujetos que libremente asumen mayor transparencia sobre sus prácticas empresariales o sus procesos productivos.

66. Ejemplifican esta técnica las etiquetas de calidad o de carácter ético que descansan de manera parcial o total en sistemas de autorregulación privada. Puede mencionarse, en el primer caso, el régimen de la etiqueta ecológica europea, un sistema europeo de adhesión voluntaria para la promoción de productos con un impacto ambiental reducido (Reglamento (CE) 66/2010, del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica la UE). Por su parte, constituye un instrumento de regulación a través de la información de carácter estrictamente privado la certificación de bienestar animal (Animal Welfair) para productos derivados de la ganadería o de la cría de aves.

67. La **difusión de información por los reguladores** puede, a su vez, revestir distintas características en atención a la **finalidad dominante en la puesta a disposición** de la información al público.

68. Podemos encontrar instrumentos de regulación basados en la difusión de información de carácter exhortativo, frecuentemente con un marcado carácter paternalista. Aquí se encuadrarían la realización de campañas de publicidad institucional para promover hábitos de vida o patrones de consumo saludables (p. ej. consumo de alimentos frescos, campañas antitabaco) y las campañas para reforzar el cumplimiento de deberes cívicos o, incluso, obligaciones legales (p. ej. la separación de residuos para el reciclaje, la concienciación frente a la compra de productos falsificados).

69. En otras ocasiones, los reguladores difunden información de carácter pedagógico u orientativo que permite a los sujetos el mejor ejercicio de sus derechos o la toma de decisiones económicas. En esta línea puede citarse cómo la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia pone a disposición de los ciudadanos en su página web una herramienta que permite comparar las características de las distintas ofertas de suministro de electricidad y gas disponibles en el mercado.

70. Una última variedad de instrumento de regulación basado en la difusión de información por el regulador consiste en la publicación de resultados de rendimiento o de cumplimiento normativo, un método que, de manera gráfica, en inglés se denomina "*name and shame*". Aquí se sitúan los regímenes de publicidad de las sanciones, como el que se contempla en el artículo 115.7 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, respecto de la publicación por

el Banco de España de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves y graves o en los artículos 334 y 335 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, relativa a la publicidad en su sitio web o en el *BOE* de la sanciones impuestas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

71. Al catálogo de instrumentos de la regulación administrativa se suman técnicas que aprovechan las aportaciones de la **Psicología conductual** para dirigir la conducta de los regulados hacia los objetivos marcados por el regulador. Aquí se insertan los denominados *nudges* (empujoncitos o acicates), que no se basan en los incentivos vinculados al uso de la coerción o a la obtención de una rentabilidad económica, sino que se fundan en el funcionamiento de procesos mentales y conductuales automáticos en los que no llega a tomarse propiamente una decisión. Al margen de la utilidad que pueden proporcionar reforzando el cumplimiento de normas de carácter imperativo, estas herramientas pueden poseer una eficacia regulatoria autónoma (*supra* § 24-79).

72. Los *nudges* (*supra* § 24.79-80) pueden emplearse para corregir preferencias intuitivas o irracionales en la toma de decisiones individuales. Son *nudges* o acicates, por ejemplo, los protocolos no imperativos de actuación aprobados por una autoridad regulatoria. Estos protocolos, si bien no vinculan en sentido estricto a los operadores económicos, se benefician de la natural propensión de los seres humanos a conservar el *statu quo* y a acomodar la propia conducta a la que consideran la común del grupo. Son también *nudges* regulatorios los regímenes que proponen como solución automática por defecto la que la autoridad considera preferible (p.ej. en el régimen de donación de órganos). Frecuentemente, los *nudges* se combinan con la difusión de información. Así, se aprovecha la fuerza de la norma social y la tendencia natural a adaptar la conducta individual a la habitual en un colectivo cuando, por ejemplo, se informa del consumo individual comparado con el de los vecinos en las facturas de suministro de energía con el objetivo de inducir al ahorro.

5.2. Clasificación de instrumentos regulatorios en atención a su finalidad prevalente

5.2.1. Instrumentos de garantía de la competencia

73. La regulación económica se orienta primordialmente a garantizar el correcto funcionamiento del mercado como mecanismo preferente para la ordenación de la vida económica y la asignación de recursos. Esto requiere, en primer término, asegurar que se dan las condiciones para una efectiva competencia, lo que constituye el objeto de una rama especial del ordenamiento jurídico, el **Derecho de la competencia**. La ordenación de la competencia puede basarse en instrumentos de Derecho privado, pero también en instrumentos de Derecho público, en particular, de Derecho administrativo, mediante la regulación administrativa. En particular, junto a la sanción por el organismo regulador de conductas prohibidas (abuso de posición dominante, conductas colusorias), la regulación puede tener por objeto controlar la excesiva **concentración horizontal** en el mercado, por efecto de procesos de fusión o de absorción, dando lugar a operadores con una cuota de mercado lo suficientemente significativa como para distorsionar su funcionamiento.

74. Así, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia regula en los artículos 55 a 60 un procedimiento de **control de las concentraciones económicas**, en cuya virtud se impone a las empresas un deber de notificación de aquellas concentraciones económicas que reúnan los rasgos especificados en la ley a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, organismo al que se le atribuye la potestad de autorizarlas —con sujeción, en su caso, a condiciones—, o prohibirlas. Una decisión que, eventualmente, puede requerir confirmación del Consejo de Ministros para que despliegue efectos.

75. La competencia también puede resultar amenazada por el fenómeno de la **concentración vertical**, esto es, la realización de varias actividades complementarias para la oferta de un producto o servicio final por parte de una sola empresa o un grupo de empresas sometidas a una dirección común, con idéntico efecto perturbador del mercado.

76. La liberalización del sector eléctrico se enfrentó precisamente a este problema, con el añadido de la existencia de un monopolio natural para operar las redes de transporte y distribución, monopolio que reforzaba la posición del titular de las redes en las actividades de generación y de comercialización. Ya la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, impuso, como primer paso, la **separación de las actividades** de producción, transporte y distribución a efectos contables, para evitar subvenciones cruzadas. Por su parte, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico impuso la separación jurídica —es decir, la gestión por personas jurídicas diferenciadas— de las distintas actividades, que, a su vez deben cumplir ciertos criterios de independencia en su funcionamiento si pertenecen al mismo grupo empresarial. La separación de actividades permite, a su vez, ajustar el régimen de competencia a las características intrínsecas del mercado en el que tienen lugar, de tal manera que las actividades de generación y de comercialización están enteramente abiertas a la competencia y, en cambio, en las actividades donde el monopolio natural es ineludible –el transporte y la distribución- la ausencia de competencia se compensa con una regulación intensa de la actividad de los operadores de las redes.

77. La regulación para la competencia requiere limitar los efectos de los **monopolios naturales** en aquellos mercados en los que se den. En este sentido, junto a la separación de actividades a la que se acaba de aludir, un instrumento esencial para la regulación de ciertos servicios económicos de interés general que requieren la utilización de una **red o infraestructura básica** es garantizar el **acceso de terceros a la red**, y en caso de que existan varias redes sobre el territorio, asegurar su **interconexión.** Normativamente se establecen los requisitos y condiciones de acceso a la red, al tiempo que se atribuyen al organismo regulador poderes de resolución de conflictos entre particulares en este ámbito.

78. En el sector eléctrico, la red primaria de transporte de electricidad es operada en exclusiva por Red Eléctrica de España S.A.U., una sociedad mercantil sujeta a una intensa regulación administrativa y que, a su vez, ejerce funciones de regulación mediante el otorgamiento del permiso de acceso a la red a los sujetos autorizados de acuerdo con los criterios que establece en la actualidad la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, un acceso sometido a un precio regulado. Por su parte, la actividad de distribución eléctrica se produce a través de redes interconectadas que son operadas en monopolio por sus titulares en el territorio en el que se despliegan. La ley igualmente garantiza el acceso a las redes de distribución, que deberá ser permitido por sus titulares a los sujetos autorizados, quienes deberán abonar un precio regulado.

79. Otro instrumento que se endereza a la garantía de la competencia es la **compensación por la imposición de obligaciones de servicio público** a prestadores de servicios de interés económico general. Como se tratará a continuación, estas obligaciones determinan la necesidad de prestar el servicio en localizaciones o circunstancias en las que puede no ser rentable. Si el cumplimiento de dicha obligación

lastrara en exceso la competitividad de los operadores afectados, deberá ser compensada económicamente. Los fondos empleados en la compensación, dependiendo del sector, pueden provenir de los presupuestos públicos o de contribuciones efectuadas por todos o parte de los operadores económicos del mercado.

5.2.2. Instrumentos de garantía de valores no económicos. En particular, la garantía de la equidad en el acceso a los bienes y servicios

80. Junto a la garantía de la competencia, la regulación tiene por objeto conciliar el ejercicio de actividades económicas con otros valores constitucionalmente tutelados. Entre ellos se encuentra el aseguramiento del acceso por la ciudadanía a bienes y servicios básicos. En la prestación de servicios económicos de interés general, este acceso se garantizaba en el pasado mediante la asunción pública de la titularidad de la actividad prestacional, para su gestión directa por la Administración o indirecta a través de concesionario. En el régimen liberalizado de los servicios económicos de interés general, se espera que la propia competencia de los operadores del mercado propicie el acceso a los servicios en condiciones de calidad, asequibilidad y regularidad. Pero si esto no fuera posible, se asegura que cualquier ciudadano, con independencia de su emplazamiento, va a tener acceso al servicio en unas condiciones de calidad determinadas y con un precio razonable mediante la regulación del **servicio universal**.

81. La Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, define el servicio universal como "el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los consumidores con independencia de su localización geográfica, en condiciones de neutralidad tecnológica, con una calidad determinada y a un precio asequible" (art. 37). Está integrado por el acceso a internet de banda ancha a una determinada velocidad y servicios de comunicaciones vocales, en ambos casos a través de una conexión subyacente en una ubicación fija. Por su parte, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que define el concepto de servicio universal en términos muy parecidos, incluye en el mismo, las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de cartas y tarjetas postales de hasta 2 kg de peso y paquetes postales de hasta 20 kg de peso, así como los servicios accesorios de certificado y de valor declarado (art. 21).

82. Un ulterior instrumento regulatorio es la **imposición de obligaciones de servicio público** a uno o varios operadores del mercado. Estas obligaciones pueden tener por objeto la prestación del servicio universal o, en su caso, cubrir otras necesidades asociadas a un servicio económico de interés general.

83. En el ámbito de las telecomunicaciones, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, establece el procedimiento de designación de operadores obligados a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, que tiene lugar mediante licitación y, si el concurso quedara desierto, mediante designación directa. Hasta el 1 de enero de 2027 Telefónica de España S.A.U. es el operador designado para la prestación del servicio universal. La Ley General de Telecomunicaciones reconoce la posibilidad de imponer al operador designado otras obligaciones de servicio público no vinculadas a la prestación del servicio universal. Algo que también se reconoce en el ámbito de los servicios postales, donde el operador designado para la prestación obligatoria del servicio postal universal es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. por un período de quince años desde la entrada en vigor de la Ley del Servicio Postal Universal (Disposición adicional primera).

84. La **regulación de precios y tarifas**, junto al papel que desempeña para garantizar el acceso de terceros a las infraestructuras y redes esenciales para la prestación de servicio, puede servir para garantizar un **acceso equitativo de los consumidores** en tanto el juego de la competencia no proporcione precios asequibles.

85. En los sectores eléctrico y del gas, junto a los precios libremente establecidos en el mercado, se fijan **precios máximos al suministro** para específicas categorías de consumidores determinados en la ley que tienen el derecho de acogerse a ellas si así lo deciden. Se trata del **precio voluntario para el pequeño consumidor** (PVPC) en electricidad y de la **tarifa de último recurso** en gas. Junto a estos precios, se contemplan tarifas especiales para los consumidores vulnerables bajo la fórmula del **bono social** en el sector eléctrico, cuyo coste se reparte entre todas las empresas que operan en el sector eléctrico después de que la STS 130/2022, de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:130) declarara nulo el régimen precedente de financiación del bono. En el ámbito del gas, el Real Decreto–ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores creó el **bono social térmico**, cuya financiación se produce con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

6. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA

86. La incidencia de la regulación en los tipos de actividad administrativa no se proyecta únicamente en los instrumentos propios de la actividad de ordenación y control, en la sustitución de la actividad prestacional por la de garantía, en los nuevos límites jurídicos a la concesión de subvenciones y ayudas públicas o en las nuevas modalidades de la actividad de fomento, basadas en estímulos indirectos, sino que se refleja también en la **configuración institucional de la Administración** que ejerce estas actividades. El modelo burocrático y centralizado de Administración en el que se basaba la actividad autorizatoria clásica y el modelo gerencial con base en el cual se estructuró la prestación de servicios públicos han sido desplazados por otros modelos organizativos (*supra* § 1.32), entre los que ha adquirido especial protagonismo el modelo de las agencias y, en particular, el de las **agencias reguladoras** (*supra* §§ 1.34, 8.28 y 9.79),

87. En el ámbito de la policía administrativa, la sustitución de la actividad de control e inspección administrativa por la actividad de comunicación y certificación privada lleva aparejada la creación de **autoridades de acreditación** (*supra* § 22.31-33), al tiempo que la evaluación de riesgos previa a la adopción de las decisiones administrativas en materias técnicamente complejas ha comportado la necesidad de crear agencias u organismos altamente especializados, como la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios o la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (*supra* § 22.17).

6.1. Principio de separación de las actividades de regulación y de gestión

88. En el ámbito de la prestación de servicios públicos en el territorio y, en particular, de los **servicios de interés económico general** (como los servicios postales,

la energía, los transportes o las telecomunicaciones), la supresión de los monopolios públicos derivada de la liberalización y la aplicación del principio de competencia no impide que las administraciones públicas sigan prestando servicios, pero, en el caso de que lo hagan, el Derecho europeo les impone la obligación de separar debidamente las actividades de **gestión** de las de **regulación**.

89. En España, algunos de estos servicios, como los servicios postales o los de transporte ferroviario, siguen siendo prestados por entidades del sector público estatal (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Renfe operadora) en concurrencia con entidades privadas. Desde la perspectiva de la garantía de la libre competencia es importante que todas las entidades prestadoras de servicios puedan acceder en igualdad de condiciones a las redes. La **gestión de las redes** necesarias para la prestación de los servicios de interés económico general está principalmente en manos de sociedades mercantiles con participación pública en su capital (como Red Eléctrica de España, ENAGAS o la Compañía Logística de Hidrocarburos para el sector de la energía, o AENA para la red aeroportuaria) o de entidades públicas empresariales (como ADIF, para la red ferroviaria). Estas entidades, junto al desarrollo de la actividad de regulación como titulares de infraestructuras esenciales, pueden desarrollar también sus propias actividades económicas, pero bajo un régimen de separación funcional. A su vez, se someten a la **regulación y supervisión** de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que es la encargada de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos, en condiciones de accesibilidad, seguridad, continuidad, mutabilidad e igualdad, así como la competencia en todos los mercados y sectores productivos y, en particular, los que han sido objeto de liberalización (energía -gas y electricidad-, comunicaciones electrónicas y audiovisuales, servicios de transporte ferroviario y aeroportuario y servicios postales).

6.2. La agencia reguladora como modelo institucional prevalente

90. La CNMC responde tendencialmente al modelo de **agencia reguladora** propio de la Administración norteamericana (*supra* § 1.35) y que se caracteriza por la autonomía y, eventualmente, **independencia** que ostenta, tanto respecto del Gobierno como respecto de los sujetos regulados. La existencia de este tipo de entidades, cuya autonomía se consagra en sus propias leyes de creación y se garantiza a través de su peculiar estatuto orgánico, ha sido reconocida en la legislación general y, en concreto, en el artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que regula las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal y las define como "entidades de Derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley" (*supra* §§ 8.29 y 9.68).

91. La independencia de las agencias reguladoras —que se garantiza a través del carácter experto de sus miembros, de las particularidades de su nombramiento (que no queda en manos exclusivas del Gobierno, sino que puede tener participación el Parlamento), la duración de su mandato, la limitación de las causas de cese, la revisión jurídica de sus decisiones, la autonomía presupuestaria o la financiación de sus actividades—, se plantea como presupuesto ineludible para cumplir con la exigencia

de **neutralidad** en su actuación e imparcialidad de sus decisiones. Una exigencia que conecta con el principio de separación de las actividades de gestión y de regulación y que cobra especial importancia si se tiene presente, de una parte, que pueden existir empresas públicas operando en el sector regulado, toda vez que el Derecho europeo no cuestiona el régimen de propiedad de los Estados miembros (art. 345 TFUE), y, de otra, la frecuente atribución de competencias de resolución de controversias entre operadores del sector regulado. Dicha garantía ha sido subrayada por el TJUE, que ha declarado contrarias al Derecho europeo operaciones de reforma institucional consistentes en la fusión de organismos reguladores (como la que implicó la creación de la CNMC), en lo relativo al cese anticipado de los vocales de los órganos rectores por causas no contempladas en la legislación (STJUE de 19 de octubre de 2016, asunto C-424/15 – Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros, ECLI:EU:C:2016:780) Con todo, en la configuración de estas agencias el principal problema estriba en encontrar cuál es la **distribución óptima de funciones regulatorias** entre instancias que gozan de legitimidad democrática e instancias con legitimidad de tipo técnico, pues si bien la independencia o autonomía de las agencias se erige como un requisito para preservar la competencia en el mercado, su débil legitimidad democrática las hace inidóneas para adoptar decisiones que prioricen intereses públicos en conflicto. De ahí la importancia de que las agencias cuenten con unas competencias orientadas a la consecución de fines públicos bien definidos, así como que queden sujetas a mecanismos rigurosos de rendición de cuentas.

92. El modelo institucional de agencias reguladoras, configuradas como autoridades independientes no se limita a los **sectores** que han sido objeto de liberalización, sino que se extiende también a ámbitos vinculados a la protección de derechos fundamentales (Agencia Española de Protección de Datos), de especial complejidad técnica (Consejo de Seguridad Nacional) o señaladamente sensibles desde un punto de vista social (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno). Por descontado, en los sectores capaces de provocar un riesgo sistémico en la economía, en los que resulta particularmente exigible la adopción de decisiones técnicas, totalmente independientes de la acción política del Gobierno, como es el caso del sector bancario y los mercados de valores, la regulación también se instrumenta mediante agencias reguladoras independientes o con un alto grado de autonomía (el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores).

93. El impulso al modelo institucional de agencia reguladora dotada de independencia respecto a los gobiernos en parte responde también a la necesidad de garantizar una ejecución armonizada del Derecho sectorial de la Unión Europea. La armonización de los rasgos de estas administraciones es una operación de ingeniería organizativa auspiciada por la legislación europea de carácter sectorial con el objetivo de mejorar las posibilidades de cooperación transnacional de estas entidades, mediante fórmulas de **Administración en red**, a través la cooperación transnacional de reguladores.

94. Para seguir con los mismos ejemplos que venimos analizando, las autoridades nacionales de regulación que operan en el ámbito de las telecomunicaciones y la energía coordinan su actuación a nivel europeo gracias a su participación, respectivamente, en el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas y la Agencia para la Cooperación de Reguladores de Energía. En el ámbito de los mercados financieros, las autoridades nacionales de regulación bancaria y de los mercados de valores se integran en el órgano decisorio de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM). En ámbitos especialmente afectados por la globalización, como

es el de los mercados financieros, estas autoridades participan en los respectivos organismos reguladores globales, como el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (*Basel Committee on Banking Supervision*, BCBS) y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*International Organization of Securities Commissions*, IOSCO).

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Gaspar ARIÑO ORTIZ, "Fallos y logros de los sistemas regulatorios", en VV. AA., *Regulación, desregulación, liberalización y competencia,* Círculo de Empresarios, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 23-40.

José ESTEVE PARDO, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público", en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Directores), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 387-405.

José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona–Buenos Aires, Sâo Paulo, 2013.

Claudio FRANZIUS, "Der „Gewährleistungsstaat"- Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?", *Der Staat,* vol. 42, núm. 4 (2003), pp. 493-517.

Juan José MONTERO PASCUAL, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados,* 5.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

John WILLIAMSON, *Latin America Adjustment: How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, 1990.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Anthony OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory,* Hart Publishing, Oxford–Portland, 2004.

Gaspar ARIÑO ORTIZ (Autor), Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA–MORATO (Colaboradores), *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica,* Fundación de Estudios de Regulación y Comares, Granada, 1999.

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

Juan DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

Elisenda MALARET i GARCÍA, "Administración pública y regulación económica", en *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales,* Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 127-160.

Bronwen MORGAN y Karen YEUNG, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials,* Cambridge University Press, 2003.

Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Directores), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* Iustel, Madrid, 2009.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 657-683
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L26
© Juan Antonio Chinchilla Peinado
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 26
ACTIVIDAD EXPROPIATORIA

Juan Antonio Chinchilla Peinado
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA ACTIVIDAD EXPROPIATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN: 1.1. Concepto de expropiación forzosa; 1.2. Distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas.—2. EL OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN. BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO JURÍDICO.—3. LOS SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN: 3.1. La Administración expropiante; 3.2. El beneficiario de la expropiación; 3.3. El sujeto expropiado.—4. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO: 4.1. El presupuesto previo. La declaración de utilidad pública o interés social; 4.2. El procedimiento ordinario (I). La concreción de los bienes que deben expropiarse. La declaración de necesidad de ocupación: *4.2.1. El procedimiento de determinación de la necesidad de ocupación*; *4.2.2. Expropiación parcial y solicitud de expropiación total*; 4.3. El procedimiento ordinario (II). La determinación del justiprecio: *4.3.1. Modalidades de determinación del justiprecio*; *4.3.2. Los criterios de valoración. La indemnización por demerito; 4.3.3. La caducidad del justiprecio por el transcurso del tiempo. La figura de la retasación;* 4.4. El desistimiento de la expropiación; 4.5. El procedimiento ordinario (III). El pago y la ocupación del bien: *4.5.1. Pago y consignación; 4.5.2. Intereses de demora;* 4.6. El procedimiento urgente; *4.6.1. La declaración de urgencia; 4.6.2. La valoración y la determinación de los intereses de demora en la expropiación urgente; 4.6.3. La insolvencia del beneficiario;* 4.7. El control judicial de la expropiación forzosa: *4.7.1. Control judicial del acuerdo de necesidad de ocupación en la expropiación ordinaria; 4.7.2. El control judicial de la declaración de urgencia; 4.7.3. El control judicial de la fijación del justiprecio;* 4.8. La expropiación por ministerio de la Ley en el ámbito urbanístico.—5. LA REVERSIÓN EXPROPIATORIA: 5.1. Concepto y supuestos; 5.2. El titular del derecho de reversión y la existencia de terceros adquirentes; 5.3. El procedimiento para ejercer la reversión. La restitución de la indemnización; 5.4. La imposibilidad legal de la reversión.—6. LA

OCUPACIÓN TEMPORAL.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA ACTIVIDAD EXPROPIATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN

1.1. Concepto de expropiación forzosa

1. La expropiación forzosa es una institución tradicional cuya finalidad es la **adquisición de bienes y derechos de los particulares por vía coactiva** por parte de las Administraciones públicas para la realización de las competencias sectoriales que tienen atribuidas. Piénsese por ejemplo en la expropiación de una finca para la construcción de una carretera. Aunque las expropiaciones más frecuentes se refieren a bienes inmuebles, y muchas de ellas traen causa de la ordenación urbanística de las ciudades, también pueden expropiarse otros bienes y derechos (por ejemplo, un cuadro, un libro histórico o las acciones de una sociedad mercantil). Dado que la expropiación de fincas es cuantitativamente la más frecuente, la legislación expropiatoria general implícitamente piensa en los inmuebles al regular el procedimiento y las garantías expropiatorias. En el mismo sentido, también está lección se refiere de forma preferente a las expropiaciones de fincas.

2. La expropiación está prevista en la Constitución (también en Derecho europeo —art. 17 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, CDFUE— y en el convenio de Roma —art. 1 del Protocolo adicional 1º—). El artículo 33.3 de la Constitución Española, CE, si bien no utiliza la expresión "expropiación forzosa", sí reconoce y legitima su existencia, al referirse a la posible privación de bienes y derechos por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización. La expropiación forzosa aparece así como un **concepto formal** en el artículo 33.3 CE. La intervención sobre la propiedad sólo puede considerarse expropiatoria sí reúne los requisitos formales allí establecidos (declaración de utilidad pública o interés social, procedimiento legalmente establecido e indemnización). Esta determinación ha constitucionalizado el concepto establecido por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF) y el Reglamento de desarrollo (REF), aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (crítico RODRIGUEZ DE SANTIAGO, 2008:180), donde se concibe a la expropiación como la **privación imperativa de bienes y derechos de los particulares**, en cuanto concepto formal articulado sobre la afectación singular a un círculo determinado o determinable de afectados (a partir del trabajo clásico de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984: 67).

3. El concepto formal de expropiación forzosa permite diferenciarla de otra institución muy próxima y consagrada en el artículo 106.2 CE, como es la **responsabilidad patrimonial** de la Administración por los daños y perjuicios causados en su actuación (*infra.* § 32.4). Mediante la responsabilidad patrimonial, la Administración indemniza a los particulares por los daños y perjuicios causado en su actuación, no les priva de un bien o derecho mediante un procedimiento específico (el de expropiación forzosa). Mientras que la responsabilidad patrimonial simplemente atiende a un posible **resultado da-**

ñoso, la expropiación forzosa es una decisión procedimentalizada de la Administración, por la que en determinadas circunstancias (utilidad pública o interés social), mediante un concreto procedimiento regulado por la ley, y mediando un justiprecio, puede adquirir coactivamente o privar a un particular de un bien o derecho. Conforme a la actual regulación de la responsabilidad patrimonial pública (arts. 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP), cuando la Administración expropia formalmente un bien o derecho, siguiendo el procedimiento específico regulado en la LEF, obviamente causa un daño o perjuicio al expropiado, y ese daño ha de ser indemnizado. Pero no está incurriendo en responsabilidad patrimonial, pues la expropiación es precisamente uno de los supuestos en los que existe lo que el artículo 32.1 LRJSP considera como "daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley".

4. Conforme a la doctrina constitucional, por todas STC 116/2019, FJ 3, la funcionalidad de la expropiación en nuestro sistema es doble. De una parte, se configura como una **técnica (potestad, competencia) ordinaria** que las Administraciones pueden utilizar para la consecución de los intereses públicos. De otra parte se articula como una **garantía constitucional del derecho de propiedad privada**, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial. El papel del **principio de proporcionalidad** en la protección del derecho propiedad podría pensarse que requeriría el intento de adquisición de la propiedad a través de negocios jurídico–privados, optando por la expropiación solo si la adquisición voluntaria no resulta factible. No obstante, salvo que la concreta norma legal que regula la utilización de la expropiación forzosa imponga ese intento de adquisición voluntaria, la falta de tal intento no tiene trascendencia invalidatoria alguna.

5. Junto a la figura de la expropiación ejecutada por la Administración con base en la ley, la misma puede efectuarse directamente por una ley (no existe aquí una reserva de Administración), como ocurre, p.e., con la **expropiación legislativa** realizada para la adquisición coactiva de un inmueble destinado a la ampliación del parlamento autonómico por la Ley canaria 2/1992. La doctrina constitucional (STC 45/2018, FJ 4) configura como expropiación legislativa a "la privación singular de un derecho subjetivo de contenido patrimonial, la substracción o ablación de un derecho impuesta a un solo sujeto, que aparece nominalmente identificado, que se extiende a toda clase de derechos e intereses patrimoniales, y cubre los derechos reconocidos a través de acciones de protección social" realizada directamente por una norma con rango de ley. Tratándose de una ley, el único control jurisdiccional posible corresponde al Tribunal Constitucional. Para este posible control, el canon de constitucionalidad de estas leyes expropiatorias singulares está conformado por un doble nivel. En primer lugar, el canon de constitucionalidad exigido a toda ley singular. La ley expropiatoria singular debe respetar el principio de igualdad, que demanda que la ley singular responda a una **situación excepcional** igualmente singular (canon de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación). Además, debe respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que una ley singular puede impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los tribunales de la jurisdicción contencioso–administrativa. En segundo lugar, y dado su concreto objeto, la ley singular expropiatoria debe respetar las **garantías del artículo 33.3 CE**, fundamentalmente la exigencia de una *causa expropiandi*. Esto es, requieren una específica finalidad de utilidad pública o interés social. Obviamente, también deben garantizar la indemnización correspondiente. En cuanto a la garantía del procedimiento, también mencionada en el artículo 33.3 CE, la propia singularidad del supuesto de hecho que legitima

la expropiación legislativa autoriza al legislador para introducir en el procedimiento general las modificaciones que exija dicha singularidad excepcional, siempre que se inserten como especialidades razonables que no dispensan de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general.

6. La dificultad de compatibilizar la ley singular con el **derecho a la tutela judicial efectiva** (art. 24 CE) es evidente, pues tratándose de una ley, el particular afectado no puede impugnarla ante la jurisdicción contencioso–administrativa; sólo el Tribunal Constitucional puede enjuiciar las leyes, siendo así que los particulares carecen de legitimación para impugnar las leyes ante el Tribunal Constitucional. Conforme a la STEDH de 23 de junio de 1993 (ECLI:CE:ECHR:1993:0623JUD001295287) —Asunto Ruiz Mateos vs España—, debe articularse un trámite de audiencia ante el TC cuando los recurrentes institucionales legitimados hayan cuestionado la ley ante el Tribunal Constitucional (por ejemplo, mediante la cuestión de inconstitucionalidad que puede elevar los jueces y tribunales ante el Tribunal Constitucional) y los afectados así lo soliciten —a pesar de no estar contemplado en la LOTC, no siendo una práctica seguida por el TC—. Según la STC 48/2005, FJ 6, un acto legislativo expropiatorio sólo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una **tutela materialmente equivalente** a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un juez de lo contencioso. Ello supone que el control del TC sobre las leyes expropiatorias singulares se proyecta sobre la idoneidad de los bienes a expropiar para la consecuencia del fin legítimamente perseguido y sobre si la naturaleza misma de esos bienes, su identidad, diversidad o localización convierten en imposible, por insuficiente, el recurso a la expropiación administrativa.

7. En ocasiones no es fácil determinar cuándo una ley ha expropiado un bien o derecho (que es lo que regula el artículo 33.3 CE y que ya hemos visto que exige indemnización) y cuándo una ley ha **configurado legítimamente un derecho patrimonial conforme a su función social** (a lo que se refiere el art. 33.2 CE), y que no requiere indemnización. En los años ochenta del siglo xx, diversas leyes sobre bienes de dominio público natural (como las aguas y las costas) impusieron diversos deberes y límites a los derechos patrimoniales sobre esos bienes naturales o sobre fincas colindantes con ellos. En términos generales, el Tribunal Constitucional consideró que aquellos límites y deberes legales no eran una privación de bienes particulares, sino la configuración legal de concretos derechos patrimoniales sobre ciertos bienes en los que el interés social está presente de una forma especialmente intensa (STC 227/1988, sobre la Ley de Aguas de 1985, y STC 149/1991, sobre la Ley de Costas de 1988).

8. En esta línea, diversos tratados internacionales, fundamentalmente en materia de inversiones internacionales, incorporan la protección del inversor extranjero frente tanto a la figura de la expropiación formalizada (administrativa o legislativa) como frente a la figura denominada por el Derecho administrativo global como **"expropiación indirecta".** Se trata de medidas legislativas que, no privando de su propiedad a los inversores, tienen efectos equivalentes a la misma al afectar negativamente a las legítimas expectativas de los inversores extranjeros que ven modificado el régimen normativo existente en el momento inicial de la inversión y que reduce los beneficios esperados. El principio del trato justo y equitativo plasmado en los diversos tratados requiere que el Estado anfitrión actúe con la debida transparencia, proporcionalidad y no discriminación en sus decisiones gubernamentales, absteniéndose de frustrar las legítimas expectativas de los inversionistas, generadas a partir de su propia actuación. El fundamento de la figura de la "expropiación indirecta" es por tanto la confianza legítima. En caso contrario, debe indemnizar a ese inversor extranjero por la afección al valor de la inversión realizada, siendo determinada tanto la existencia de la expropiación indirecta como la cuantía indemnizatoria por el órgano arbitral determinado por el correspondiente tratado internacional. Ello ha ocurrido, p.e, ante la modificación del régimen de beneficios y exenciones otorgadas a la producción de energía renovable en el periodo 2010-2013, cuya reducción ha motivado múltiples laudos arbitrales del Ciadi (Banco Mundial) desfavorables a España en los términos previstos por los artículos 10 y 13 del Tratado de la Carta de la Energía.

9. Gráficamente, el desarrollo de un procedimiento expropiatorio puede describirse como una sucesión de diferentes elementos (o "piezas separadas") que integran

un procedimiento complejo. Se requiere en primer lugar, la declaración de la utilidad pública o el interés social de una actividad (p.e., construcción de carreteras, reforma agraria, desarrollo de telecomunicaciones). Tras ello se requiere declarar la necesidad de ocupación de los bienes o derechos concretos necesarios para desarrollar esa actividad (identificando las concretas parcelas que se van a expropiar); deben valorarse los bienes o derechos (pieza separada de justiprecio), así como procederse a su pago y ocupación. El orden en que se desarrollan esas fases varía en función de que se trate del denominado procedimiento ordinario o el procedimiento urgente de expropiación (*infra* § 26.26 y ss.).

1.2. Distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas

10. Conforme al artículo 149.1.18 CE la competencia primaria para regular el instituto expropiatorio corresponde al legislador estatal, con el fin de garantizar la existencia de una **regulación general** de la institución expropiatoria en todo el territorio del Estado. Esta no es una «simple» competencia básica susceptible de desarrollo por las comunidades autónomas (CHINCHILLA, 2009:134). La uniformidad requerida por la Constitución (art. 14 CE) supone la igual configuración y aplicación de las garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado. Garantías que se concretan en la existencia de un **único sistema de valoración del justiprecio** y de unas **garantías comunes en el procedimiento expropiatorio** (STC 14/2007, FJ 4). También puede el Estado fijar, en la legislación general o en una ley sectorial, normas de procedimiento con carácter mínimo o principial en ámbitos sectoriales de competencia autonómica en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales.

11. Eso ocurre, p.e., en el ámbito urbanístico con la previsión del art. 43.2 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) que permite el pago del justiprecio en especie (terrenos o aprovechamiento urbanístico) en la gestión de las actuaciones sobre el medio urbano sin que se requiera el consentimiento del propietario, cumpliendo unos determinados requisitos. Esta regulación constituye una especialidad respecto a la regulación general del procedimiento expropiatorio establecida en el art. 48 LEF, donde se exige el consentimiento del propietario para el pago en especie (STC 143/2017, FJ 18).

12. La **competencia autonómica** respecto del procedimiento expropiatorio se circunscribe a la regulación de las especialidades por razón de la materia (p.e., en el ámbito urbanístico se incorpora el procedimiento de tasación conjunta para valorar globalmente el conjunto de suelos expropiados) siempre que no alteren esa igualdad sustancial (STC 164/2001, FJ 38), así como a la dimensión organizativa en el desarrollo del procedimiento (STC 364/2006, FJ 2), respecto de la composición de los órganos autonómicos de valoración.

13. La definición de los **supuestos de utilidad pública o interés social** presenta un carácter meramente instrumental, vinculándose a la competencia sustantiva sobre el sector material de que se trate. En consecuencia, la declaración de utilidad pública o interés social corresponde al Estado o a la comunidad autónoma a través

de la correspondiente ley según quien sea el titular de la competencia sectorial material. Y aquí la competencia autonómica está limitada por la eficacia territorial del ejercicio de las competencias autonómicas (STC 158/2019, FJ. 7). No obstante, el Estado sí puede establecer la operatividad de la expropiación forzosa (afirmando la utilidad pública o el interés social), aunque no con carácter obligatorio en materias de competencia autonómica (p.e., en materia de urbanismo, art. 42 TRLSRU) bajo la cobertura del artículo 149.1.1 CE, con independencia del sector material en el que este se inserte (STC 54/2002, FJ. 3).

2. EL OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN. BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO JURÍDICO

14. La expropiación puede proyectarse sobre cualquier **bien o derecho de contenido patrimonial, ya se trate de un bien inmueble o de un bien mueble,** que no esté excluido legalmente del tráfico jurídico. No cabe, por tanto, la expropiación de bienes demaniales, como p.e, una calle o plaza de titularidad pública. Si se inicia tal procedimiento expropiatorio sobre bienes demaniales, el mismo será nulo de pleno derecho tanto por no seguir el procedimiento administrativo legalmente establecido (desafectación previa o mutación demanial), como por la incompetencia de la Administración expropiante para destinar el bien demanial a otro destino público (STS de 30 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3102).

3. LOS SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

3.1. La Administración expropiante

15. El artículo 33.3 CE, en relación con el artículo 53.1 CE, incorpora una **reserva de ley** en la determinación del sujeto jurídico–público que podrá ejercer la potestad expropiatoria. Con carácter general (art. 2.1 LEF) las **Administraciones territoriales o generales** (Administración General del Estado, Administraciones generales de las comunidades autónomas y entidades locales) podrán ejercer en el ámbito competencial otorgado por las leyes sectoriales la potestad expropiatoria. También la **Administración instrumental o especial** *(supra* § 8.26) puede tener la condición de administración expropiante (crítico GARCÍA DE ENTERRÍA, 1956: 46), pero sólo cuando la ley expresamente le otorgue tal competencia [p.e., el art. 30.2.j) del Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, TRLA, otorga la competencia expropiatoria a las Confederaciones Hidrográficas]. En caso contrario, la Administración instrumental sólo podrá tener la consideración de beneficiario de la expropiación (art. 89.2 LRJSP).

16. En la Administración estatal la representación del Estado en los expedientes expropiatorios corresponde al **delegado del gobierno** (art. 3.3 REF y 73.2 LRJSP) salvo que una norma atribuya expresamente la competencia a otro órgano distinto. Ello ocurre, p.e., con las facultades de incoación y tramitación de expedientes relacionados con los servicios de obras públicas, que corresponderán a los

ingenieros jefes de los servicios respectivos (art. 98 LEF). En el ámbito de las comunidades autónomas, las competencias se ejercerán por los órganos que cada estatuto de autonomía y las normas sectoriales determinen. En la Administración local, corresponde a los municipios, las provincias y las islas la potestad expropiatoria [art. 4.1.d) de la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local LBRL].

3.2. El beneficiario de la expropiación

17. En muchas ocasiones, la finalidad de relevancia pública que justifica el recurso a la expropiación no se lleva a cabo directamente por la Administración expropiante, sino por un tercero al que se denomina **beneficiario** de la expropiación y que como obligación principal asume el pago del justiprecio, obteniendo bien la propiedad bien el uso temporal de los bienes expropiados. La condición de beneficiario de la expropiación se atribuye (art. 2.2 LEF y 3.1 REF) por ley o con base en la ley (a través de una autorización resolutiva o una concesión contractual) al sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria.

18. La atribución de la condición de beneficiario se realiza directamente **por la ley** (por ejemplo, el art. 6.3 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario atribuye esa condición al administrador de infraestructuras ferroviarias); **o con base en la ley** al otorgarse una autorización de operador privado (p.e., conforme al art. 44.1 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones). También puede atribuirse mediante una concesión contractual (p.e. conforme al art. 183.3 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, se atribuye tal condición al agente urbanizador seleccionado en pública concurrencia).

19. El beneficiario se **subroga** en determinadas y limitadas facultades de la Administración expropiante. El beneficiario no es, en puridad, más que un "interesado cualificado" en el procedimiento expropiatorio (CHINCHILLA, 2018:46) **especial** *(supra* § 15.37). La responsabilidad de la tramitación y la competencia sobre el expediente expropiatorio sigue estando residenciada en la Administración expropiante.

20. En el procedimiento expropiatorio la Administración expropiante ejerce una **tutela material** sobre la actuación del beneficiario. Consecuentemente, la Administración expropiante puede incidir sobre la concreción de los bienes y derechos afectados, tanto en el momento inicial de la aprobación de los correspondientes proyectos como en un momento posterior, sea en el momento de la concreción de la superficie en el acta de ocupación sea ante la solicitud de exclusión de bienes realizada por el sujeto expropiado. La Administración expropiante también se reserva la facultad de decidir ejecutoriamente sobre la procedencia y extensión de las facultades y obligaciones del beneficiario. Para el Tribunal Supremo, el vínculo que surge entre la Administración y el beneficiario no extiende sus efectos frente al sujeto expropiado (STS de 19 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:538).

21. Las Administraciones territoriales, y sus entes instrumentales, pueden ser también beneficiarias de la expropiación tramitada por otra Administración territorial, determinándose por ley o mediante un convenio de colaboración *(supra* § 13.46).

3.3. El sujeto expropiado

22. La Administración expropiante (y el beneficiario) debe verificar las actuaciones expropiatorias con el **titular del bien o derecho expropiado.** A tal efecto, considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad (Registro de la Propiedad), que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales (Catastro). Sólo en ausencia de ambas situaciones, podrá considerarse titular al que lo sea pública y notoriamente (art. 3 LEF).

23. Si la Administración expropiante o el beneficiario obvian la información de las titularidades proclamada por el Registro de la Propiedad y acuden directamente al Catastro, se presume **indefensión** del expropiado y la consecuencia será la nulidad del expediente expropiatorio (STS de 19 de septiembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3681).

24. Producida la transmisión jurídico–privada del bien expropiado antes de la conclusión de la tramitación del procedimiento expropiatorio o de cualesquiera otros derechos o intereses, deberá continuarse el expediente expropiatorio con el nuevo titular, que se considerará **subrogado** en las obligaciones y derechos del anterior (art. 7 LEF). La Administración expropiante sólo está obligada a tomar en consideración las transmisiones judiciales, las *inter vivos* que consten en documento público y las *mortis causa* respecto de los herederos o legatarios (art. 7 REF).

25. Si no consta identificado propietario alguno, las actuaciones se seguirán con el **Ministerio Fiscal**. Si se presentan ante la Administración títulos contradictorios, la finca tendrá la condición de **litigiosa**, entendiéndose las actuaciones con todos ellos (STS de 6 de febrero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:480). En ambos casos, se consignará en la Caja General de Depósitos el importe del justiprecio hasta que se determine en la vía civil la titularidad correspondiente (art. 5 LEF).

26. Respecto de los titulares de **derechos reales y derechos arrendaticios** que existan sobre el bien expropiado, su participación en el expediente expropiatorio requiere la solicitud del interesado y la acreditación ante la Administración de la existencia y titularidad de tal derecho (art. 4 LEF). Sólo se iniciará una pieza separada de justiprecio para el titular del derecho arrendaticio. El resto de titulares de derechos reales se integrarán en la pieza separada de justiprecio del propietario, obteniendo su indemnización del justiprecio fijado para aquel.

4. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

27. La LEF articula dos modalidades del procedimiento expropiatorio. Una, configurada aparentemente como la modalidad **ordinaria**, donde se identifican los bienes, se valoran y posteriormente se pagan y ocupan. La otra es la expropiación **urgente**, formalmente calificada como extraordinaria pero que en la práctica se ha convertido en la utilizada habitualmente, donde se identifican los bienes, se ocupan, y posteriormente se determina y abona su valor. Por razones explicativas se expone en

primer lugar la modalidad ordinaria y a continuación se señalan las modulaciones del procedimiento urgente. Además, la LEF incorpora diversas especialidades o modulaciones en función del objeto expropiado (cuando afecta a zonas o grupos de bienes, arts. 59 a 70 LEF; cuando afecta a bienes de valor histórico o artístico, arts. 76 a 84 LEF; o cuando dé lugar al traslado de poblaciones, arts. 86 a 96 LEF).

4.1. El presupuesto previo. La declaración de utilidad pública o interés social

28. El artículo 33.3 CE incorpora una **reserva de ley**, estatal o autonómica en función del ámbito competencial al que sirva instrumentalmente la expropiación, para la identificación de la causa de utilidad pública o interés social que justifica la expropiación (denominada en la doctrina y la jurisprudencia como causa expropiandi). Conforme a la STC 166/1986, FJ 13, la concepción constitucional de la *causa expropiandi* incluye tanto a las expropiaciones forzosas en que el fin predetermina el destino de los bienes y derechos, como aquellas otras en que el fin admite varios posibles destinos.

29. La declaración de utilidad pública o interés social puede tener distintas formulaciones: **genérica, implícita y específica o singular** (GALLEGO, 1993:10). La ley puede contener una **declaración genérica** de utilidad pública para una categoría o grupo de bienes. Su reconocimiento para cada caso concreto deberá hacerse entonces por **acuerdo** (acto administrativo) del órgano competente, salvo que, para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones, las leyes que las regulan hubieran dispuesto otra cosa (art. 10 LEF).

30. Así, p.e., la Ley gallega 1/2019 de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (arts. 24 y 32) declara el interés social de la expropiación como reacción ante el incumplimiento del deber de conservar las edificaciones y evitar su situación de ruina. El reconocimiento concreto del interés social se establece respecto de cada inmueble por el acuerdo del pleno del ayuntamiento que, tras un procedimiento contradictorio, declare el incumplimiento del deber de conservación y fije la expropiación como medio de ejecución.

31. En segundo lugar, la ley puede considerar que la declaración de utilidad pública o interés social está implícita en un concreto acto o decisión administrativa. Así, el artículo 10 LEF incorpora una **declaración implícita** de utilidad pública para todos los planes de obras y servicios del Estado, comunidad autónoma, provincia y municipio (art. 10 LEF). Se trata, en rigor de un supuesto de declaración genérica, si bien no requiere posterior reconocimiento para cada caso concreto, en virtud de lo dispuesto directamente por la LEF. Este mismo esquema se adopta por otras leyes sectoriales que atribuyen esta declaración implícita a la aprobación de instrumentos de planeamiento, planificación y construcción de infraestructuras públicas, o al otorgamiento de concesiones.

32. Así, en materia de **urbanismo** (art. 42.2 TRLSRU) se precisa que la aprobación de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten para su ejecución y esta deba producirse por expropiación.

Determinación que es reiterada por la legislación urbanística autonómica. P.e., la Ley balear 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo (art. 132.3). La práctica legislativa ha puesto de relieve como, de hecho, la declaración de utilidad pública implícita es la formulación habitual, lo que unido a que en muchas de ellas se prevé además el carácter implícito de la necesidad de ocupación y la urgencia de la misma (§ *infra.* 26.56), permite cuestionarse si ello respeta las necesarias garantías de defensa del sujeto expropiado (FUERTES, 2012: 161). No es ya directamente la ley la que justifica la expropiación, sino que es la Administración a través de la aprobación del plan quien determina la prevalencia de la obra o infraestructura (pública o privada) sobre el derecho de propiedad privada, sin que quede garantizado una adecuada ponderación de los costes causados y la utilidad obtenida. A ello deben unirse las dificultades que el propietario tiene para cuestionar tal necesidad de ocupación (§ *infra.* 26.65).

33. Finalmente, cabe que la ley establezca una **declaración especifica** de la utilidad pública para un caso concreto (art. 11 LEF). Aquí se produce una declaración concreta de la *causa expropiandi*, pero con sujeción a las garantías y al procedimiento expropiatorio general.

34. Así, p.e., la Ley andaluza 11/1998 (art. 13) declara la utilidad pública e interés social, a los efectos de expropiación forzosa, de los bienes y derechos necesarios, la realización de las actuaciones precisas para recuperar el equilibrio ecológico y los recursos naturales de la zona afectada por la rotura de la balsa de decantación de residuos de la mina ubicada en el término municipal de Aznalcóllar (Sevilla).

4.2. El procedimiento ordinario (I). La concreción de los bienes que deben expropiarse. La declaración de necesidad de ocupación

4.2.1. El procedimiento de determinación de la necesidad de ocupación

35. La primera fase del expediente expropiatorio se dirige a concretar los bienes que serán objeto de la expropiación. El artículo 33.3 CE (STC 166/1986, FJ 13) impone una **estricta vinculación** entre la *causa expropiandi* y el objeto expropiado, pudiendo expropiarse solo aquellos bienes que resulten indispensables y que se concretan (art. 15 LEF), a través del acuerdo de necesidad de ocupación. Este acuerdo se entiende **implícito** en la aprobación de los proyectos de obras y servicios, e instrumentos de planeamiento, que comprendan una descripción detallada de los bienes o derechos de necesaria expropiación (art. 17.2 LEF). Si no incorporan tal descripción detallada, es necesaria dicha identificación, mediante la adopción posterior del acuerdo de necesidad de ocupación. En otro caso, debe adoptarse de forma **explícita** mediante el correspondiente procedimiento, donde se requiere que el beneficiario (o la propia Administración expropiante si no existe aquella figura) elabore "una relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación" (art. 17.1 LEF). Tal relación se somete a información pública, y se notifica individualmente a los propietarios afectados. En ese trámite se puede alegar tanto sobre la concreta superficie afectada y la identificación de los bienes y derechos, como sobre la no necesidad de expropiación de los bienes, aportando la justificación correspondiente. La falta de notificación personal determina la nulidad del acuerdo de ocupación (STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2023, ECLI:ES:TSJCLM:2023:2906).

4.2.2. Expropiación parcial y solicitud de expropiación total

36. Si la expropiación se proyecta sólo sobre una parte de una finca, el sujeto expropiado puede solicitar a la Administración expropiante o al beneficiario la expropiación total cuando la conservación o explotación del resto resulte **antieconómica** para aquél. La Administración puede decidir libremente si extiende la expropiación a la totalidad de la finca (art. 23 LEF), abonando el valor correspondiente a la totalidad de la finca. La Administración no está obligada a ampliar la expropiación ya que esos otros bienes no resultan necesarios. Pero ante la negativa de la Administración a proceder a la expropiación total, por resultar antieconómica la conservación de parte de la finca no expropiada, el particular tiene derecho a una indemnización por tal perjuicio (art. 46 LEF) (*infra* § 26.43).

4.3. El procedimiento ordinario (II). La determinación del justiprecio

4.3.1. Modalidades de determinación del justiprecio

37. La LEF (art. 24) posibilita que entre la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario si éste existe y el sujeto expropiado, se acuerde el justiprecio a través de un **convenio expropiatorio**. A través del mismo se fija el valor del bien expropiado y, en su caso, se establecen estipulaciones sobre el pago (o cualquier otra cláusula), poniendo fin al procedimiento simple de determinación del justiprecio, sustituyendo a la resolución que fija el valor del bien, en cuyo caso debe ser completado con la correspondiente acta de pago y ocupación. Pero dicho convenio también puede hacer innecesarias las actuaciones materiales que posibilitan la transferencia de la titularidad del bien o derecho (CHINCHILLA, 2009: 79). Se configura, así como una modalidad de terminación convencional del procedimiento del art. 86 LPAC *(supra* § 15.82)

38. Rechazado el mutuo acuerdo sobre la valoración del bien, debe procederse a la determinación contradictoria del justiprecio. Para ello, la Administración expropiante requerirá al sujeto expropiado que presente una valoración motivada —en un documento denominado **hoja de aprecio**— por referencia a los criterios legales de valoración (art. 29 LEF). Si la Administración expropiante, o el beneficiario en su caso, consideran adecuado el valor solicitado por el sujeto expropiado lo aceptará, entendiéndose fijado en tal momento de forma definitiva el justiprecio del bien (art. 30.1 LEF). Si considera tal valor incorrecto, lo rechazará, formulando a su vez la correspondiente hoja de aprecio (si existe la figura del beneficiario corresponde exclusivamente a este formular la hoja de aprecio), que podrá ser o no aceptada por el sujeto expropiado (art. 30.2 LEF). Si es rechazada, las actuaciones se elevan al **jurado provincial de expropiación forzosa o órgano autonómico de valoración** para que, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración, decida ejecutoriamente sobre el justo precio que corresponda a los

bienes o derechos objeto de la expropiación (art. 34 LEF). La competencia corresponde al órgano autonómico de valoración si la comunidad autónoma lo ha creado y ella o los entes locales son la Administración expropiante. Si no lo ha creado o la administración expropiante es la Administración estatal la competencia corresponde a cada jurado provincial de expropiación forzosa.

39. Las hojas de aprecio del sujeto expropiado y de la Administración o del beneficiario se configuran como simples «declaraciones de voluntad mediante las cuales las partes fijan de modo concreto el precio que estiman justo» (STS de 21 de abril de 2009, ECLI:ES:TS:2009:2959). Las mismas tienen un **carácter vinculante** para las partes (arts. 29 y 34 LEF) por lo que el valor total allí fijado no puede ser modificado a lo largo de la tramitación de la fase de justiprecio o en el posterior recurso contencioso–administrativo.

40. En el procedimiento de **tasación conjunta** regulado por las leyes autonómicas en materia de urbanismo, la Administración expropiante o el beneficiario han de elaborar una hoja de aprecio global para todos los bienes y una individual para cada uno de ellos que, además de ser sometidas a información pública con el resto de la documentación, tienen que ser notificada individualmente al titular del bien. Frente a la misma cabrá formular las alegaciones correspondientes que podrán consistir entre otros extremos en la realización de una nueva valoración del bien (es decir, formulando el propietario su hoja de aprecio). Tras ello, la Administración adopta una resolución que pone fin al procedimiento de tasación conjunta aprobándolo y, por tanto fijando el valor que corresponde al bien o derecho. Dicha resolución deviene eficaz tras su notificación, autorizando la ocupación del bien, surtiendo el pago o depósito del importe de la valoración establecida los efectos previstos en el artículo 52 LEF, con independencia del posible recurso al jurado provincial de expropiación u órgano autonómico de valoración. En el procedimiento de tasación conjunta, el silencio del sujeto expropiado frente a la hoja de aprecio de la Administración expropiante o del beneficiario determina la firmeza de éste.

41. El jurado provincial de expropiación forzosa o el órgano autonómico de valoración no puede ser configurado como un órgano de naturaleza arbitral, puesto que su decisión no tiene fuerza de cosa juzgada ni el acceso a dicho órgano es voluntario (como alternativa a los medios «ordinarios» de impugnación) para el sujeto expropiado. Por el contrario, ambos se articulan como **órganos administrativos descentralizados** que actúan con independencia funcional (jerarquía debilitada) respecto de la Administración en la que se integran (CHINCHILLA, 2009: 110).

42. En cuanto a la composición de estos órganos de valoración, los jurados provinciales de expropiación forzosa integran una representación que se califica doctrinalmente de equilibrada entre funcionarios de la Administración y profesionales libres (como señala FERNÁNDEZ, 2000: 96 al afirmar que su composición es "paritaria"). Por su parte, los órganos autonómicos de valoración presentan dos tipos: aquel que, en líneas generales, sigue la composición «paritaria» regulada en la LEF (p.e., País Vasco), y aquel otro que otorga un predominio, más o menos significativo, a los funcionarios de la Administración expropiante (p.e., Canarias, Madrid o Castilla–La Mancha, o Cataluña). El predominio de funcionarios de la Administración expropiante y la inexistencia o minoría de los "representantes" de los intereses de los propietarios ha conducido a un sector doctrinal (FERNANDEZ, 2000:105) a cuestionar su independencia y la imparcialidad de sus decisiones. Frente a ello puede oponerse que la independencia y neutralidad de todos estos órganos no encuentra su fundamento en la paridad o no de su composición, puesto que en modo alguno representan en su seno los intereses del propietario los miembros no designados por la Administración. Por el contrario, la imparcialidad y objetividad debe encontrarse exclusivamente en la adopción de una decisión con pleno sometimiento a la ley y con aplicación estricta de los criterios legales de valoración. El régimen de garantías del particular sujeto a un procedimiento

expropiatorio se materializa, de forma suficiente, en el doble eje de la garantía del procedimiento y de las reglas de valoración del justiprecio fijadas por el legislador estatal (STC 364/2006, FJ 2).

4.3.2. Los criterios de valoración. La indemnización por demérito

43. La valoración de los bienes expropiados debe remitirse al **momento** de iniciación del expediente de justiprecio individualizado o de exposición al público del proyecto de expropiación si se sigue el procedimiento de tasación conjunta [arts. 36.1 LEF y 34.2.b) TRLSRU]. En la determinación del valor de los bienes no pueden tomarse en cuenta las plusvalías que se generen por la ejecución de la expropiación. Tampoco pueden tomarse en cuenta las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación, salvo que sean indispensables para la conservación de los bienes (art. 36 LEF).

44. Cuando la expropiación no se proyecta sobre la totalidad de una finca, si no se acuerda la expropiación total de la finca, deberá otorgarse una indemnización por los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial de la finca (art. 46 LEF). Pero esa indemnización sólo resulta procedente si el resto no expropiado de la finca deviene **antieconómico** por ser insusceptible de cualquier tipo de aprovechamiento o rendimiento económico y ello como consecuencia de esa expropiación parcial (STS de 23 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1583). Por tanto, de la división de la finca no nace automáticamente ningún derecho a la indemnización, siendo precisa la prueba del perjuicio producido. Si la parte del terreno no expropiado no deviene antieconómica, pero el rendimiento económico de su explotación se ve disminuido, también tiene que ser compensado mediante la indemnización proporcionada al perjuicio real producido (STS de 1 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:685).

45. La Constitución no garantiza en todo caso el **valor de mercado** como valor indemnizatorio (STC 218/2015, FJ 3). Con carácter general, la indemnización debe corresponderse con el valor real del bien o derecho, si bien el legislador estatal puede establecer criterios de valoración que no respondan a ese valor de mercado, siempre y cuando guarden un "**proporcional equilibrio" con el valor económico** del bien expropiado y no resulten manifiestamente carentes de base razonable» o sean «confiscatorios» (margen de apreciación para establecer distintos métodos de valoración, en la medida en que el mercado está sujeto a tensiones especulativas que el legislador debe tender a evitar por mandato constitucional). Desde la perspectiva constitucional (STC 166/1986, FJ 13), **no se requiere que la indemnización haya de ser previa a la ocupación del bien** (que supone la extinción de la titularidad privada), siendo constitucionalmente admisible que el pago se efectúe con posterioridad a la ocupación de los bienes y derechos (*infra* § 26.56).

46. Los criterios de valoración, cuando el objeto expropiado sea **un terreno o las instalaciones**, **construcciones, edificaciones** y los derechos constituidos sobre tal terreno, se establecen en el TRLSRU. De forma sintética (CHINCHILLA, 2023), el suelo se valora conforme a la **situación básica** en que se encuentre. Así, el suelo en situación básica rural se valora conforme a la renta real o potencial de la explotación agrícola del terreno (art. 36 TRLSRU), incrementada en su caso con un porcentaje que atienda al factor de localización (posibles expectativas urbanísticas). También se valora en ese caso la privación de la facultad de urbanizar (arts. 38 y 39 TRLSRU). El suelo en situación básica de urbanizado se valora conforme al aprovechamiento que tenga atribuido (art. 37 TRLSRU), en su caso a través del mé-

todo residual. Las edificaciones y construcciones se valoran conforme a su coste de reposición (art. 35.3 TRLSRU). A su vez, las concesiones administrativas y los derechos reales sobre inmuebles que deban ser extinguidos por la expropiación se valoran conforme a las normas fiscales (art. 35.4 TRLSRU). El principio de libertad estimativa, artículo 43 LEF, no se aplica a la expropiación de suelos o edificaciones.

47. La cifra fijada como justiprecio se incrementa (art. 47 LEF) en un 5 por 100 adicional en concepto de "premio de afección" (que compensa el valor afectivo del bien expropiado) y que se calculará exclusivamente sobre el importe final de los bienes o derechos expropiables, sin que proceda su abono sobre las indemnizaciones complementarias (STS de 26 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4407).

4.3.3. La caducidad del justiprecio por el transcurso del tiempo. La figura de la retasación

48. Una vez determinado el justiprecio por el jurado provincial o el órgano autonómico de valoración (arts. 35.3 y 58 LEF), si éste no es abonado en un plazo de cuatro años el sujeto expropiado o sus causahabientes pueden instar una **nueva valoración** del bien. La **retasación** se configura así como el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación, por el mero transcurso de cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne. La retasación tiene como *dies a quo* la fecha del acuerdo del órgano de valoración fijando el justiprecio, no interrumpiéndose por la interposición de recursos jurisdiccionales, sino únicamente por el pago o consignación del justiprecio fijado dentro del plazo fijado de cuatro años (STS de 20 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4220).

49. La aceptación del pago con posterioridad al plazo de cuatro años sin que previamente se haya solicitado la retasación, o sin que conste una reserva de acciones en el acta de pago, tiene efectos liberatorios resultando entonces improcedente la retasación [STS de 15 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4139)].

50. La **retasación** implica la realización de una nueva valoración que determina un nuevo justiprecio. No es una mera actualización del justiprecio originario. La nueva valoración toma en cuenta los rasgos jurídicos que presenta el bien en el momento de la solicitud de retasación (como el aprovechamiento y la clasificación urbanística de fincas, que pueden haber variado desde la fijación del justiprecio inicial), así como las características físicas originarias del bien expropiado (tamaño… etc.). Los cambios físicos producidos en un terreno como consecuencia de la ejecución de la obra que legitima la expropiación no pueden ser tomados en cuenta (art. 36 LEF), al quedar excluidas del nuevo justiprecio las plusvalías o minusvalías que sean consecuencia directa del proyecto de obras que da lugar a la expropiación (STS de 27 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2017:1716). Consecuentemente, se trata de un **nuevo expediente de justiprecio** referido a los mismos bienes o derechos con el único matiz del momento o tiempo al que la nueva valoración ha de contraerse, que será el día en que la retasación se solicite. Esta configuración de la retasación determina que la normativa de valoración que debe aplicarse es la que se encuentre vigente en

el momento de la solicitud (STS de 27 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2017:1716), siendo indiferente la normativa de valoración aplicada en la determinación del justiprecio haya sido otra distinta.

51. En la determinación del nuevo valor en retasación, el jurado provincial o el órgano autonómico de valoración (y en caso de impugnación la jurisdicción contencioso–administrativa), **no puede fijar un valor inferior** al valor del justiprecio inicial, más los intereses devengados por esa cantidad hasta el momento de solicitud de la retasación (STS de 27 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2017:1716). Se establece así una prohibición de *reformatio in peius*, actuando el justiprecio inicial como límite inferior de la nueva valoración (STS de 4 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4368).

4.4. El desistimiento de la expropiación

52. Una vez iniciado el procedimiento expropiatorio y antes de verificarse la ocupación de los terrenos la Administración, o el beneficiario, pueden apreciar que la totalidad o parte de los mismos **no resultan necesarios**, desistiendo de la expropiación *(supra.* § 15.83). Ello puede realizarse hasta el momento en que se haya fijado el justiprecio del bien. A partir de ese momento se impone a la Administración o al beneficiario la obligación de tener que consumar la expropiación, sin posibilidad de poder renunciar a la expropiación ya iniciada (STS de 17 de julio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2967).

4.5. El procedimiento ordinario (III). El pago y la ocupación del bien

4.5.1. Pago y consignación

53. La cantidad fijada como justiprecio deberá **abonarse** al sujeto expropiado, por el beneficiario o por la Administración expropiante si aquél no existe, en el plazo de seis meses (art. 48 LEF). El pago estará exento de toda clase de gastos, impuestos o gravámenes (art 49 LEF). Si el expropiado rehúsa recibir el pago o existe litigio pendiente, la Administración deberá proceder a su consignación (art. 50 LEF y art. 51 REF). La **consignación** se efectuará "en metálico y en concepto de depósito necesario, sin interés, a disposición del expropiado" en la Caja General de Depósitos, a disposición del órgano jurisdiccional. Se contemplan así dos supuestos distintos (STS de 20 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4220): (i) que, sin existir litigio, el propietario expropiado rehúse el pago, en cuyo caso para que la Administración expropiante o la beneficiaria queden liberadas de su obligación de pago, es imprescindible que haga el ofrecimiento de pago, y, rehusado este, se proceda a consignar el justiprecio a disposición del expropiado; (ii) que exista litigio en relación con el importe del justiprecio. En este supuesto el expropiado tiene derecho de recibir ese

límite mínimo del justiprecio (parte del justiprecio plenamente ejecutiva al margen de su impugnación jurisdiccional), debiendo consignarse la cantidad restante.

54. El pago o la consignación, en el procedimiento expropiatorio ordinario, posibilita que la Administración expropiante o el beneficiario, procedan a la **ocupación del bien expropiado**. El acta de ocupación, en la que se detallan material y jurídicamente los bienes y derechos a expropiar, se extiende a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo. Ese acta es **título suficiente** para inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión del dominio, cancelándose las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectado el bien o derecho expropiado y que resulten incompatibles con la expropiación. El acta de ocupación, acompañada del justificante de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósito surtirá los mismos efectos (arts. 51 LEF y 55 REF).

4.5.2. Intereses de demora

55. Transcurridos 6 meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin que se hubiese fijado el justiprecio (arts. 56 LEF y 71 REF) la cantidad en que se fije el mismo deberá implementarse con una cantidad adicional cuya cuantía vendrá determinada por la aplicación del **interés legal del dinero** proyectado sobre el justiprecio por el plazo en que se supere esos 6 meses. A su vez, la cantidad que se fije definitivamente como justo precio devengará el interés legal correspondiente a favor del expropiado, hasta que se proceda a su pago y desde el momento en que hayan transcurrido seis meses desde su fijación por el jurado provincial de expropiación o el órgano autonómico de valoración. Los intereses de demora en la fijación y el pago del justiprecio se devengan *ope legis*, de tal forma que la obligación de pagar intereses de demora viene impuesta por la ley. La acción para reclamar los intereses de demora queda sometida **al plazo de prescripción** de cuatro años (art. 25 LGP). Mientras los intereses no sean íntegramente pagados, tratándose de una obligación impuesta por ministerio de la ley, el expropiado siempre podrá instar, dentro de los plazos de prescripción, las oportunas acciones para pedir ante la Administración o los tribunales el debido cumplimiento de la obligación (STS de 11 de octubre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:7807).

4.6. El procedimiento urgente

4.6.1. La declaración de urgencia

56. En el esquema inicial de la LEF se incorpora, con carácter excepcional (art. 52 LEF), la figura de la expropiación urgente. La especialidad de este procedimiento reside en que se altera la regla general del previo pago a la ocupación. Conforme a la doctrina constitucional (STC 166/1986, FJ 13) debe considerarse este

procedimiento ajustado al art. 33. 3 CE, ya que el mismo **no exige el previo pago** de la indemnización.

57. La práctica legislativa ha puesto de relieve como el procedimiento urgente se ha convertido, de hecho, en el procedimiento expropiatorio habitual al incorporarse en la mayoría de leyes el carácter urgente de la misma, lo que unido a la incorporación simultánea del carácter implícito de la necesidad de ocupación en la aprobación de planes o proyectos, permiten cuestionarse si ello respeta las necesarias garantías de defensa del sujeto expropiado (FUERTES, 2012: 161).

58. La declaración de **urgencia** puede establecerse **directamente en una norma legal sectorial** o posibilitar que sea incorporada en **la aprobación de un concreto proyecto de obras**.

59. P.ej., el art. 118.10 de la Ley gallega 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia, determina en el ámbito urbanístico que en la tramitación del sistema de expropiación a través del procedimiento de tasación conjunta, «el acuerdo de aprobación definitiva del expediente de tasación conjunta implicará la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados».

60. Pero también puede ser acordada de forma **individualizada** por el órgano administrativo competente. La naturaleza jurídica de tal declaración es la de acto administrativo, con un único destinatario o una pluralidad determinada de destinatarios (STS de 11 de mayo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1979). En este supuesto, con carácter general la declaración de urgencia en la ocupación corresponde al Consejo de Ministros o al consejo de gobierno de la comunidad autónoma en función de la competencia material, e implica que se entienda cumplido el trámite de declaración de necesidad de ocupación de los bienes que hayan de ser expropiados, según el proyecto y replanteo aprobados y los reformados posteriormente y dará derecho a su ocupación inmediata, en el plazo de quince días (art. 52 LEF). En principio, las entidades locales no pueden formular esta declaración de urgencia, debiendo solicitarla al Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma, salvo que por ley autonómica se haya trasladado esta competencia a las entidades locales. Ello ocurre, p.ej., en el ámbito de Andalucía, donde la Disposición Adicional Primera, apartado 1.b), de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, atribuye esa competencia a la junta de gobierno local de cada ayuntamiento.

61. La declaración de urgencia de la ocupación, cuando no está predeterminada legalmente, debe ser **notificada individualmente** a los propietarios afectados, no bastando con su mera publicación en el boletín oficial correspondiente (STS de 4 de junio de 2008, ECLI:ES:TS:2008:2666). En las expropiaciones urgentes sigue siendo necesario el trámite de **información pública** para que cualquier persona puede oponerse por motivos de fondo o de forma a la necesidad de ocupación, y puede indicar las razones por las que considera preferente la ocupación de otros bienes o la adquisición de otros derechos distintos y no comprendidos en la relación, como más conveniente al fin que se persigue. Y ello aunque la urgencia esté implícita en la aprobación del correspondiente proyecto de obras y en la aprobación de éste se haya verificado un trámite de información pública exigido por la legislación sectorial, ya que éste sólo responde a la corrección del trazado de la infraestructura, no permitiendo la defensa del sujeto expropiado. Debe verificarse un trámite de información específico, pleno, no limitado a la simple denuncia de errores en la relación de bienes

y derechos. Lo relevante es que ese trámite específico de información pública puede ser previo o posterior a la aprobación del proyecto de obras, debiendo contenerse en el mismo la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados, permitiendo la plena defensa de los intereses de los sujetos afectados (STS de 19 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3835).

62. Adoptada la declaración de urgencia, se convoca a los titulares al levantamiento de las **actas previas a la ocupación**, que tiene por finalidad determinar la incidencia que la expropiación presenta sobre el objeto expropiado (en ella se describirán el bien o derecho expropiable y se harán constar todas las manifestaciones y datos que aporten unos y otros y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquéllos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación). Tras ello se procede al depósito de las cantidades fijadas sobre la base del valor catastral del bien y se ocupa el bien por la Administración o el beneficiario, levantando el acta de ocupación.

4.6.2. La valoración y la determinación de los intereses de demora en la expropiación urgente

63. Tras la ocupación se produce el inicio de la fase de determinación del justiprecio, donde sólo existe una peculiaridad en materia de intereses de demora. Aquí (art. 52.4 LEF) el devengo de intereses se produce sin solución de continuidad desde la fecha de la **efectiva ocupación hasta la fecha en que se verifica el pago**, siendo el momento al que debe referirse la tasación también el de la ocupación, dado que es en ese momento cuando ha de iniciarse la pieza de justiprecio (STS de 22 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:101). Ahora bien, si entre el inicio del expediente expropiatorio y la efectiva ocupación de los terrenos transcurren más de 6 meses, la fecha de inicio del cómputo en el cálculo de intereses de demora será, no la de la efectiva ocupación, sino el día en que se cumplen los seis meses desde la declaración de urgencia por aplicación analógica (art. 56 LEF), con el fin de no perjudicar al expropiado por la vía de urgencia frente al expropiado por la vía ordinaria. Pero sólo se devengarán los intereses a partir de los 6 meses desde la aprobación del proyecto constructivo que implica la declaración de urgencia si dicho proyecto contiene la relación de bienes o derechos expropiables por referencia a un proyecto o replanteo. En caso contrario, será desde el momento en que se publique dicha relación de bienes o derechos expropiables, momento cuando se conocerán los bienes que habrán de ser expropiados (STS de 23 de octubre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:6710). Los intereses de demora se proyectan sobre el importe del justiprecio incluido el premio de afección (STS de 26 de mayo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3404). Aquí debe tenerse en cuenta que también integra el justiprecio una partida que indemniza los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, tales como mudanzas, cosechas pendientes y otras igualmente justificadas (art. 52.5 LEF).

64. El problema que se deriva de la expropiación urgente, con la ocupación inmediata del bien y el posterior pago del justiprecio en un lapso indeterminado tiene dos claras ramificaciones. De una

parte, la compensación al propietario que se ve privado de su bien se dilata en el tiempo (a veces por plazos superiores a los 4 o 5 años), surgiendo la duda de si la adición de los intereses de demora logra materializar una compensación adecuada. De otra parte, se produce una financiación cuestionable de la actividad pública, al margen de los cauces establecidos en la legislación presupuestaria, que puede dar lugar a importantes endeudamientos que pongan en cuestión la regla del equilibrio presupuestario, máxime si media una sentencia condenatoria, que obligue a la Administración a tramitar una ampliación extraordinaria del presupuesto.

4.6.3. La insolvencia del beneficiario

65. Primariamente si en el procedimiento expropiatorio interviene la figura del beneficiario, es a este a quien corresponde verificar el pago del justiprecio (art. 5.5 REF) —si no existe tal figura, la obligación recae sobre la Administración expropiante—. El problema que puede surgir es que tras esa ocupación urgente, el beneficiario no pueda hacer frente al pago del justiprecio (p.e., por encontrarse en una situación de concurso), habiendo ya ocupado los bienes expropiados (y por tanto, habiendo adquirido la propiedad bien el beneficiario bien la Administración expropiante). En tal supuesto de insolvencia, la obligación de pago corresponde a la Administración expropiante, pero no en virtud de la figura de la responsabilidad patrimonial, sino como **exigencia de la regulación constitucional del derecho de propiedad** y de la figura de la expropiación forzosa (CHINCHILLA, 2018:752). El artículo 33.3 CE configura la obligación de la indemnización al sujeto expropiado como requisito o presupuesto de legitimidad de la expropiación (STS de 18 de noviembre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4861).

4.7. El control judicial de la expropiación forzosa

4.7.1. Control judicial del acuerdo de necesidad de ocupación en la expropiación ordinaria

66. El acuerdo de necesidad de ocupación (expreso o implícito) **inicia** el expediente expropiatorio (art 21.1 LEF). La interpretación constitucional de la LEF, conforme con el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el sometimiento de toda actuación administrativa al control jurisdiccional (art. 106.1 CE), determina que el acuerdo de necesidad de ocupación y la resolución sobre la solicitud de expropiación total puedan ser **recurridos** en vía administrativa y ante la jurisdicción contencioso–administrativa, a pesar del tenor literal de la LEF (arts. 22 y 23).

67. La norma de control aplicada por la jurisdicción contencioso–administrativa se concreta en verificar que el acuerdo de necesidad de ocupación sea **adecuado** al fin de la expropiación y, aunque el órgano jurisdiccional no puede determinar el terreno sobre el que haya de ejecutarse una obra determinada, ha de declarar si, al elegirlo, la Administración ha incurrido en arbitrariedad o irracionalidad por no reunir aquél las condiciones que justifican la concreta expropiación (STS de 8 de junio de 1996, ECLI:ES:TS:1996:3484). Ahora bien, la carga de acreditar la innecesaridad del bien recae sobre el

sujeto expropiado. Es este el que debe acreditar que existe "otro trazado alternativo más conveniente y demostrativo de una inadecuada o incorrecta declaración de necesidad de ocupación del suelo de su propiedad" (STS 23 de noviembre de 2002, ECLI:ES:TS:2002:7819).

68. La consecuencia de la declaración de nulidad del acuerdo de necesidad de ocupación determinará el derecho del titular del bien a obtener una indemnización (Disposición Adicional LEF) sólo si acredita la existencia de un **daño efectivo** e indemnizable en la forma y condiciones de la figura de la responsabilidad patrimonial (debe acreditarse la existencia de una lesión efectiva e indemnizable) *(supra* § 26.33).

4.7.2. El control judicial de la declaración de urgencia.

69. La declaración de urgencia, cuando es adoptada de forma individualizada y no viene implícita en la aprobación de un proyecto de obras o de un instrumento de planeamiento, sólo resulta admisible en la medida en que (i) concurran causas de **carácter excepcional** que justifiquen la utilización de este procedimiento en el momento en que se declara la urgencia y (ii) se justifiquen dichas causas en el acuerdo que declara la urgencia. La necesidad de motivación de la declaración de urgencia se configura así como elemento esencial de la validez de esa declaración de urgencia (arts. 35 LPAC y 56.1 REF).

70. Consecuentemente, la urgencia ha de valorarse a tenor de la **motivación** proporcionada en el momento de su declaración, sin que las circunstancias posteriores o la demora (razonable) en la efectiva ocupación del bien incidan en la validez de la declaración de urgencia (STS de 13 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:3998). La urgencia deriva de la imperiosa necesidad de ejecutar inmediatamente unas obras, que no permita emplear el procedimiento común. Si tras la declaración de urgencia la demora en la ocupación y ejecución de la obra es significativa (irrazonable) o los elementos jurídicos que permiten la ejecución de la obra son posteriores, no existe justificación para el mantenimiento de la declaración urgencia, debiendo tramitarse la expropiación conforme al procedimiento ordinario (STS de 10 de diciembre de 1997, ECLI:ES:TS:1997:7520).

71. Si se aprecia la inexistencia de las circunstancias excepcionales que justifican la expropiación urgente, la **anulación** por el órgano jurisdiccional se proyecta sólo sobre el acuerdo que declara la urgente ocupación, pero no alcanza a la declaración de necesidad de ocupación. Por ello, el procedimiento expropiatorio continuará su tramitación, si bien conforme a las normas del **procedimiento ordinario** y por tanto debe procederse a justipreciar los bienes respecto de los que se ha declarado la necesidad de ocupación con carácter previo a la ocupación si ésta no se ha producido aún (STS de 10 de marzo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:954). Por el contrario, si ya se ha ocupado el bien, no se produce una retroacción de actuaciones, sino que simplemente surge el derecho a una indemnización por la ocupación ilegal que haya podido ocasionar a los afectados (STS de 10 de marzo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:954).

72. Cuando la nulidad se proyecta sobre una expropiación urgente, la nulidad de la declaración de necesidad de ocupación conlleva la devolución de las fincas de que se ha visto privado ilegítimamente el expropiado, al incurrir la Administración (o el beneficiario) en **vía de hecho**. Pero también una indemnización de los daños y perjuicios causados por la actuación anulada, en cuanto ha supuesto una privación temporal del bien y en la medida que haya afectado a los derechos de uso, disfrute y disposición sobre el bien expropiado. Para que pueda prosperar la pretensión indemnizatoria será preciso justificar que concurren los requisitos exigidos. Si no

resulta posible la devolución *in natura* del bien ocupado (por imposibilidad material de devolución al haberse integrado en el dominio público por la ejecución de una obra pública), la falta de devolución debe compensarse (art. 105.2 LJCA), mediante la correspondiente **indemnización sustitutoria** referida a la fecha en que dicha imposibilidad se aprecia por el Tribunal y que se concreta en la valoración del bien, atendiendo a la privación definitiva que supone la imposibilidad de devolución, cuya liquidación conjunta con la indemnización de daños y perjuicios causados por la actividad ilegal (Disposición Adicional LEF) supone la **reparación integral** de las consecuencias de la ilegal actividad administrativa. Alternativamente, y cuando así sea solicitado por el particular, ante la imposibilidad de devolución in natura del bien, la indemnización compensatoria puede fijarse atendiendo a la valoración asignada por el órgano de valoración cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25 por 100 para evitar el planteamiento de otro recurso. Pero para incorporar ese incremento resulta exigible y necesario acreditar la concurrencia del daño (STS de 24 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3414).

4.7.3. El control judicial de la fijación del justiprecio.

73. La resolución por la que se fija el justiprecio por el jurado o el órgano autonómico también puede ser objeto de cuestionamiento en sede jurisdiccional (bien de forma individual bien ampliando el recurso a cuestionar el acuerdo de necesidad de ocupación y la regularidad del procedimiento expropiatorio). La decisión del órgano de valoración tiene reconocida por la jurisprudencia una «**presunción de acierto y veracidad**» en la determinación del justiprecio. Tal presunción no es sino la presunción *iuris tantum* de validez de las resoluciones administrativas (art. 39 LPAC) (*supra* § 17.59) derivada de la necesaria objetividad de la Administración. En cuanto presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, siendo relevante a esos efectos los resultados de las **pruebas periciales** practicadas en el proceso y que, como actividad procesal, no pueden desmerecer en cuanto a imparcialidad y especialidad de quien la emite sobre la de aquellos órganos administrativos de valoración (STS de 20 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4154). El límite aquí es la valoración no arbitraria de la prueba por el órgano jurisdiccional.

4.8. La expropiación por ministerio de la ley en el ámbito urbanístico

74. La legislación urbanística reconoce la facultad del titular del bien de imponer a la Administración local la expropiación de su terreno cuando el mismo está destinado por el planeamiento urbanístico a una dotación pública a obtener por expropiación —actuación asistemática— y hayan transcurrido los plazos previstos por la legislación urbanística para la ejecución del planeamiento (en el caso de la Ley 9/2001, de Suelo de la Comunidad de Madrid, art. 94, el plazo es de cinco años desde la aprobación del planeamiento). El titular del bien, transcurrido ese plazo legal, puede advertir a la Administración municipal en cualquier momento para que proceda a incoar el correspondiente procedimiento expropiatorio. Transcurrido el plazo legalmente conferido a la Administración para llevar a cabo esa expropiación (en el caso de la Ley 9/2001, de Suelo de la Comunidad de Madrid, art. 94, el plazo es de un año), el

titular del suelo puede iniciar por sí mismo el procedimiento expropiatorio impidiendo así que su derecho de propiedad quede vacío de contenido económico. Ese inicio se produce directamente con la presentación de la hoja de aprecio (STS de 9 de julio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2595). Lo que justifica la expropiación por ministerio de la ley es la inactividad administrativa en la ejecución del planeamiento que ha definido suficientemente el alcance del derecho de propiedad, siendo su finalidad evitar que la inactividad administrativa perjudique o impida la efectividad del derecho del propietario. La legislación urbanística autonómica no puede suspender temporalmente los plazos para instar la expropiación por ministerio de la ley, ya que ello supone una interferencia en el libre uso de su propiedad durante dicho periodo de tiempo que debe considerarse desproporcionada e injustificada (STC 168/2023, FJ 5).

75. Una vez formulada la hoja de aprecio por el propietario, la Administración municipal sólo puede oponerse, en su caso, a la hoja de aprecio, formulando la que estime conveniente y, en su caso, impugnando en sede jurisdiccional el justiprecio fijado por el jurado provincial de expropiación o el órgano autonómico de valoración, bien, porque a su juicio no concurren los presupuestos para la expropiación *ope legis*, bien, porque no comparta los criterios de valoración o la cuantificación del justiprecio. La falta de respuesta del Ayuntamiento no puede considerarse como una desestimación por silencio (STS de 5 de mayo de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1844).

5. LA REVERSIÓN EXPROPIATORIA

5.1. Concepto y supuestos

76. La reversión, en cuanto facultad del sujeto expropiado o sus causahabientes de recuperar la titularidad del bien expropiado, se configura como un **derecho de configuración legal**, no estando regulada en el artículo 33.3 CE, por lo que su régimen jurídico es definido enteramente por el legislador que, incluso, puede no reconocerlo o introducir restricciones en cuanto a su plazo de eficacia o en cuanto a los supuestos determinantes de la misma (STS de 3 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:795). El límite a la regulación del legislador es que la reversión se acomode a la finalidad de la expropiación, de modo que los posibles requisitos y límites no puedan ser tachados de arbitrarios o irrazonables y lesivos del derecho de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución (STC 67/1988, FJ 6).

77. El TS configura al derecho de reversión como un **derecho nuevo y autónomo** respecto de la expropiación de la que trae causa, por lo que el procedimiento a través del que se actúa no es continuación del expediente expropiatorio. La consecuencia que se extrae de ello es que la reversión se ha de regir por la ley vigente en el momento de ejercitarse, aunque el expediente de expropiación se hubiera incoado bajo la vigencia de una ley distinta, la cual no contemplase tal derecho o lo regulase de otro modo (STS de 21 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3910). Esto es, los plazos y requisitos para el ejercicio del derecho de reversión no son los contemplados en la normativa existente en el momento de la expropiación, sino en el momento en que se solicita la reversión. Con menos precisión jurídica, en algunas decisiones judiciales se configura a la reversión "como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una **invalidez sobrevenida** a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva" (STS de 21 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1104).

78. La actual regulación permite ejercer el derecho de reversión en tres supuestos. En todos ellos puede el primitivo dueño o sus causahabientes recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, **abonando a la Administración su justo precio**. En primer lugar, resulta procedente la reversión (art. 54.1 LEF) cuando «no

se ejecuta efectivamente la obra o se instala el servicio de utilidad pública o interés social» que legitimó la expropiación. Esta previsión comprende, por un lado, aquellos supuestos donde la Administración expropiante o el beneficiario **no haya desplegado actividad, jurídica o material**, alguna. Aquí debe tenerse en cuenta que la ejecución de la obra da comienzo con la simple realización de los estudios técnicos o jurídicos precisos y la aprobación de los instrumentos normativos necesarios para que la finalidad social de la expropiación pueda llevarse a efecto, siempre y cuando ello se realice en los plazos ordinarios previstos en la normativa de aplicación, y tenga por finalidad la efectiva y real implantación del uso de utilidad pública o interés social. La determinación de la inejecución determinante de la reversión no puede efectuarse desde la perspectiva de una finca aislada o de parte de los terrenos expropiados sino que ha de entenderse referida a la falta de la instalación de la obra o infraestructura prevista. De otro lado, quedan comprendidos en esta previsión aquellos supuestos donde exista **una falta de identidad** entre el destino real dado al objeto expropiado por el beneficiario y el concretado en el acuerdo de necesidad de ocupación, salvo que el nuevo destino haya sido declarado de utilidad pública o interés social [art. 54.2.a) LEF].

79. No concurre esta causa cuando no se produce un abandono de la ejecución de la obra (incumplimiento), sino una **ejecución progresiva de la obra** que afecta a múltiples parcelas que ocupan gran superficie, —p.e., obras de regadío (STS de 21 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1104)—. Ahí la determinación de si se ha producido o no el cambio de destino o la inejecución determinante de la reversión no puede efectuarse desde la perspectiva de la finca aislada, sino contemplada en relación con la finalidad conjunta y dentro de las tareas de ejecución.

80. En segundo lugar (art. 54.1 LEF), procederá el ejercicio del derecho de reversión ante la existencia de **terrenos sobrantes**, una vez ejecutada la finalidad que motivó la expropiación. El presupuesto básico de esta causa es que la obra o servicio público se haya ejecutado, y los terrenos sobre los que no se haya implantado tal finalidad no tengan un nuevo uso dotacional público (STS de 7 de noviembre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:6674).

81. No concurre este supuesto cuando parte de los terrenos no estén ocupados por construcciones si los mismos son **necesarios** para que éstas cumplan su función. P.e., en la expropiación para la instalación de una fábrica química no pueden computarse tan solo los terrenos ocupados por los edificios e instalaciones de la industria misma sino también los terrenos necesarios para los viales y vías de comunicación necesarias para el acceso a dicha industria así como las instalaciones y espacios anejos a la misma (STS de 21 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3910).

82. El tercer supuesto se produce ante la **desafectación** de los bienes o derechos de las obras o servicios que motivaron la expropiación. La desafectación tiene lugar (art. 54.1 LEF) en dos supuestos, una vez implantada la finalidad de utilidad pública. En primer lugar cuando sobre el bien no se realice actividad alguna, lo que determinará su **abandono**. Y en segundo lugar cuando sobre el objeto expropiado se realice de forma efectiva (y no meramente potencial o frustrada) otra **actividad distinta**. Ahora bien, si la Administración expropiante de forma simultánea a la desafectación del fin que justificó la expropiación acuerde justificadamente una nueva afectación a **otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social**, se excluye el derecho de reversión (art. 54.2.a) LEF). Aquí debe incoarse un procedimiento

donde se permita al sujeto expropiado cuestionar el nuevo fin, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previsto. En todo caso, el derecho de reversión queda excluido si la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolonga durante **diez años** desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio (art. 54.2.b) LEF).

83. La carga de la prueba de la concurrencia de las circunstancias fácticas de los supuestos donde procede la reversión recae en el sujeto que insta la reversión (STS de 17 de abril de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1509). La concurrencia de alguna de las tres causas no es requisito suficiente, ya que ha de tenerse en cuenta la **dimensión temporal** desde el momento en que se verificó la toma de posesión de los bienes expropiados. Cuando la procedencia de la reversión deriva del incumplimiento o desaparición de la *causa expropiandi*, si esta circunstancia es notificada expresamente por la Administración a los interesados, el plazo para el ejercicio del derecho será de tres meses, a contar desde la citada notificación. En defecto de la notificación expresa (art 54.3 LEF), cuando se hubiera producido un exceso de expropiación o la desafectación del bien o derecho expropiado y no hubieran transcurrido veinte años desde la toma de posesión de aquéllos. Si la causa es la falta de inicio de ejecución de la obra o la implantación del servicio, la reversión podrá solicitarse transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio. Aquí se establece un plazo mínimo de cinco años para poder ejercer la acción, pero, a diferencia de otros supuestos de reversión, no se establece un plazo máximo para su ejercicio. A su vez, cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieren suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para la reanudación, podrá solicitarse la reversión.

5.2. El titular del derecho de reversión y la existencia de terceros adquirentes

84. Los **titulares del derecho de reversión** son el primitivo dueño o sus causahabientes (art 54.1 LEF), a título *mortis causa* o *inter vivos*. Para este último supuesto, se requiere que la transmisión del derecho de reversión (de forma individualizada o de forma conjunta con el resto del terreno si se trató de una expropiación parcial) se efectúe de forma expresa y nominada (STS de 19 de marzo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1323).

85. A estos efectos, en las inscripciones en el **Registro de la Propiedad** relativas a bienes adquiridos por expropiación se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiado. Sin esa constancia registral, el derecho de reversión no será oponible frente a adquirentes inscritos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria (art. 54.5 LEF). Aun cuando no esté inscrito el derecho de reversión en el Registro de la Propiedad, el tercer adquirente no podrá esgrimir esa causa para oponerse a la reversión si su adquisición tiene su origen en el mismo procedimiento expropiatorio o si consta en el asiento registral la adquisición por expropiación de la finca, pues ser tercero de buena fe significa ser un adquirente jurídicamente ajeno a aquellos actos que contradicen la titularidad del transmitente y, en consecuencia, a la formación defectuosa, resoluble o meramente ficticia de su derecho, o a los actos por los que se despoja de una titularidad que antes tenía (STS de 18 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6175). En todo caso, esos terceros adquirentes deberán ser oídos en el expediente y tendrán derecho a repetir contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados (art. 69 REF).

5.3. El procedimiento para ejercer la reversión. La restitución de la indemnización

86. El procedimiento de reversión se inicia mediante solicitud presentada **ante la Administración** que en el momento actual sea titular del bien o derecho o a la que se encuentre vinculado el beneficiario titular de aquellos (art. 54.4 LEF). El órgano competente resolverá sobre la procedencia de la reversión. Si la considera improcedente, desestimará la solicitud de forma motivada. Si la considera procedente, en el mismo acuerdo determinará el importe del precio que habrá de abonarse para la restitución (art. 55.1 LEF). Este no es un nuevo expediente (contradictorio) de justiprecio, sino que el importe se fija unilateralmente por la Administración. La regla es la **actualización del valor según el IPC**, pero, por excepción, "sí el bien o derecho expropiado hubiera experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionaran su valor o hubieran incorporado mejoras aprovechables por el titular de aquel derecho o sufrido menoscabo de valor", se procederá a una nueva valoración. Por tanto, en este caso, sí se aplican las reglas relativas al justiprecio (valoración contradictoria y resolución por el jurado provincial de expropiación u órgano autonómico de valoración). En ambos casos debe tomarse como fecha de valoración la fecha de la presentación de la solicitud ante la Administración titular del bien, aplicándose en el segundo supuesto las normas de valoración vigentes en ese momento (STS de 23 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:84). El cambio de calificación jurídica se produce cuando la clasificación urbanística del bien ha cambiado desde el momento de la expropiación (STS de 16 de noviembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4645). Por ejemplo, porque una finca inicialmente clasificada como urbanizable luego se clasifica como urbana.

87. Una vez determinada la valoración del bien o derecho, el reversionista deberá **abonar o consignar su importe** en el plazo máximo de tres meses, desde la determinación en vía administrativa o desde la notificación de la sentencia, en su caso (art 55.3 LEF). En caso contrario, caduca su derecho (STS de 3 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:795). Sólo será preciso el otorgamiento de escritura pública para formalizar la reversión si lo solicitan los interesados (art 70.1 REF).

5.4. La imposibilidad legal de la reversión

88. Cuando no sea posible la devolución del bien cuyo derecho de reversión se reconoce (en sede administrativa o jurisdiccional), por concurrir una imposibilidad material o una inefectividad legal como consecuencia de que los bienes han sufrido una alteración indebida (derivada de su integración en el dominio público y, por tanto, de su carácter inalienable por determinación constitucional), el derecho de reversión se materializa en una indemnización sustitutoria (art. 66.2 REF) determinada conforme a las reglas de valoración de la ocupación temporal de inmuebles (arts. 112 y 113 LEF).

89. Dicha indemnización se materializa en una **cantidad equivalente al 5 por 100 del valor del bien**. La concreción de tal valor es evidente. Para materializar su derecho de reversión el sujeto expropia-

do debería abonar el valor del bien en el momento de solicitar la reversión. Como el bien sigue afecto a un destino público, su adquisición inmediata por la Administración exigiría que ésta abonase su justiprecio, más el 5 por 100 del premio de afección. La diferencia entre ambos valores es la indemnización sustitutoria que debe abonarse (STS de 17 de junio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:3431).

6. LA OCUPACIÓN TEMPORAL

90. La LEF (art. 108) permite a la Administración expropiante o al beneficiario la ocupación temporal de terrenos de titularidad privada para (i) realizar estudios previos en orden al diseño de una obra o instalación; (ii) establecer depósitos de materiales o almacenes temporales que requieran la ejecución de una obra pública; y (iii) para la extracción de materiales de toda clase necesarios para la ejecución de dichas obras. Aquí no se produce una expropiación que extinga la propiedad privada. Sólo existe una ocupación temporal, recuperando la posesión de los terrenos su titular al finalizar tal ocupación. La tramitación del procedimiento es idéntica a la expropiación total. El propietario tiene derecho a una indemnización (art. 115 LEF) que abarca tanto los rendimientos dejados de percibir durante la ocupación, como los perjuicios causados o los gastos para restituirla a su primitivo estado.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Alfredo GALLEGO ANABITARTE, "Expropiaciones y supuestos indemnizatorios en el Texto Refundido de 1992", *Catastro*, núm. 17 (1993), pp. 8-15.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, 1956 (se cita por la reimpresión de Civitas, 1984).

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO. *El convenio expropiatorio. Teoría y práctica administrativa*, La Ley, 2009.

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, "¿Quién paga esta ronda? La tutela de la administración expropiante ante la obligación subsidiaria de abonar el justiprecio en situaciones de impago por el beneficiario", *Libro Homenaje al Prof. Menéndez Rexach*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 741-765.

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, D*erecho de propiedad, expectativas y especulación. Reglas de racionalidad jurídica (y técnico-económica) en los criterios de valoración urbanística*, Aranzadi Thomson Reuters, 2023.

Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los jurados autonómicos de expropiación", *Revista de Administración Pública,* núm. 153 (2000), pp. 91-106.

Mercedes FUERTES LÓPEZ, "¿Una nueva Ley de Expropiación Forzosa?, *Actas del VII Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo. Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma d ellos entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica* (2012), pp. 157-186.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *Revista de administración pública*, núm. 177 (2008), pp. 157-194.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Lucía CASADO CASADO, "Veinte años del Jurado de Expropiación de Cataluña: balance y perspectivas", *Cuadernos de Derecho Local* núm. 39 (2015), pp. 63-106.

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, "La tutela jurisdiccional de los propietarios ante las declaraciones implícitas y urgentes de necesidad de ocupación. La nulidad del procedimiento expropiatorio y la figura del beneficiario de la expropiación", *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (2012), pp. 353-360.

Antonio EZQUERRA HUERVA, "Acerca del plazo para resolver el expediente expropiatorio y las consecuencias de su incumplimiento", *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (2012), pp. 371-384.

Isabel GALLEGO CÓRCOLES, *El derecho de reversión en la expropiación forzosa*, La Ley, 2006.

Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ–BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado: una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, 2015.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 685-708
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L27
© Carlos Alberto Amoedo–Souto
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 27
ACTIVIDAD SANCIONADORA

Carlos Alberto Amoedo-Souto
Universidad de A Coruña

SUMARIO: 1. LA ATRIBUCIÓN DE UNA POTESTAD SANCIONADORA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1.1. División de poderes y autotutela sancionadora de la Administración; 1.2. El desarrollo histórico de la potestad sancionadora en España.—2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA: 2.1. La configuración de la legalidad sancionadora como un derecho fundamental (art. 25.1 CE); 2.2. La privación de libertad como límite material absoluto de la sanción administrativa (art. 25.3 CE); 2.3. La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE); 2.4. La aplicación de derechos procedimentales fundamentales al procedimiento sancionador (art. 24 CE); 2.5. La distribución competencial de la potestad sancionadora.—3. EL DESARROLLO BÁSICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA: 3.1. De la LRJPAC a la LRJSP y la LPAC; 3.2. Los principios sustantivos en la LRJSP: *3.2.1. Principio de legalidad sancionadora (art. 25); 3.2.2. Principio de irretroactividad (art. 26); 3.2.3. Principio de tipicidad (art. 27); 3.2.4. Principio de responsabilidad (art. 28); 3.2.5. Principio de proporcionalidad (art. 29); 3.2.6. Reglas relativas a la prescripción de infracciones y sanciones (art. 30); 3.2.7. Concurrencia de sanciones y prohibición de bis in idem (art. 31);* 3.3. Las reglas especiales básicas de procedimiento sancionador (LPAC).—4. LA EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: HACIA UN *IUS GENTIUM PUNIENDI*.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada; 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LA ATRIBUCIÓN DE UNA POTESTAD SANCIONADORA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La actividad sancionadora de las Administraciones públicas constituye el objeto de una de las **potestades administrativas** características de nuestra disciplina: el poder administrativo de constatar el incumplimiento de una norma e imponer a las personas físicas o jurídicas responsables, tras la tramitación del correspondiente procedimiento, un acto administrativo de gravamen, normalmente consistente en el pago de una cantidad de dinero al erario público, cuya finalidad es el castigo por el incumplimiento de la norma y la disuasión (incentivo o refuerzo negativo, en la psicología conductista) para que no se vuelva a cometer. Se trata de una **técnica represiva** destinada a garantizar la eficacia de los mandatos normativos en múltiples ámbitos sectoriales del intervencionismo administrativo. El acto administrativo de gravamen de naturaleza pecuniaria y finalidad punitiva que expresa esta potestad es lo que conocemos como **sanción administrativa**. El procedimiento especial que debe tramitarse para formalizar jurídicamente la constatación de una infracción y la imposición de una sanción es el **procedimiento administrativo sancionador**.

2. Gracias a la recurrencia de estos tres elementos (una Administración pública titular de la potestad sancionadora, un procedimiento destinado a constatar el incumplimiento de la norma, y una sanción individualizada adaptada al contenido de tal incumplimiento), la potestad sancionadora ha gozado de una **tradicional singularización**, que la hace fácilmente reconocible a ojos de sus destinatarios, la ciudadanía en general, como una de las experiencias administrativas más comunes y, al propio tiempo, más temidas. De ahí que, como objeto de regulación jurídica, esta potestad haya gozado en nuestro país de una especial atención por parte de la jurisprudencia, y también por parte de la doctrina contemporánea del Derecho administrativo, que ha buscado dotarla de un **régimen garantista** (tanto en lo sustantivo como en lo procedimental) proporcional a su intensidad como técnica de gravamen.

3. Inicialmente entendida como una de las manifestaciones "técnicas" del poder de policía, su configuración doctrinal ha ido avanzando a través de sucesivas etapas y momentos histórico-jurídicos, durante los cuales el enfoque garantista se ha ido enriqueciendo con materiales provenientes de otros campos (fundamentalmente, el Derecho penal), hasta lograr una **densidad jurídica** que rebasa ya el ámbito administrativo, y adopta ya no sólo una naturaleza interna constitucional, sino incluso internacional.

1.1. División de poderes y autotutela sancionadora de la Administración

4. Buena parte de la dinámica jurídica de esta potestad está atravesada por una idea central: la idea de **autotutela sancionadora**, o **poder unilateral** atribuido a la Administración, como brazo ejecutivo del Gobierno, para valorar la existencia de un

incumplimiento de un mandato u obligación, e imponer un castigo. Tal atribución de un poder de castigo impacta directamente en una idea central al desarrollo del modelo demoliberal clásico: **la división de poderes**.

5. Conforme a una lectura estricta del tópico de la separación de poderes (desarrollada entre nosotros por PARADA VÁZQUEZ, 1972; 2019), las funciones de juzgar la existencia de una contravención a las leyes e imponer castigos a los ciudadanos debería corresponderle al **poder judicial**, limitándose el poder ejecutivo a vigilar el cumplimiento de las normas y, en su caso, formalizar las correspondientes denuncias por incumplimiento. A resultas de esta separación, la garantía jurídica del ciudadano se vería netamente reforzada, pues el enjuiciamiento de los comportamientos infraccionales se realizaría por una autoridad distinta (la judicial) de la que lo denunció, y por un procedimiento contradictorio.

6. Sin embargo, el esquema de **división de las funciones de vigilar y castigar** entre dos poderes del Estado, característico de la tradición inglesa del *Common Law*, de Francia o Alemania, no ha sido seguido en España, e incluso ha sido abandonado también en Gran Bretaña con la aprobación, en 2008, de la Regulatory Enforcement and Sanctions Act: un claro reconocimiento de que, en las sociedades contemporáneas, la tutela y castigo del incumplimiento de las normas jurídicas no puede ser asumida exclusivamente por la jurisdicción penal.

7. Como consecuencia del acúmulo de castigos en la codificación penal y en la legislación administrativa, característico de nuestro tránsito del Antiguo Régimen al Estado constitucional durante el siglo XIX (*infra* § 27.10), el desarrollo histórico de nuestra tradición jurídico-pública se ha caracterizado por la existencia de zonas tangentes y mixtas entre la **potestad jurisdiccional penal y la potestad sancionadora de la Administración**, tanto relativas a los hechos constitutivos de infracción y falta, como a las autoridades competentes para su imposición (fundamentalmente, alcaldes) e incluso al contenido de las sanciones (privaciones de libertad como pena principal o subsidiaria). De tal modo que, incluso hoy, convive el hecho de que la administración militar pueda imponer al personal a su servicio castigos disciplinarios consistentes en restricciones de su libertad deambulatoria (arrestos, de acuerdo con los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), con el hecho de que los juzgados y tribunales penales imponen también penas de multas pecuniarias a los autores de delitos (sistema de días-multa del art. 50 CP).

8. Desde temprana fecha, el **Tribunal Constitucional** (STC 77/1983, FJ 2) ha reconocido de manera realista la **convivencia de estos dos subsistemas represores**: "No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra CE no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, ap. 3.º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos".

9. En definitiva, nuestra peculiar historia jurídico-pública y la propia evolución de la complejidad regulatoria característica de las sociedades contemporáneas refuerzan la **existencia de dos subsistemas de castigo de las contravenciones normativas**

—uno, el penal, situado en el poder judicial, y otro, el administrativo sancionador, en el poder ejecutivo— como un dato estructural difícilmente alterable.

1.2. El desarrollo histórico de la potestad sancionadora en España

10. La eclosión y desarrollo de una potestad sancionadora propia de la Administración debe explicarse, en términos históricos, por referencia a varios factores. La larga duración del tránsito reformista del Antiguo Régimen al Estado constitucional permitió que las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas (y sus poderes de "justicia", suprimidos formalmente bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, conforme a su art. 258) pervivieran hasta la muerte de Fernando VII. A partir de ahí, la construcción de una codificación y una jurisdicción penal unificada de las "justicias" fue pareja a la creación del propio aparato administrativo del Estado, tanto central como local, uno de cuyos poderes o potestades propias fue el de sancionar las infracciones de las leyes y reglamentos reguladores de los distintos ramos del "gobierno o policía de los pueblos".

11. Un repaso normativo permite constatar la **generalizada previsión de reglas sancionadoras en la legislación del siglo XIX**. Una previsión que habilitaba el reconocimiento y regulación de tal potestad a través de ordenanzas, y cuya atribución a concretos órganos administrativos —en especial, a los alcaldes— fue desarrollando la senda "gubernativa" inaugurada por la Instrucción de 21 de octubre de 1768 para los alcaldes de los ocho barrios de Madrid, contenida en la Novísima Recopilación (Ley X, Titulo XXI, Libro III, punto 12: "han de celar en que los vecinos cumplan los bandos de policía tocantes al alumbrado y limpieza, exigiendo las multas que previene la ordenanza, con la aplicación que se les da en ella; para cuyo caso tendrán jurisdicción económica y preventiva con los Regidores, dando cuenta al Corregidor directamente en tales casos"), o el Real Decreto de 17 de marzo de 1782, de creación de la superintendencia general de policía en Madrid. Así, los artículos 80 y 207 del Decreto de 3 de febrero de 1823, sobre gobierno político-administrativo de las provincias, reconocen esta potestad a alcaldes y jefes políticos, que habilita también el propio Código Penal de 1822 (arts. 135 y 138), cristalizando así la convivencia —con continuas zonas tangentes— entre dos subsistemas represivos, el penal y el administrativo, en los albores de la formación de nuestro Estado constitucional, que confirmaron las posteriores leyes de régimen local (1845, 1856, 1870, 1877) y el Código Penal de 1850. Elemento clave de este sistema era la concurrencia de una represión penal y administrativa (cristalizada orgánicamente en la doble faz del alcalde como juez de faltas penales y como autoridad administrativa), y el hecho de que la sanción administrativa, como manifestación de una potestad gubernativa de policía del poder ejecutivo, mantuvo durante el siglo XIX un sistema de control simplemente administrativo, por la vía del recurso a órgano superior jerárquico.

12. La configuración del sistema de **control judicial** de la actividad administrativa mantuvo las sanciones al margen de este, por considerarse como uno de los asuntos gubernativos discrecionales, sobre los cuales los tribunales administrativos (Consejo Real y consejos provinciales, Consejo de Estado) o la jurisdicción contenciosa del Tribunal Supremo y Audiencias (entre 1868 y 1876), no podían pronunciarse (art. 4 la Ley de 13 de septiembre de 1888). Apenas con la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 se admitió ya el control jurisdiccional de las sanciones administrativas, salvo las que resultasen del ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro (art. 40.b).

13. En todo caso, el **Código Penal de 1973** (derogado en 1995) mantuvo en su artículo 603 la siguiente regla: "En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales. Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en· que su represión les esté encomendada por las mismas leyes".

14. Por su parte, un **procedimiento sancionador** común fue construyéndose muy lentamente, mediante regulaciones puntuales y sectoriales.

15. Por ejemplo, la Real Orden de 30 de mayo de 1845, que dispuso la **separación entre órganos tramitadores y resolutorios**. La ley municipal de 1877 introdujo en sus artículos 185 a 187 unas bases mínimas del procedimiento de imposición de sanciones por los alcaldes. Hubo que esperar a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 para que se incorporase, como uno de sus tres procedimientos especiales, una regulación común del procedimiento sancionador (arts. 133 a 135). Aunque estos artículos tenían una eficacia supletoria de las regulaciones sectoriales especiales, la Ley aclaraba que "las normas esenciales de garantía del interesado contenidas en la Ley se aplicarán cuando no estén consignadas en las de un procedimiento especial".

16. En las postrimerías del franquismo, la confluencia de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo, junto con el uso de las sanciones de orden público (Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, que disponía el arresto sustitutorio por un máximo de treinta días en caso de impago), provocó que las mejores plumas de la doctrina administrativista fuesen desarrollando un **abordaje garantista** de esta potestad, a través de la aplicación sistemática de las herramientas dogmáticas del paradigma jurídico liberal del Derecho público: principio de legalidad, jerarquía normativa, reglas de procedimiento, control de la discrecionalidad, etc.

17. Por su parte, el **Tribunal Supremo** fue desarrollando a lo largo de los años una jurisprudencia sobre la unidad del *ius puniendi* estatal que habría de resultar una **estrategia garantista** clave para exportar los desarrollos de la dogmática penal al ámbito de la potestad sancionadora.

18. La mencionada estrategia garantista de la jurisprudencia se encuentra, entre otras, en las SS.TS de 12 de marzo de 1959 (RJ 1959/1375), 19 de octubre de 1964 (RJ 1964/4622), 21 de mayo de 1965 (RJ 1965/2397), 9 de febrero de 1972 (RJ 1972/876).

19. Ante la fragmentación y múltiples carencias de las regulaciones normativas, en las postrimerías del franquismo se intensificó esa **actividad pretoriana** en la configuración jurídica de la potestad sancionadora de la Administración (NIETO, 2012: 40), que el Tribunal Constitucional haría suya desde sus primeras sentencias de amparo.

20. "(...) los **principios inspiradores del orden penal** son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy rei-

terada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25.3, al señalar que la administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas. Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional" (STC 18/1981, FJ 2).

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA

21. Como consecuencia de la sensibilidad garantista desarrollada en esta materia por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia de finales del franquismo y del período de transición 1975-1978, el poder constituyente de 1978 optó por incorporar al texto constitucional algunas acotaciones de suma importancia sobre la potestad sancionadora. Esas acotaciones consistieron, en esencia, en el **reconocimiento y tutela de la legalidad sancionadora** como un verdadero **derecho fundamental de las personas**.

2.1. La configuración de la legalidad sancionadora como un derecho fundamental (art. 25.1 CE)

22. De acuerdo con el artículo 25.1 CE: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Además de reconocer la legalidad penal como un derecho fundamental, el artículo 25.1 CE extiende ese mismo reconocimiento a la **legalidad sancionadora administrativa**. Al hacerlo, el constituyente de 1978 reconoció al máximo nivel la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, aunque para equipararla en sus garantías constitucionales a la legalidad penal, conforme a la jurisprudencia de la unidad del *ius puniendi* estatal. Este reconocimiento al máximo nivel de la legalidad sancionadora supuso un indudable avance en términos garantistas.

23. El derecho fundamental a la legalidad sancionadora sólo protege a los particulares frente a **sanciones administrativas** en sentido estricto, no frente a cualquier decisión administrativa gravosa, como la declaración de caducidad de una concesión de dominio público (cuando el concesionario incumple sus condiciones), la resolución de un contrato administrativo (por incumplimiento del contratista) o la imposición de una multa coercitiva, como medio de ejecución forzosa de un acto admi-

nistrativo (*supra* § 17.75). El criterio para determinar cuándo estamos propiamente ante una sanción administrativa no es claro. Ello provoca una característica inestabilidad a la hora de afrontar la definición y delimitación jurídica del concepto de sanción administrativa en nuestro Derecho (CASINO, 2018; REBOLLO, 2021) (*infra* § 27.56). Para identificar qué es propiamente una sanción, la jurisprudencia constitucional se refiere en ocasiones a la "finalidad represiva, retributiva o de castigo" propia de la sanción administrativa (SSTC 239/1988, FJ 2; 164/1995, FJ 4; 132/2001, FJ 3), lo que excluye, por ejemplo, a ciertos recargos tributarios (por falta de pago en plazo) cuya finalidad no es castigar al contribuyente moroso, sino fomentar el pago de las obligaciones tributarias en plazo, pero no a otros supuestos de recargo (STC 2/2023).

24. Ello implica, en primer lugar, un mandato constitucional de regulación en norma con rango legal de esta potestad cuando suponga la creación de infracciones y sanciones administrativas (**reserva de ley en materia sancionadora**). Al mismo tiempo, supone también el reconocimiento del principio de **tipicidad sancionadora** (taxatividad de las infracciones y sanciones).

25. En segundo lugar, y de conformidad con el artículo 53.2 CE, la tutela jurisdiccional de la legalidad sancionadora se canaliza a través del recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial y sumario de protección de derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Con lo cual, las sentencias que se dicten sobre esta materia y por este procedimiento siempre serán susceptibles de apelación, con independencia de su cuantía (art. 81.2.b LJCA).

26. En tercer lugar, y también de conformidad con el artículo 53.2 CE, supone que su tutela no acaba en la jurisdicción ordinaria, sino que es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Lo que constituye a éste en intérprete último de las garantías que quepa deducir hermenéuticamente del artículo 25 CE a la luz de los casos concretos que se sometan a su jurisdicción. Ello ha permitido que, en esta materia, el **Tribunal Constitucional** haya añadido su peculiar jurisdicción al papel pretoriano anteriormente ostentado en exclusividad por el Tribunal Supremo.

2.2. La privación de libertad como límite material absoluto de la sanción administrativa (art. 25.3 CE)

27. El constituyente de 1978 consideró oportuno introducir también otro importante parámetro constitucional sobre la potestad sancionadora en el párrafo tercero del artículo 25 CE: La Administración civil no puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen **privación de libertad**. Esto es, las sanciones administrativas no podrán nunca consistir en privaciones de libertad (deambulatoria), sean directas (arrestos domiciliarios, por ejemplo) o subsidiarias (por impago de multas pecuniarias). La privación de libertad deambulatoria como consecuencia del ejercicio del *ius puniendi* estatal aparece así reservada constitucionalmente a la jurisdicción y el proceso penal. El artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), lo expresa hoy así: "Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad".

28. Sin embargo, el propio tenor literal del artículo 25.3 CE, al añadir el calificativo "civil" a la Administración, ha permitido conservar las sanciones privativas de libertad (arrestos) **en el ámbito de la Administración militar** (Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), incluyéndose en este campo las sanciones disciplinarias al cuerpo policial de la Guardia Civil, reguladas en la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, siempre que la infracción se produzca en el desarrollo de misiones de carácter militar (disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 8/2014 y STC 73/2010).

2.3. La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE)

29. El artículo 9.3 CE ha introducido otro parámetro constitucional relevante en la dinámica jurídica de la potestad sancionadora: **la prohibición de retroactividad** de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Nótese que el ámbito de esta prohibición de retroactividad es amplio, pues no sólo abarca al ejercicio de la potestad normativa (legal o reglamentaria) que tipifique infracciones y sanciones, sino que también puede incluir en su ámbito otros contenidos, como los plazos de prescripción, o las medidas accesorias a la sanción principal (privaciones de títulos administrativos habilitantes, decomisos, clausuras de locales de negocio, reposición de la situación anterior, etc.), lo que abre un espacio regulatorio al legislador básico y sectorial.

30. El Tribunal Supremo ha afirmado que "el principio de irretroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y "(...) tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial": SSTS de 4 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5398) y 16 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2449).

2.4. La aplicación de derechos procedimentales fundamentales al procedimiento sancionador (art. 24 CE)

31. Desde temprana fecha, el Tribunal Constitucional manifestó la aplicación a nuestro ámbito de las **garantías procedimentales** establecidas como derechos fundamentales en el artículo 24 CE: derecho a la tutela judicial efectiva, prohibición de la indefensión, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a ser informado de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Ahora bien, esta aplicación se ha venido caracterizando por no ser absoluta o mimética; al contrario, debe rea-

lizarse con los necesarios "matices" de adaptación a la posición constitucional de la Administración como servidora de los intereses generales. El Tribunal Constitucional ha incorporado así un **contrapeso de deferencia administrativa** a los enfoques jurídicos de garantía de los derechos individuales del infractor.

32. En palabras de la STC 197/1995, FJ 7, "(…) el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador las garantías esenciales reflejadas en el artículo 24.2 de la C.E. en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, pues esta operación no puede hacerse de forma automática, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento. De modo que la aplicación de dichas garantías a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/1981, fundamento jurídico 2º; 29/1989, fundamento jurídico 6º; 22/1990, fundamento jurídico 4º; 246/1991, fundamento jurídico 2º, entre otras). La jurisprudencia constitucional ha reconocido como límite ineludible a la potestad sancionadora de la Administración el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la C.E., que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones (SSTC 77/1983, fundamento jurídico 2º; 74/1985, fundamento jurídico 4º)".

33. Esto es, el Tribunal Constitucional ha apostado por dejar abierta la puerta a una **adaptación casuística** del alcance de estas garantías al ámbito sancionador, compatibilizando así la salvaguarda de otros valores constitucionales (como la eficacia, *ex* art. 103 CE: ALARCÓN SOTOMAYOR, 2007). En todo caso, la operatividad de las garantías constitucionales del art. 24 se manifiestan en amparos como los concedidos por las SSTC 175/2007, o 21/2021). Esta modulación o matización jurisprudencial de la traslación de las garantías penales (no sólo procedimentales, sino también sustantivas) al ámbito sancionador administrativo ha proporcionado la base para que un importante sector de la doctrina administrativista (NIETO GARCÍA, 2012; HUERGO LORA, 2007) haya propugnado el abandono de la teoría de la unidad del *ius puniendi*, por ser incapaz de dar cuenta de las especificidades que caracterizan hoy en día la experiencia sancionadora de la Administración. Según estos autores, la finalidad garantista de esta teoría tuvo su utilidad en un determinado momento histórico, pero en la actualidad el Derecho Administrativo posee ya los suficientes recursos garantistas como para convertirla en innecesaria (y distorsionadora).

2.5. La distribución competencial de la potestad sancionadora

34. Desde un punto de vista competencial (título VIII CE), la Constitución omitió cualquier mención a la potestad sancionadora como materia susceptible de reparto territorial. No figura mencionada como tal en la lista de materias asumibles por las comunidades autónomas (art. 148 CE), ni tampoco en la lista de competencias exclusivas del Estado (art. 149.1 CE). Ante esta omisión, la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado el **carácter instrumental** de la potestad sancionadora respecto del ejercicio de la competencia material: la titularidad de la potestad sancionadora va ligada a la competencia sustantiva sobre la materia de que se trate (STC 32/2016, FJ 6, por todas). Ese carácter de competencia instrumental al servicio de la eficacia de la regulación sustantiva cuya competencia material se ostente, justifica que las comunidades autónomas puedan adoptar normas sancionadoras propias —y asumir su ejecución— cuando tengan competencia para legislar sobre la materia de que se trate.

35. Como indica la STC 124/2003, FJ 8, "las comunidades autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate,

debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE; SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 196/1996, de 28 de noviembre, FJ 3, STC 130/2013, de 4 de junio, FJ 13). La regulación de las infracciones y sanciones que las comunidades autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (STS 227/1988, FJ 29)". Este criterio ha sido asumido por los estatutos de autonomía de "segunda generación". Valga por todos la cita del artículo 159.1 b) EAC al disponer que la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre "las potestades de control, inspección y sanción en todos los ámbitos materiales de competencia de la Generalitat" [SSTC 37/2022, FJ 4 d), y 57/2022, FJ 4].

36. Con todo, el Estado, desde la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), ha considerado la potestad sancionadora como **uno de los aspectos básicos incluidos bajo el título competencial del artículo 149.1.18** CE (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas), con las miras puestas en **garantizar los principios básicos sustantivos y de procedimiento** que permitan dar un tratamiento igual de los administrados en sus relaciones con las Administraciones públicas (art. 149.1.1 CE).

37. Así, a propósito de un **plazo de prescripción**, la STC 102/1995, FJ 32, declaró que "El señalamiento de los plazos de prescripción de las infracciones, acomodados a su gravedad, conviene a la seguridad jurídica y, sobre todo, la uniformidad en esta materia procura la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales cuya garantía, en su dimensión normativa, solo puede conseguirse mediante la regulación de sus condiciones básicas (art. 149.1.1 CE)". Posteriormente, la STC 124/2003, FJ 8 c) añadió que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, defirió la regulación de la prescripción de infracciones y sanciones a posteriores previsiones legales, y añadió que, la fijación de estas previsiones, "se trata de una regla que el Estado puede dictar al amparo del artículo 149.1.1 CE para responder a exigencias derivadas del tratamiento igual del que los administrados son acreedores en sus relaciones con las administraciones públicas", considerándolo, de esta forma, parte del régimen sancionador básico en la materia. La STC 142/2016, FJ 10, afirmó ya que "la prescripción, en cuanto determinante de la extinción de la responsabilidad, debe necesariamente ser objeto de tratamiento unitario".

3. EL DESARROLLO BÁSICO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

3.1. De la LRJPAC a la LRJSP y la LPAC

38. Durante los años ochenta del pasado siglo, la tarea de adaptación jurídica de la actividad sancionadora de las Administraciones a los nuevos requerimientos constitucionales fue realizada mediante el doble trabajo jurisprudencial del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. El bagaje hermenéutico resultante orientó el trabajo del legislador básico de procedimiento administrativo común, cuando, al amparo del artículo 149.1.18 CE, se optó por incluir en el **título IX de la LRJPAC de 1992** sendos capítulos sobre sus principios sustantivos (legalidad, irre-

troactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, reglas de prescripción y concurrencia de sanciones) y procedimentales (garantía de procedimiento, derechos del presunto responsable, medidas provisionales, presunción de inocencia, reglas de resolución de los expedientes sancionadores). Esta ley básica, tan importante para el desarrollo de nuestro Derecho público, supuso una reconfiguración de las fuentes del Derecho administrativo sancionador, al positivar una serie de principios —destilados de la jurisprudencia ordinaria y constitucional— destinados a constituir parámetros de elaboración —y control— de normas sancionadoras tanto por los legisladores sectoriales como por las propias Administraciones, en ejercicio de su potestad reglamentaria.

39. La doctrina, sin embargo, ha señalado la **insuficiencia regulatoria de los "principios" incorporados por la LRJPAC**. El hecho de no incluir reglas concretas de desarrollo de esos principios dejó muchas opciones jurídicas a los legisladores sectoriales. Desde este punto de vista, REBOLLO PUIG (2005: 447-475) ha defendido la necesidad de aprobar una ley estatal básica sobre las potestades sancionadora e inspectora de las Administraciones, que proporcione una regulación más densa a los distintos aspectos integrantes de estas potestades, a la manera de lo realizado por la Ley vasca 2/1998, de 20 de febrero, de potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sustituida a partir del 27 de junio de 2023 por la homónima Ley vasca 1/2023, de 16 de marzo. Ambas leyes incorporan la solución de la supletoriedad del Código Penal en los siguientes términos (art. 2.2 de la Ley vasca 1/2023): "Si la legislación básica estatal aplicable, la presente ley, sus normas de desarrollo o las normas sectoriales que establezcan los distintos regímenes sancionadores no permiten resolver alguna cuestión que se presente en el ejercicio de la potestad sancionadora, se aplicarán las normas correspondientes del Código Penal, siempre que sean compatibles con la naturaleza de la infracción y la finalidad de la norma que la tipifique o de la regulación material sectorial de que se trate". Además, se ha destacado que la LRJPAC admitía un gran margen regulatorio a ciertos ámbitos sectoriales de competencia estatal, en los que la Ley, a pesar de su carácter básico, sólo tenía un alcance supletorio. Se trata de los procedimientos masificados relativos a las sanciones tributarias, procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social; procedimientos disciplinarios; sanciones de tráfico y seguridad vial. Ámbitos en los que a lo largo de los años se han ido desarrollando los aspectos más innovadores del Derecho administrativo sancionador.

40. Al año de aprobarse la LRJPAC de 1992 fue publicado el **Real Decreto 1398/1993**, de 4 de agosto, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de la Administración General del Estado.

41. Esta norma, sin poseer formalmente una naturaleza básica ni supletoria (la normación estatal aprobada con la finalidad de servir de Derecho supletorio está viciada de inconstitucionalidad por incompetencia desde la STC 118/1996, FFJ 6 y 7, reiterada en SSTC 139/2011, FJ 4 y 142/2016, FJ 13), funcionó en la práctica como tal, al proporcionar una regulación completa y equilibrada del procedimiento sancionador que aumentaba las expectativas de un eficaz ejercicio de esta potestad en términos de seguridad jurídica, al tiempo que paliaba los riesgos de la fragmentación a la que abocaba la deslegalización del procedimiento sancionador prevista en el artículo 134.1 LRJPAC. De ahí que, todavía hoy, figure en no pocas normas legales y reglamentarias sectoriales como la norma de remisión del régimen de procedimiento sancionador.

42. En el ámbito local, ha sido especialmente importante la introducción, en 2003, de un nuevo título, el XI, en la Ley 7/1985, de 2 de junio, de Bases de Régimen Local (LBRL), para regular con carácter básico la tipificación directa de infracciones y sanciones **por ordenanzas locales**, potestad sancionadora expresamente atribuida a las Administraciones locales por el artículo 4.1 f) LBRL. Ello ha permitido reducir

las controversias sobre el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad por parte de las ordenanzas locales.

43. Un ejemplo, entre otros muchos, de este tipo de ordenanzas es la Ordenanza de convivencia y ocio en el espacio público del Ayuntamiento de A Coruña, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia nº 142, de 21 de junio de 2008.

44. Esta estructura de las fuentes del Derecho administrativo sancionador se mantuvo durante veinticuatro años, hasta la entrada en vigor —el 2 de octubre de 2016— de las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, respectivamente, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). A partir de ese momento, con un discutible criterio, el legislador básico optó por dividir en **dos textos legales distintos** los principios sustantivos de la potestad sancionadora (considerados criterios dirigidos a articular el funcionamiento interno de las Administraciones), que se incluyen en la LRJSP, mientras que las reglas procedimentales especiales que jalonan la regulación del procedimiento administrativo común se incluyen en la LPAC (el procedimiento común especializado sancionador). Se perdió así la unidad interpretativa y la claridad de la regulación anterior, obligándose al intérprete a un trabajo de reintegración sistemática de la unidad de las piezas que integran este nivel básico de regulación normativa.

45. Además de este abandono de la unidad regulatoria característica de la LRJPAC de 1992, otra opción de política legislativa fue la **derogación del Real Decreto 1398/1993**, incorporando a la LPAC buena parte de sus soluciones como especialidades del procedimiento común.

46. La última novedad destacable de este nuevo enfoque es la amplitud con la que el artículo 1.2 y la disposición adicional primera de la LPAC habilita a las leyes especiales por razón de la materia para que incluyan en sus procedimientos administrativos **trámites adicionales o distintos** de los previstos en ella, lo que afecta a los procedimientos sancionadores. Es decir, además de mantener su eficacia meramente supletoria en determinados procedimientos sancionadores especiales (materia tributaria y aduanera, orden social, materia de tráfico y seguridad vial y materia de extranjería), la LPAC admite, pese a su carácter formalmente básico, opciones regulatorias no sólo complementarias (adicionales), sino también distintas en materia de procedimiento sancionador, siempre que se realicen mediante norma con rango de ley.

47. Por ejemplo, en el ámbito tributario, los artículos 178 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), regulan de forma especial uno de los regímenes sancionadores más sofisticados de nuestro ordenamiento. Aunque tales innovaciones deben salvaguardar los trámites procedimentales básicos —considerables como mínimos—, el hecho de que sobre esas eventuales innovaciones normativas pese la espada de Damocles de su control a la luz de la doctrina jurisprudencial acuñada a lo largo de los años, aumenta el apego de los legisladores sectoriales a los estrictos trámites del procedimiento sancionador común regulados en la LPAC.

3.2. Los principios sustantivos en la LRJSP

48. El texto de la LRJSP recoge ahora los principios sustantivos básicos de la potestad sancionadora en sus artículos 25 a 31 (capítulo III del Título Preliminar): legalidad sancionadora (art. 25), irretroactividad (art. 26), tipicidad (art. 27), res-

ponsabilidad (art. 28), proporcionalidad (art. 29), prescripción (art. 30) y concurrencia de sanciones (art. 31). Desaparece la regulación del principio de presunción de inocencia, que se incorpora al artículo 53.2 de la LPAC, como un derecho procedimental. Novedad sustantiva importante es la extensión de estos principios al ejercicio de la **potestad disciplinaria** de las Administraciones, prevista en el artículo 25.3 LRJSP: "Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo".

49. Sin embargo, en un sentido más restrictivo, el artículo 25.4 LRJSP establece la **inaplicación** del capítulo al ejercicio por las Administraciones públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones públicas. Esta exclusión legal no impide, con todo, que se pueda defender incluso en estos ámbitos sectoriales la aplicación de tales principios, a la luz de su dimensión constitucional, en la medida en que -en ciertos casos- se pueda identificar una medida de gravamen de naturaleza punitiva. Ello conecta con la inestabilidad del concepto de sanción (*supra* § 27.23).

3.2.1. Principio de legalidad sancionadora (art. 25)

50. En su primer párrafo, el artículo 25 LRJSP establece que la potestad sancionadora de las Administraciones públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en la propia LRJSP y en la LPAC y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la LBRL (*supra* § 27.42). De conformidad con esta redacción (y con la jurisprudencia constitucional, STC 3/1988), los **reales decretos-leyes son aptos** para reconocer y habilitar el ejercicio de la potestad sancionadora.

51. El párrafo segundo del artículo 25 LRJSP dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los **órganos administrativos** que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario. A este respecto, conviene recordar que, a diferencia de la LRJPAC de 1992, la actual regulación de la delegación de firma del artículo 12 LRJSP ya no prohíbe la delegación de firma de las resoluciones de carácter sancionador, incluso si trae causa de una delegación de competencias.

3.2.2. Principio de irretroactividad (art. 26)

52. En coherencia con el artículo 9.3 de la Constitución, se consideran de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes **en el momento de producirse los hechos** que constituyan infracción administrativa, debiendo tener efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción (STS de 25 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:603), incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición).

3.2.3. Principio de tipicidad (art. 27)

53. Sólo pueden constituir infracciones administrativas aquellas vulneraciones del ordenamiento jurídico **previstas como tales infracciones** por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el título XI de la LBRL (*supra* § 27.42).

54. Las infracciones administrativas deben clasificarse por el legislador en **leves, graves y muy graves**, siendo aplicables al efecto las reglas del principio de proporcionalidad que se establecen por el artículo 29 LRJSP (*infra* § 27.64). Asimismo, las sanciones que correspondan a cada uno de estos niveles deberán delimitarse por la propia ley, siguiendo igualmente las reglas de proporcionalidad que fija el artículo 29 LRJSP, y sin olvidar que **no cabe la aplicación analógica** de sanciones o infracciones.

55. Como puede observarse, el legislador básico ha sido **parco en la acotación de la tipicidad de las sanciones administrativas**, de modo que, al ser escasos los parámetros dados para determinar con mayor precisión su contenido típico, se abren las posibilidades de introducción casuística de distintas modalidades de sanción administrativa más allá de la pecuniaria. De hecho, el artículo 29.1 LRJSP, al incorporar la regla ya prevista en el artículo 25.3 CE sobre la prohibición de sanciones administrativas, directas o subsidiarias, privativas de libertad, añade que las sanciones administrativas pueden ser o no pecuniarias, de lo que cabe deducir que su gravamen puede consistir no sólo en el pago a la Hacienda pública de una cantidad cierta de dinero de curso legal, sino también en la privación de derechos o la realización de conductas obligatorias. Con lo cual, nos adentramos en el pantanoso mundo de la casuística normativa y jurisprudencial sobre los confines de las sanciones administrativas (*supra* § 27.23).

56. Así, por ejemplo, es frecuente que las leyes sectoriales establezcan normas como esta: "No tendrán carácter de sanción la clausura o el cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta que se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, ni la retirada del mercado, cautelar o definitiva, de productos o servicios por las mismas razones" (art. 39 de la Ley 8/2008, de salud de Galicia). El propio Código Penal, en su artículo 34, no considera penas "Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas". Tampoco se han considerado verdaderas sanciones las **revocaciones de autorizaciones administrativas**, la prohibición de derechos, los recargos tributarios o las multas coercitivas, dada su finalidad distinta de la represora (CASINO, 2018). Con todo, el hecho de que la calificación de una medida administrativa como sanción arrastre un régimen de impugnación constitucionalmente cualificado, convierte en difícilmente evitable esta expansión casuística del concepto de sanción administrativa.

57. No obstante, esta regulación básica del principio de tipicidad de las sanciones debe complementarse, a los efectos de determinación del concepto de sanción administrativa, con la regla prevista en el artículo 28.2 LRJSP, conforme a la cual las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada

por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la LPAC. Este precepto permite distinguir entre la sanción (pecuniaria) propiamente dicha y las **medidas accesorias o complementarias** de la misma, que buscan defender el interés general: reposición de la situación alterada a su estado originario, e indemnización de daños y perjuicios, sin que quepa mezclar sus regímenes (STC 169/2015). A estas dos medidas accesorias debe añadirse el decomiso, o incautación del producto de la infracción, cuya naturaleza no es sancionadora, sino la de prevenir la comisión de nuevas infracciones.

58. Ahora bien, debe recordarse que se permite la **colaboración de la potestad reglamentaria** en la determinación de infracciones y sanciones en los siguientes términos: "Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes" (art. 27.3 LRJSP).

3.2.4. Principio de responsabilidad (art. 28)

59. En esta materia, la LRJSP dispone que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa "las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

60. La capacidad infractora en el ámbito administrativo incluye así a los **menores** de edad, en la línea de lo previsto para la capacidad de obrar (art. 3 LPAC) y la capacidad procesal (art. 18 LJCA). Esta responsabilidad directa se acompaña de la doble previsión del párrafo cuarto del artículo 28 LRJSP. La primera es la posibilidad de que las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores puedan tipificar como infracción propia el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. La segunda previsión es la posibilidad de que esas leyes reguladoras sectoriales imputen a personas titulares de un específico deber legal de cuidado (patria potestad, art. 154 CC, poder empresarial sobre los trabajadores, art. 20 ET) la responsabilidad subsidiaria del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a las personas dependientes o vinculadas a aquellas.

61. El tema de la **responsabilidad sancionadora de los menores** es controvertido. Tradicionalmente, el Código Civil ha venido sosteniendo la regla de que "los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda". Sin embargo, el artículo 6.4 de la Ley vasca 2/1998, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma

Vasca (reproducido por el art. 6.3 de la homónima Ley 1/2023) considera irresponsables a los menores de catorce años en los siguientes términos: "Las normas sancionadoras sectoriales, en atención a la naturaleza y finalidad de la concreta regulación material sectorial de que se trate y a la capacidad de obrar que en dicha regulación se reconozca a los menores, fijarán el límite de edad a partir del cual se puede ser responsable de una infracción. A falta de disposición al efecto, no serán responsables los menores de catorce años", aunque con específicas reglas de moderación de la responsabilidad por culpa *in vigilando* (art. 9 de la Ley 1/2023). Sin embargo, el artículo 42.3 de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, establece que "Cuando sea declarado autor de los hechos cometidos un menor de dieciocho años no emancipado o una persona con la capacidad modificada judicialmente, responderán, solidariamente con él, de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, según proceda". Por su parte, el artículo 82 del texto refundido de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial dispone que "Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de la multa impuesta sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores." El art. 39 bis de la Ley gallega 8/2008, de 10 de julio, de salud pública, dispone que "De las infracciones cometidas por menores de edad serán responsables subsidiarios sus padres y madres, los tutores y tutoras y los guardadores y guardadoras legales o de hecho, por este orden, o la persona adulta responsable a quien se hubiera encomendado el cuidado del menor o la menor en el supuesto de infracciones cometidas en presencia de la misma".

62. Asimismo, se corrobora la **inexistencia** en nuestro ordenamiento **de infracciones imputables a título objetivo**: es necesario que en el procedimiento sancionador se pruebe la concurrencia de un elemento subjetivo o culpabilístico, en sus dos modalidades de dolo o culpa (imprudencia), para que se pueda imputar responsabilidad administrativa a personas físicas o jurídicas (SSTC 76/1990; 14/1997; 209/1999; y 33/2000; 164/2005; STS 27 de enero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:246). El art. 29.3 LRJSP considera estos elementos subjetivos (culpabilidad e intencionalidad) como un criterio de graduación de la sanción.

63. Sin embargo, debe advertirse que la LRJSP, siguiendo el mismo criterio que el Código Penal, **no define ni el dolo ni la culpa** a efectos sancionadores, lo que deja un amplio margen a la discrecionalidad administrativa y a su depuración jurisprudencial. Tampoco se aclara la eficacia en este ámbito del error, vencible (STS de 21 de marzo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1266) o invencible, o de las causas de exención de la responsabilidad sancionadora (por ejemplo, la inimputabilidad por enfermedad psíquica grave), o de los estados de necesidad, que sí han sido reconocidos por la jurisprudencia. Como causas de exención de responsabilidad sancionadora en el ámbito tributario, el artículo 179 LGT señala la fuerza mayor; que se haya puesto "la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias"; o que la acción u omisión sean "imputables a una deficiencia técnica de los programas informáticos de asistencia facilitados por la Administración Tributaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias".

64. La **responsabilidad solidaria** se regula en el artículo 28.3 LRJSP: cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.

3.2.5. Principio de proporcionalidad (art. 29)

65. La regulación de este principio en la LRJPAC 1992 operaba principalmente respecto de la **dinámica de tipificación y aplicación de las sanciones**. Así también, en el vigente artículo 29 LRJSP se continúa y profundiza este enfoque con una serie de reglas destinadas a guiar el trabajo de diseño de infracciones y sanciones por el legislador, y el trabajo de subsunción de las normas sancionadoras por las Administraciones a los casos singulares, subsunción que conecta con la **obligación de motivación de las resoluciones sancionadoras**, de conformidad con el artículo 35 h) LPAC).

66. Así, en primer lugar, el establecimiento de sanciones pecuniarias debe prever que la comisión de la infracción tipificada **no sea más beneficiosa** para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

67. La cuantía, en consecuencia, debe cumplir con esa función de desaliento de los infractores ("*crime never pays*"), para cuya motivación sería aconsejable la realización de un **análisis económico** del Derecho de cada ámbito sectorial y su inclusión en la memoria normativa del proyecto legislativo correspondiente, en la línea de "buena regulación" estipulada con carácter básico por el artículo 130.2 LPAC para el ámbito reglamentario (*supra* § 16.50). En el ámbito europeo, esta metodología ha dado lugar a las Directrices de 1 de septiembre de 2006 en el ámbito de las sanciones contra prácticas contrarias a la competencia, seguidas por las que aplica en nuestro ámbito la CNMC. Sobre la proporcionalidad de las sanciones, vid. la importante STC 74/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TC:2022:74), sobre la sanción recogida en el artículo 206.6.b) LGT.

68. En segundo lugar, tanto en la determinación normativa del régimen sancionador como la imposición de concretas sanciones por las Administraciones públicas se deberá observar la debida **idoneidad y necesidad de la sanción** a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. En la tarea de graduación o ponderación de la sanción se deberán considerar especialmente los **criterios** de: a) grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad: b) la continuidad o persistencia en la conducta infractora; c) la naturaleza del perjuicio causado; y d) la reincidencia, definida como la comisión de más de una infracción firme de la misma naturaleza en el período de un año. La STC 47/2023 concedió amparo a una extranjera expulsada del territorio nacional, por vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, dado que lo proporcional a su situación (ex art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) era la imposición de una simple sanción pecuniaria.

69. En tercer lugar, se permite que el órgano sancionador pueda imponer la sanción en el **grado inferior** cuando así lo justifique la debida adecuación entre la sanción y la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes.

70. En cuarto lugar, como un criterio derivado de la proporcionalidad, se establece que cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras (**concurso ideal de infracciones**), se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la **infracción más grave cometida**, criterio también seguido por el artículo 8 del CP.

71. Esta idea es compatible con la de la **acumulación** de sanciones correspondientes a comportamientos fácticos distintos (**concurso real de infracciones y sanciones**) que la LRJSP no regula, salvo en lo previsto por el párrafo sexto del artículo 29 para las **infracciones continuadas**: será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. No obstante, debe añadirse aquí la regla procedimental del artículo 63.2 LPAC: "No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo."

72. El Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya 367/2022, de 10 de noviembre, ha distinguido (punto V.3) entre la definición jurisprudencial de las infracciones continuadas, que exige una pluralidad de acciones que infrinjan un mismo precepto, y las "infracciones instantáneas idénticas", que son aquellas infracciones reiteradas en momentos temporales distintos por el mismo sujeto (en el caso, infracciones de tráfico por circular en varias ocasiones a más velocidad de la permitida, captadas por el mismo radar), considerando que respecto de estos supuestos no concurren las causas de revisión de oficio por la Administración (local) de sus actos de gravamen o desfavorables (arts. 109 y 110 LPAC) por el hecho de no haberse notificado al sujeto infractor la primera de las infracciones.

3.2.6. Reglas relativas a la prescripción de infracciones y sanciones (art. 30)

73. En el ámbito administrativo, el **transcurso del tiempo**, como en el ámbito penal, se considera también una circunstancia que, por criterios legales de oportunidad, extingue la perseguibilidad de la infracción, la responsabilidad personal por su comisión, y la procedibilidad de la ejecución de la sanción. El artículo 30 LRJSP establece el principio de legalidad en la fijación del plazo de prescripción de infracciones y sanciones, de tal modo que, a falta de concretos plazos en la ley sectorial correspondiente, se fijan las reglas subsidiarias siguientes:

	Muy graves	Graves	Leves
Infracciones	3 años	2 años	6 meses
Sanciones	3 años	2 años	1 año

74. No obstante, debe recordarse en este punto que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la prescripción debe ser objeto de un tratamiento "unitario", al amparo del artículo 149.1.1 CE, cuando son las leyes básicas estatales las que la fijan, sin que puedan las legislaciones autonómicas reducir esos plazos en beneficio de los infractores (SSTC 102/1995, FJ 32; 124/2003, FJ 8; 148/2011, FJ 11; STC 196/1996, FJ 2; STC 142/2016, FJ 10).

75. El precepto fija también las **reglas de cómputo del plazo de prescripción**. El *dies a quo* para las **infracciones** es el día de comisión, mientras que, en el caso de las infracciones continuadas, el *dies a quo* es el día de finalización de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por la iniciación de un procedimiento

sancionador con "conocimiento del interesado", y se reinicia por la paralización del expediente durante más de un mes por causa no imputable al responsable.

76. En el caso de las **sanciones**, su prescripción se cuenta desde que sean ejecutables o haya transcurrido el plazo para recurrirla. Se interrumpe la prescripción por el inicio, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor. En caso de desestimación por silencio de los recursos administrativos (alzada o reposición, conforme a la STS de 25 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:603) interpuestos contra la resolución sancionadora, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso (tres o un mes, respectivamente, arts. 122.2 y 124.2 LPAC). En relación con la concurrencia de responsabilidades penales y administrativas sobre menores —en las que la finalidad represiva del castigo debe acompasarse con una especial atención a su función reeducativa—, *vid*. la STC 2/2023, que concedió amparo al menor recurrente por vulneración del ne bis in idem en su vertiente material (exceso de punición en la jurisdicción penal).

3.2.7. Concurrencia de sanciones y prohibición de bis in idem (art. 31)

77. Recogiendo una regla clásica del ámbito penal, el artículo 31 LRJSP dispone que no pueden ser sancionados los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. Es decir, se prohíbe que **un mismo hecho**, por encajar en un tipo de delito o de sanción administrativa —algo muy común en la actualidad— pueda ser objeto de doble incriminación, penal y administrativa. Aunque la parquedad de la regulación es notable, debe entenderse también incluida en esta regla la imposición de dos penas o sanciones por el mismo hecho y con el mismo fundamento al mismo sujeto infractor (STC 107/1989, FJ 4).

78. Estas reglas sustantivas sobre el *bis in idem* **material** debe complementarse en lo procesal con la **prejudicialidad penal**, es decir, la preferencia de que sea la jurisdicción penal la que enjuicie en primer lugar los hechos conforme al Código Penal vigente, para así descartar la comisión de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, conforme al carácter doblemente fragmentario del Derecho penal como última *ratio* del ordenamiento jurídico. Sólo en caso de no ser penalmente punible el comportamiento, procederá valorar si el mismo supone una infracción administrativa.

79. La regulación de la prejudicialidad penal (tanto en su vertiente de prelación de procesos como de vinculación material a las declaraciones de hechos probados en vía penal) era objeto del artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, ya derogado. Ahora, la regla de prelación de procesos debe buscarse en el artículo 4.1 de la LJCA y en la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional desde su STC 77/1983. Por su parte, la vinculación material es objeto del artículo 77.4 de la LPAC: "En los procedimientos de

carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien".

80. La última regla del artículo 31 LRJSP (en puridad, una regla de proporcionalidad, no de *bis in idem*) se formula para la siguiente hipótesis: cuando un órgano de la **Unión Europea** hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento (por ejemplo, en materia de tutela de la competencia), el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.

3.3. Las reglas especiales básicas de procedimiento sancionador (LPAC)

81. Como se ha anticipado, la política legislativa seguida por la LPAC ha ampliado las reglas básicas del procedimiento sancionador, al refundir los viejos principios con las reglas sustantivas anteriormente incluidas en el ya derogado Real Decreto 1398/1993; pero también ha fragmentado su sistemática, en la medida en que, aunque se proclama la **garantía del procedimiento debido** (art. 63.2), **las especialidades** de este procedimiento no se recogen en un capítulo específico, sino que se van añadiendo a lo largo del *iter* regulatorio del procedimiento administrativo común. La LPAC establece las especialidades siguientes:

82. El **plazo general de caducidad** de este procedimiento no puede superar los seis meses (art. 21.2 LPAC), sin perjuicio de su ampliación por ley sectorial o norma de la Unión Europea, o la previsión de un plazo menor en la normativa sectorial. En ausencia de previsión específica, el plazo subsidiario se fija en tres meses (art. 21.3 LPAC), aunque ahora se permiten conservar actos y trámites de los procedimientos caducados (art. 95.3 LPAC).

83. Los **derechos de los inculpados** (de acceso a la información, audiencia, etc.) se recogen en el artículo 53.2 LPAC.

84. El artículo 55.2 LPAC contempla una regulación específica de las **actuaciones preprocedimentales** de "información o actuaciones previas" con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento sancionador.

85. Los artículos 63 y 64 LPAC recogen respectivamente las especialidades en el **inicio de los procedimientos sancionadores**, y las formalidades que deben adornar al acto de inicio de estos procedimientos. Pero también deben tenerse en cuenta las especialidades del artículo 60.2 LPAC (iniciación por orden de órgano superior jerárquico), 62.2 LPAC (iniciación por denuncia), y 62.4 LPAC (los denominados programas de clemencia, que benefician a un partícipe de la infracción si denuncia).

86. El artículo 85 LPAC incorpora una serie de reglas sobre la terminación por **pago voluntario** en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución. Esta posibilidad implica una rebaja mínima del 20 por 100 del importe de las sanciones

pecuniarias, que puede ser incrementada reglamentariamente, sin que ello impida la interposición de recurso en vía contencioso-administrativa.

86 *bis*. Distintas leyes sectoriales reconocen la figura de la condonación parcial de las sanciones, como manifestación formalizada de la potestad revocatoria de actos de gravamen reconocida con carácter básico por el artículo 109.1 LPAC. Por ejemplo, el artículo 108.7 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia. *Vid*. sobre sus límites la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de febrero de 2024, ECLI:ES:TSJGAL:2024:1344.

87. También se establecen normas específicas sobre el contenido específico de la **resolución de archivo** (art. 89.1 LPAC) y de la **propuesta de resolución** (art. 89.2 LPAC), acto de trámite cualificado que ocupa la posición central de la contradicción en este procedimiento.

88. Los parámetros de **validez** del acto de resolución de los procedimientos sancionadores (art. 90 LPAC), así como el régimen de **ejecutoriedad** de las sanciones (las sanciones sólo pasan a ser ejecutivas cuando no quepa interponer ningún recurso administrativo ordinario, sin perjuicio de su suspensión cautelar cuando se anuncie la intención de impugnar la sanción en el contencioso-administrativo) y de las medidas de reparación de los daños causados a la Administración.

89. El procedimiento común **simplificado** es aplicable al ámbito sancionador de conformidad con el artículo 96 LPAC.

90. De conformidad con el artículo 98.2 LPAC, el **pago** de las sanciones pecuniarias deberá hacerse preferentemente por los medios electrónicos ordinarios habilitados para el ingreso en la Hacienda pública: tarjeta de crédito y débito, transferencia o domiciliación bancaria.

4. LA EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: HACIA UN *IUS GENTIUM PUNIENDI*

91. La evolución del Derecho administrativo sancionador español se caracteriza en la actualidad por su apertura a los desarrollos internacionales que sobre la potestad sancionadora se están produciendo en el seno de la ONU, la Unión Europea y el Consejo de Europa tras la ratificación por el Reino de España de los grandes tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por la vía del artículo 10.2 y 96 CE, la interpretación de los parámetros constitucionales característicos de la potestad sancionadora está llamada a absorber los criterios jurisprudenciales, cada vez más imbricados entre sí, que son incorporados por los órganos interpretativos de estos tratados. Este incipiente *ius gentium puniendi* abre el desarrollo de nuestra jurisprudencia interna (ordinaria y constitucional) a un **nuevo impulso de carácter pretoriano** (activista o garantista, si así se quiere) que ha sido la pauta constante del desarrollo del Derecho administrativo sancionador español contemporáneo.

92. Ha de tenerse en cuenta la posibilidad de informes del **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas** a la hora de velar por la eficacia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en lo que atañe a sus artículos 14.7 (*ne bis in idem*) y 15 (principio de legalidad penal y retroactividad de la norma penal más favorable).

93. En el caso del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, hay que subrayar que el Convenio de Roma, al regular el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5), a un proceso equitativo (art. 6) y el principio de que no hay pena sin ley y la prohibición de retroactividad (art. 7) maneja un concepto amplio de sanción, que incluye tanto las penas criminales como las sanciones administrativas. Este concepto autónomo de sanción permite aplicar los principios de legalidad penal, derecho a un proceso con doble instancia (art. 2 del Protocolo nº 7) o el *ne bis in idem* (art. 4 del Protocolo nº 7) a las sanciones administrativas graves, en una suerte de redimensionamiento de la unidad del *ius puniendi* en el ámbito internacional.

94. Así se ha hecho en la sentencia TEDH de 30 de junio de 2020 (asunto *Saquetti Iglesias vs. España*, ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005051413), en la que se condenó al Reino de España por imponer una sanción administrativa sin derecho a una segunda instancia (art. 2 del Protocolo nº 7). Respecto del art. 4 del Protocolo nº 7, relativo al *ne bis in idem*, el Tribunal de Estrasburgo exige analizar el contenido material de las "acusaciones en materia penal" conforme a los tres criterios denominados "criterios Engel" por la sentencia que los alumbró, de 23 de noviembre de 1976, *Engel y otros contra los Países Bajos* (ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071), a saber: calificación jurídica de la infracción en el derecho interno, naturaleza y grado de severidad de la sanción a imponer. A resultas de este análisis, se ha concluido que la retirada del permiso de conducir tras una condena penal por exceso de velocidad podía tener un contenido represivo, y por tanto calificable como un (proscrito) *bis in idem* (sentencia de 13 de diciembre de 2005, *Nilsson vs. Suecia*, ECLI:CE:ECHR:2005:1213DEC007366101). En el asunto *Ruotsalainen vs. Finlandia* (sentencia de 16 de junio de 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0616JUD001307903), se consideró vulnerado el artículo 4 del Protocolo por haberse impuesto a un ciudadano finés una pena por fraude tributario (uso de camioneta con diésel de calefacción) y, además, una liquidación tributaria elevada al triple del valor de las tasas del impuesto de carburante que no habían sido abonadas. El profundo impacto de esta jurisprudencia se ha puesto de manifiesto en la STS de 25 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4550), cuya doctrina casacional es la siguiente: "la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti c. España, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora". Véase también al respecto la STC 71/2022.

95. Por la vía del artículo 93 CE, el aplicador español del Derecho debe estar también atento a la jurisprudencia generada por el **TJUE** en su interpretación de los derechos reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, que incluyen los del Convenio de Roma (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), frente al uso de las potestades sancionadoras dispuestas por las instituciones comunitarias para garantizar la primacía y eficacia del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, cabe hablar de paulatinos —aunque desordenados y complejos— flujos de intersección, confluencia e interiorización interordinamental en la materia.

96. En particular, la Carta ha positivado en su artículo 48, el derecho de presunción de inocencia y a la defensa; en su artículo 49, el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y sus penas, incluida la retroactividad de la ley penal más favorable; y en su artículo 50, el derecho a no ser acusado o condenado dos veces por el mismo delito. Estos derechos son directamente aplicables cuando la Comisión o los Estados miembros aplican Derecho comunitario, en los términos del artículo 51 de la propia Carta, con medidas de naturaleza sancionadora. Algo frecuente en las materias sometidas a reglamentos comunitarios (política agrícola y pesquera común, gestión presupuestaria de los fondos comunitarios y protección de sus intereses financieros, competencia, etc.). Conforme al artículo 51 de la Carta, "Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión". La habilitación de una potestad sancionadora propia y directa de la Administración de la Unión Europea puede localizarse en múltiples reglamentos comunitarios que garantizan las reglas de la Unión; pero también, y de manera creciente, la Unión Europea está llamada a condicionar las potestades sancionadoras de sus Estados miembros mediante la aplicación y el control de las fuentes del Derecho que le son propias. Desde ambos ámbitos, se está produciendo una decantación paulatina de principios y reglas alrededor de las nociones de efectividad, carácter disuasorio y proporcionalidad (FUENTETAJA, 2021), que no siempre coincide con los principios asentados en nuestro ámbito propio. Así pasa con la proclamación de una responsabilidad sancionadora objetiva, sin culpa (vid. por ejemplo la STJUE de 6 diciembre 2012, *Société d'Exportation de Produits Agricoles SA vs. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, asunto C-562/11, ECLI:EU:C:2012:779), o los enfoques sobre el *ne bis in idem* (CANO CAMPOS, 2022). En materia de control de actos sancionadores, la jurisprudencia fundamental es la siguiente: sentencias del TJUE de 25 de septiembre de 1984, *Könecke*, asunto C-117/83, ECLI:EU:C:1984:288; 27 de octubre de 1992, *Alemania vs. Comisión*, asunto C-240/90, ECLI:EU:C:1992:408; de 11 de julio de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, asunto C-210/00, ECLI:EU:C:2002:440; 6 de abril de 2006, *Ed & F Man Sugar*, asunto C-274/04, ECLI:EU:C:2006:233; 13 de diciembre de 2012, *FranceAgriMer*, asunto C-670/11, ECLI:EU:C:2012:807; 26 de septiembre de 2013, *Texxdata Software*, asunto C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588; de 23 de abril de 2015, *Zaizoune*, C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260; 5 de diciembre de 2015, *M.A.S y M.B*, asunto C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936; 20 de diciembre de 2017, *España vs. Comisión*, asunto C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982; de 20 de marzo de 2018, *Menci*, asunto C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197; 30 de abril de 2020, *República Helénica vs. Comisión*, Asunto C-797/18, ECLI:EU:C:2020:340; 2 de febrero de 2021, *Consob*, asunto C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84.

97. Asimismo, debe recordarse que la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, incluye las sanciones pecuniarias como un instrumento de **reconocimiento mutuo**, es decir, como una resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en el mismo, siempre que la sanción respete los derechos fundamentales expresados en su artículo 3, lo que incluye no sólo los parámetros de la Constitución Española, sino también los derechos reconocidos por el artículo 6 TUE, arriba expresados. De ahí que este sistema constituya un específico **campo de comparatismo de estándares jurídicos** al servicio de la depuración de un derecho administrativo sancionador europeo.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007.

Tomás CANO CAMPOS, "Los claroscuros del ne bis in idem en el espacio jurídico europeo", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 27-69.

Miguel CASINO RUBIO, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, CEPC, Madrid, 2018.

Jesús FUENTETAJA PASTOR, "La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 227-269.

Alejandro HUERGO LORA, *Sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.

Luis MARTÍN REBOLLO, La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos "procedimientos comunes especializados", en Francisco LÓPEZ MENUDO, (Dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Editorial Universidad de Sevilla-Instituto García Oviedo, 2016.

Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, 5ª ed. Ampliada, Tecnos, Madrid, 2012.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, *La potestad sancionadora de los entes locales*, IVAP, Oñati, 2012.

Omar BOUAZZA ARIÑO, "El concepto autónomo de sanción en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 309-333.

Antonio BUENO ARMIJO, "El principio non bis in idem en el derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 271-307.

Tomás CANO CAMPOS, "El autismo del legislador: la "nueva regulación de la potestad sancionadora de la Administración", *Revista de Administración Pública*, núm. 201 (2016), pp. 25-68.

Tomás CANO CAMPOS, *Sanciones Administrativas*, Lefevre, Madrid, 2018.

Alejandro HUERGO LORA, *Problemas actuales de Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018.

Ramón PARADA VÁZQUEZ, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de Administración Pública*, núm. 67 (1972), pp. 41-94.

Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. Vol. II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 24ª edición, Dyckinson, Madrid, 2019.

Ignacio PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, CEDECS, Barcelona, 2000.

Manuel REBOLLO PUIG, (Coordinador), *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Manuel REBOLLO PUIG, "Definición y delimitación de las sanciones administrativas", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 41-91.

Manuel REBOLLO PUIG, "Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas", en Fernando SAINZ MORENO (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004, pp. 447-475.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 709-733
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L28
© Isaac Martín Delgado
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 28
INFORMACIÓN Y DATOS

Isaac Martín Delgado
Universidad de Castilla–La Mancha

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: DATOS, INFORMACIÓN, CONOCIMIENTO.—2. DIMENSIÓN INTERNA: EL VALOR ESTRUCTURAL DE LA INFORMACIÓN EN PODER DEL SECTOR PÚBLICO: 2.1. Introducción: la información como medio; 2.2. Gestión documental y gobernanza de los datos; 2.3. Interoperabilidad.—3. DIMENSIÓN EXTERNA: EL VALOR INSTRUMENTAL DE LA INFORMACIÓN EN PODER DEL SECTOR PÚBLICO: 3.1. Servicios de información administrativa; 3.2. Publicidad y acceso a la información pública; 3.3. Reutilización de la información del sector público y apertura de datos.—4. LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LOS DATOS: 4.1. Seguridad; 4.2. Protección de datos de carácter personal.—5. BIBLIOGRAFÍA: 5.1. Bibliografía citada. 5.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. INTRODUCCIÓN: DATOS, INFORMACIÓN, CONOCIMIENTO

1. La Administración pública es una organización social que tiene encomendada constitucionalmente la misión de satisfacer el interés general (*supra* § 1.2). En tanto que organización (dotada además de personalidad jurídica propia) **cada Administración** —territorial o general o institucional, instrumental o especial (*supra* § 1.21)—, **posee una serie de medios humanos y materiales** para la realización de las funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico: recursos económicos, personal, edificios, sistemas y aplicaciones informáticas, etc. Uno de los elementos funda-

mentales de los que se sirve para el ejercicio de sus competencias es la **información** que está en su poder o a su alcance. Esta información se plasma en documentos y en bases de datos, almacenados en formatos y soportes diferentes, que generan, a su vez, nuevos datos y nueva información útil para el desarrollo de las funciones administrativas. Desde esta perspectiva, **los datos** constituyen un **recurso estratégico**, más aún en el contexto de la transformación digital de nuestras organizaciones públicas.

2. El uso diligente de **la información** disponible como criterio determinante de la actuación administrativa es una de las manifestaciones del principio de buena administración (PONCE, 2001). Los **datos** son una **herramienta imprescindible** no sólo para la **toma de decisiones administrativas** con carácter general, sino también para la satisfacción de los principios generales que guían la actuación de la Administración pública —eficacia, buena administración, objetividad— e, incluso, en función de las circunstancias concurrentes, para el cumplimiento del principio de legalidad. Efectivamente, la toma de decisiones —cuando pretende ser racional y perseguir la certeza— se basa en datos y, cada vez con mayor insistencia, el ordenamiento jurídico exige de la Administración tareas de planificación y evaluación que requieren de una buena gestión de la información que está en su poder o a su alcance.

3. A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha vinculado **datos, procedimiento y derecho de buena administración** en su Sentencia de 14 de abril de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1387 precisando que "el derecho al procedimiento administrativo debido, que es corolario del deber de buena administración, garantiza que las decisiones administrativas (...) se adopten de forma motivada y congruente con el iter procedimental, sin incurrir en desviación del procedimiento, en la medida que se requiere que no haya discordancias de carácter sustancial entre los datos fácticos relevantes, la fundamentación jurídica obrante en el expediente y el contenido de la decisión administrativa".

4. Por su parte, a nivel gubernamental, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (2020) contempla como uno de sus ejes estratégicos el desarrollo de plataformas de datos para dar soporte a la Inteligencia Artificial en el ámbito del sector público para implementar nuevos servicios a los ciudadanos; asimismo apuesta por la creación de la llamada Oficina del Dato con el fin de impulsar el uso de los **datos para la mejora de los procedimientos administrativos**, entre cuyas tareas se incluyen las siguientes: el establecimiento de las medidas necesarias para impulsar la compartición y uso de los datos públicos y privados, la creación de entornos para compartir de manera segura los datos de la Administración con las empresas y de estas con la Administración, así como de las empresas entre sí, de forma alineada y coordinada con las instituciones existentes que elaboran estadísticas oficiales. También se encarga del seguimiento de las tendencias en las estrategias europeas de datos y de *cloud*; y de invertir en la generación de "lagos de datos" sectoriales y la propuesta de mecanismos de gobernanza. Véase la Orden ETD/803/2020, de 31 de julio, por la que se crea la División Oficina del Dato y la División de Planificación y Ejecución de Programas en la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. En mayo de 2024 se ha aprobado por parte del Gobierno de España una nueva Estrategia de Inteligencia Artificial 2024, en la que se incluye como iniciativa específica el establecimiento de un modelo de gobernanza común de datos.

5. Al mismo tiempo, **la información** en poder de las distintas Administraciones públicas posee **valor para terceros** ajenos a ellas y se vincula en algunos casos con la satisfacción de derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico. La difusión de la información pública permite conocer cómo realizan sus funciones, en qué se gastan los fondos públicos, cómo se estructura la organización o por qué se adoptan determinadas decisiones (con quién licita un ayuntamiento o cuánto dinero se ha gastado Radiotelevisión Española en el último Festival de Eurovisión); junto

con ello, el acceso a esa información tiene un carácter instrumental para el ejercicio de otros derechos e intereses (la elaboración de una noticia sobre la compra de mascarillas o el desarrollo de una investigación académica sobre el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por parte del Reino de España), alguno de los cuales está directamente vinculado a la oportuna gestión de esa información —como es el caso del derecho a no aportar datos y documentos en poder de las Administraciones públicas—. Es más, el valor de la información puede ser incluso económico, en tanto que resulta susceptible de reutilización con la finalidad de generar nuevos productos o servicios ofrecidos al mercado (aplicación para la búsqueda de casa que, junto con precio y características de las viviendas en venta o alquiler, ofrece información de los colegios cercanos, los últimos informes de inspección educativa sobre los mismos, el índice de criminalidad del barrio y la edad media de sus moradores) o para adoptar decisiones estratégicas (identificar necesidades de clientes para aumentar la competitividad).

6. Desde hace varios años la Unión Europea está impulsando estrategias y normativa para promover la **apertura y compartición de datos** a nivel público y privado. Destaca particularmente la conocida como Ley de Gobernanza de Datos (Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos), que pretende favorecer la innovación y la transformación digital basada en datos; la llamada Ley de Datos (Reglamento (UE) 2023/2854) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización), por medio de la cual se establecen nuevas reglas para el uso de los datos generados a nivel de la Unión; y la Directiva de datos abiertos (Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, cuya finalidad es explotar plenamente el potencial de la información del sector público para la economía y la sociedad a nivel europeo. A modo de marco conceptual de todas estas iniciativas, la Comisión Europea ha aprobado una Estrategia Europea de Datos para potenciar una economía de datos sobre la base de la mejora en los mecanismos e instrumentos de interoperabilidad, calidad, gobernanza e infraestructuras, sin olvidar la ciberseguridad. Y como primera aplicación práctica se ha publicado recientemente el Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud con el fin de con el fin de mejorar el acceso por parte de las personas físicas a sus datos de salud electrónicos personales y su control de dichos datos, en el contexto de la asistencia sanitaria, así como de alcanzar mejor otros fines para los que se necesite el uso de datos de salud electrónicos en el sector de la asistencia sanitaria y en el sector asistencial que beneficiarían a la sociedad, como, por ejemplo, la investigación, la innovación, la formulación de políticas, la preparación y respuesta ante las amenazas para la salud, incluidas la prevención y respuesta ante futuras pandemias, la seguridad de los pacientes, la medicina personalizada, las estadísticas oficiales o las actividades de regulación.

7. Precisamente por ello, puede afirmarse que **la información**, desde esta perspectiva, **tiene dos** claras **dimensiones: interna y externa**. La dimensión interna hace referencia a la gestión de la información en poder de la Administración —a efectos de archivo y de **adopción de decisiones** en el marco del procedimiento administrativo— y al intercambio de información entre Administraciones; la dimensión externa guarda relación con el **acceso** a la información pública por parte de los ciudadanos y empresas (interesados y terceros). Obviamente, ambas dimensiones están conectadas entre sí: una buena gestión documental favorece el uso instrumental de la misma para el cumplimiento de otras obligaciones y la satisfacción de otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

8. Un claro ejemplo de ello es la incorporación de las obligaciones de transparencia previstas en la ley en el **ciclo de vida de los documentos** para satisfacer el derecho de acceso a la información pública y promover su reutilización desde el diseño de los sistemas de gestión documental, incluso de forma automatizada —transparencia por diseño— (CERRILLO y CASADESÚS, 2018).

9. Por último, debe tenerse presente que la información, por el valor estratégico que posee —interno y externo—, necesita de **garantías**; efectivamente, ha de estar protegida frente a injerencias e intromisiones contrarias a Derecho o frente a usos ilegítimos. La normativa de protección de datos de carácter personal y la normativa en materia de seguridad y ciberseguridad, principalmente, buscan garantizar la integridad de la información en poder de la Administración y evitar usos fraudulentos, teniendo en ambos casos muy presente el contexto tecnológico actual.

10. En definitiva, **los datos,** debidamente estructurados**, generan información**; y esa información permite crear **conocimiento y aporta valor**. La clave para comprender la relación inseparable entre las tres manifestaciones anteriormente expuestas —dimensión interna, dimensión externa y garantías— se encuentra en la propia definición de dato. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por tal debe entenderse el "antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho", así como "información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por un ordenador". La existencia de ingentes cantidades de datos no equivale por sí misma a información; la mera difusión pública de esos datos no garantiza el conocimiento. Sólo cuando los datos en poder de las Administraciones públicas se estructuran, se comparten y se toman en consideración para la adopción de decisiones públicas podemos hablar verdaderamente de organizaciones "datacéntricas"; además, únicamente cuando se ponen a disposición de los ciudadanos y empresas para que éstos, de manera sencilla, puedan conocerlos y, en su caso, reutilizarlos, es posible hablar de acceso libre a la información. En uno y otro caso, el tratamiento informático es la clave para aprovechar al máximo su potencial y, al mismo tiempo, conocer sus vulnerabilidades o riesgos de uso fraudulento resulta imprescindible para proteger debidamente la información.

2. DIMENSIÓN INTERNA: EL VALOR ESTRUCTURAL DE LA INFORMACIÓN EN PODER DEL SECTOR PÚBLICO

2.1. Introducción: la información como medio

11. La importancia de los datos como **elemento estructurante de la acción administrativa** está hoy en día fuera de toda duda. La transformación digital de la Administración pública ha conducido a ampliar las posibilidades de tratamiento documental y, en particular, a situar el dato como herramienta fundamental para la elaboración de las políticas públicas, el ejercicio de las potestades administrativas y la satisfacción de los derechos de los ciudadanos. Más aún en un contexto, como el actual, de creciente incorporación de tecnologías disruptivas —en particular, la inteligencia artificial—, que se suma al crecimiento en la cantidad de datos disponibles, al

incremento de la capacidad de computación y de almacenamiento, y al desarrollo de nuevas técnicas de explotación de los datos, todo ello a costes asequibles. En definitiva, los datos son considerados un activo digital fundamental de carácter estratégico.

12. Como señala muy gráficamente el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, "sin datos, el desarrollo de la IA y otras aplicaciones digitales resulta imposible". El Plan España Digital 2025 contempla como eje estratégico el relativo a la economía del dato en tanto que herramienta fundamental para la transformación digital, también de las Administraciones públicas. Dentro del eje transformación digital del sector público, se incluyen medidas como la simplificación de las relaciones con la ciudadanía, la digitalización de los servicios o la personalización de los servicios públicos digitales, todas las cuales precisan de la información como recurso previo. No en vano, el Plan de Digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025, que integra la estrategia en materia de Administración digital y servicios públicos digitales, recoge como su primer eje estratégico la transformación digital de la Administración General del Estado; dentro del mismo incorpora como línea de actuación el impulso de la transparencia y de políticas basadas en datos, con diferentes medidas para la gestión y el intercambio transparente de información. En definitiva, se busca una Administración "guiada por datos" para un más eficaz diseño de políticas públicas y una mayor eficiencia en la prestación de servicios públicos.

13. Los datos son premisa imprescindible para la **elaboración, diseño y evaluación de políticas públicas**. Las diferentes estrategias que definen las Administraciones públicas en múltiples ámbitos sectoriales para canalizar su acción necesitan de información. La información también resulta esencial en la evaluación con el fin de mejorar la acción de gobierno, tarea que llevan a cabo no pocos órganos administrativos de naturaleza muy variada en ámbitos sectoriales tan distintos como el económico–financiero, el ambiental o el fiscal.

14. La Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, concibe la evaluación de políticas públicas como una política pública en sí misma y tiene por objeto estructurar el sistema público de evaluación de políticas públicas a nivel estatal con el fin de institucionalizar la evaluación como herramienta de aprendizaje colectivo y organizativo, de mejora del servicio público, rendición de cuentas y transparencia, contribuyendo a la eficacia y eficiencia de la acción pública. La norma define el dato en su artículo 2 como "la representación de una variable cualitativa o cuantitativa, que permite el conocimiento exacto de un hecho o sirve para deducir las consecuencias derivadas del mismo" y establece el deber de contar desde el diseño de las políticas públicas con indicadores —de realización, de resultados y de impacto— que faciliten su seguimiento y evaluación, incluyendo indicadores para la evaluación *ex ante*. La importancia de los datos es tal que su artículo 21 fija el deber de diseñar un plan de recopilación de datos coherente con la metodología definida en el diseño de la evaluación que contemplará, al menos, las fuentes de datos, el método y el instrumento de recopilación y la muestra. Desde el Instituto para la Evaluación de las Políticas Públicas se han publicado varias guías de evaluación de políticas públicas que tienen por objeto tanto la evaluación de diseños y resultados de políticas públicas como la elaboración de directrices y criterios para realizar tales evaluaciones.

15. De otro lado, la información **legitima el ejercicio de las potestades administrativas** y, en particular, de la potestad reglamentaria (*supra* § 16.57). Los principios de buena regulación y la calidad de las normas precisan de la información —a nivel interno y externo— para concretarse en la práctica. Al mismo tiempo, un buen uso de la información que está en poder de la Administración permite **simplificar sus relaciones con los ciudadanos** como concreción de los principios de buen gobierno y buena administración.

16. Por señalar un ejemplo, el artículo 66 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) permite que los sistemas normalizados de solicitud puedan incluir **comprobaciones automáticas** de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones u ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el interesado verifique la información y, en su caso, la modifique y complete.

17. Destaca particularmente, desde esta doble perspectiva, la Ley aragonesa 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, cuyo objeto es establecer medidas de **simplificación administrativa** para promover la mejora de los procesos regulatorios, de gestión y la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y su sector público. Entre los criterios de simplificación de procedimientos, agilización de trámites y reducción de cargas incorpora la supresión o reducción de la documentación requerida a los interesados y la reducción de datos exigibles para el ejercicio de derechos; junto con ello, crea la Plataforma de Gobernanza de Datos como espacio de gestión y compartición de los datos de los diferentes órganos que integran la Administración autonómica, interoperable con la Plataforma de Intermediación estatal. En esta misma línea, otras comunidades autónomas están promoviendo recientemente leyes de simplificación y agilización de la actividad administrativa con el fin de revisar y reducir las cargas administrativas y regular el uso de la tecnología (y, en particular, de la Inteligencia Artificial) para prestar un mejor servicio a los ciudadanos. Es el caso de la Comunidad Valenciana, con la Ley 6/2024, de 5 de diciembre, de simplificación administrativa, y de Andalucía, con el Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía.

18. Es más, la información es recurso esencial para la **satisfacción proactiva de los derechos y necesidades de los ciudadanos**. Las tecnologías actualmente existentes y, en particular, la inteligencia artificial, permiten personalizar entornos y productos para adaptarse a las necesidades únicas del ciudadano; más en concreto, dado que la administración electrónica proactiva se basa en datos y es sensible al contexto para permitir una personalización profunda, anticipar necesidades e impulsar servicios inmediatos, tales sistemas electrónicos deben detectar cuándo o dónde un servicio se vuelve relevante y, a continuación, iniciar automáticamente su prestación (VELASCO, 2020).

19. El artículo 2 f) 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 (en adelante, RAFME) contempla entre los principios que rigen las actuaciones y las relaciones de las Administraciones públicas por medios electrónicos el principio de **personalización y proactividad**, entendido como la capacidad de las Administraciones públicas para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos.

20. Todo ello ha de derivar en la apuesta por un **modelo de gobernanza de los datos** basado en la elaboración de estrategias y de políticas de gestión documental y en la creación de estructuras organizativas, junto con la implantación de medidas de seguridad y, en particular, de protección de aquellos que tengan la condición de datos de carácter personal.

2.2. Gestión documental y gobernanza de los datos

21. El **documento administrativo** es uno de los elementos formales sobre los que pivota la eficacia de la actuación administrativa. Efectivamente, la constancia

—materialización— de la misma en un soporte determinado y de conformidad con una serie de pautas formales y materiales es clave para hacer valer su contenido; su almacenamiento y adecuada conservación resultan imprescindibles desde la perspectiva de la posibilidad de uso e intercambio de información para el ejercicio de las funciones públicas; finalmente, es claro que el acceso a la información pública y la reutilización de la misma, así como el ejercicio de determinados derechos de los ciudadanos relacionados directamente con el procedimiento administrativo, tienen como premisa una adecuada política de gestión documental. En definitiva, el **patrimonio documental** —histórico y no histórico—, no solo tiene valor por sí mismo, sino que también posee un valor instrumental vinculado al ejercicio de las potestades administrativas y a la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

22. De conformidad con lo previsto en el artículo 26 LPAC, "[s]e entiende por **documentos públicos** administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones públicas"; ello, con independencia de su forma —oral u escrita, automatizada o no— y soporte —gráfico, audiovisual, papel, electrónico…—. El RAFME define **documento electrónico** como información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTBG) define en su artículo 13 **información pública** como los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos integrantes del sector público y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el artículo 49 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPH) entiende por **documento** toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Desde el punto de vista técnico, la Norma UNE–ISO 30300 lo define como información creada o recibida y mantenida como evidencia y como activo por una organización, en cumplimiento de obligaciones legales o en el curso de su actividad.

23. En definitiva, más allá de los matices conceptuales derivados de la finalidad a la que sirve, **documento público administrativo** es todo aquel documento elaborado por un órgano integrante del sector público en el ejercicio de sus funciones que, con independencia de su soporte material, incorpora información relevante, permitiendo la acreditación de hechos o datos y proporcionando, con ello, evidencias de las actuaciones llevadas a cabo.

24. A pesar de la posibilidad de integrar y conservar información en diferentes soportes y de la admisibilidad de la constancia verbal de actuaciones administrativas, los artículos 26 y 36 LPAC dotan de **preferencia a la expresión escrita y al formato electrónico** sobre todos los demás, al precisar, respectivamente, que los documentos y los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, salvo que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. La consecuencia de la producción preferente de actos administrativos y documentos en formato electrónico es doble: de un lado, la necesidad de que la gestión documental también se realice por medios electrónicos; de otro, la asociación de la validez de los mismos al cumplimiento de una serie de requisitos formales.

25. Efectivamente, tal y como establece el artículo 70 LPAC, el expediente, como conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y

fundamento a la resolución administrativa, debe tener **formato electrónico** y su formación y gestión han de ser igualmente electrónicas; ello es garantía de transparencia y legalidad y, al mismo tiempo, premisa de la eficacia administrativa, del derecho de audiencia de los interesados y del control judicial. Junto con ello, todo documento administrativo electrónico ha de reunir una serie de **elementos para ser considerado válido**: contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado; disponer de los datos de identificación que permitan su individualización; integrar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos; incorporar los metadatos mínimos exigidos —esto es, información referida al propio documento que aporta contexto y valor al mismo y permite los procesos de gestión de documentos—; e incorporar las firmas electrónicas que resulten necesarias.

26. La **Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico**, aprobada por Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, establece los componentes del documento electrónico, determina los criterios que ha de cumplir su gestión, concreta los metadatos que ha de integrar y fija los elementos que deben reunir para facilitar el intercambio. La ausencia de estos elementos no determina por sí misma la invalidez del acto administrativo al que sirve de soporte el documento, pero sí puede implicar anulabilidad cuando derive en indefensión o impida al mismo adquirir el fin que le es propio (BERNING, 2019).

27. Hasta el momento, la jurisprudencia no ha derivado consecuencias invalidantes del incumplimiento del requisito de gestionar y formar el **expediente administrativo por medios electrónicos**. No obstante, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar, en un caso en el que el expediente remitido era un PDF con miles de copias escaneadas de documentos en papel, incumpliendo con ello lo previsto en la LPAC y en el artículo 48 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso–administrativa, que "[t]al situación no se cumple en el expediente remitido, que mal puede llamarse electrónico, en el que en lugar del modo presentación que facilita la consulta, se ha confeccionado con el modo amontonamiento, es decir un simple escaneado de las hojas de papel del expediente administrativo original, impidiendo así la búsqueda ágil que es el objetivo último de la Administración digital, obligando, en cambio, a visualizar todas y cada una de las hojas en la pantalla del ordenador cada vez que se consulta un documento" (STS de 13 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1818). En el mismo sentido, la STS de 26 de octubre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4309, afirma que "una transformación de documentos en formato papel a un formato digital no es simplemente proporcionar una imagen escaneada. sino que la imagen ha de poder identificarse para su eficaz y rápida consulta mediante el correspondiente índice conforme a las exigencias legales", y añade, a modo de advertencia, que "es el Juez quien tiene la última y definitiva palabra tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección".

28. Los documentos administrativos han de ser almacenados igualmente por medios electrónicos, salvo cuando ello no resulte posible. La LPAC establece en su art. 17 el deber de cada Administración de mantener un **archivo electrónico único** de los documentos electrónicos que correspondan a procedimientos finalizados con el fin de preservarlos de tal manera que se garantice su autenticidad, integridad y conservación, así como su consulta con independencia del tiempo transcurrido desde su emisión. Por su parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) añade en su artículo 46 a las citadas exigencias de archivo los deberes de seguridad y protección de datos.

29. A nivel estatal, existen distintas normas que regulan esta materia, tanto en general, como hace el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el **Sistema Español de Archi-**

vos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, cuanto desde la perspectiva tecnológica, como hace el RAFME. Desde la óptica de la conservación histórica de documentos, la LPH establece las condiciones de protección de aquéllos que tengan valor histórico, así como los requisitos de intercambio y acceso a los mismos.

30. El gran reto que plantean las posibilidades de las tecnologías de la información y las comunicaciones es **pasar de la gestión del documento al gobierno del dato**, entendido como todo conjunto de caracteres o símbolos a los que se asigna o podría asignarse un significado (Norma UNE–ISO 30300). Tal y como quedó apuntado, las distintas Administraciones públicas poseen una ingente cantidad de información, que generan u obtienen en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, se trata de una información poco estructurada, obrante en distintos departamentos y obtenida con finalidades diferentes, con no pocas dificultades para su gestión eficaz. La gobernanza de datos tiene como objetivo dar respuesta a la pluralidad, complejidad y dispersión de los datos en poder de los organismos públicos, tanto en los procesos de toma de decisiones públicas como desde la perspectiva de la transparencia, la rendición de cuentas y la reutilización (CASADESÚS, 2022).

31. La ampliación de las capacidades de la computación y el incremento exponencial de la cantidad de datos en poder de las Administraciones públicas traen consigo la posibilidad de analizar, explotar y gestionar tales datos —en definitiva, de tratarlos— de forma masiva. Ello implica que la información no se materializa en un documento, sino que se mantiene en forma de datos que son tratados directamente por sistemas informáticos que permiten su gestión. Este cambio hacia la gobernanza del dato resulta totalmente necesario para aprovechar al máximo las posibilidades de generar información y, con ello, de mejorar los procesos de toma de decisiones, el cumplimiento del principio de legalidad y de transparencia y la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

32. Un paso en esa dirección es el dado por el Real Decreto 806/2014, de 19 de septiembre, sobre organización e instrumentos operativos de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, que tiene por objeto el desarrollo y ejecución de un **modelo común de gobernanza de las TIC** a través de la estructuración organizativa, la planificación y la estrategia y la contratación. Ha sido recientemente sustituido por el Real Decreto 1125/2024, de 5 de noviembre, por el que se regulan la organización y los instrumentos operativos para la Administración Digital de la Administración del Estado, que actualiza la arquitectura organizativa en este ámbito en clave de transformación digital de la Administración para una mejor prestación de los servicios públicos. A nivel autonómico, destaca el Decreto de la Generalitat de Cataluña 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital, una de cuyas finalidades es establecer el marco del gobierno de los datos como elemento estructural del funcionamiento de la Administración digital con el objetivo de favorecer y mejorar la prestación de los servicios públicos y potenciar la creación de nuevos servicios digitales, lo cual incluye normas, procesos, funciones y responsabilidades; establece, además, los criterios para configurar un modelo de gobierno de datos que parte de la consideración de los mismos como activo digital y de la necesidad de que los distintos órganos integrantes de la Administración autonómica colaboren en su gestión.

2.3. Interoperabilidad

33. La **interoperabilidad**, entendida como capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que estos dan soporte de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos, es la **premisa** más importante —**y**, al mismo tiempo, el principal **reto** tecnológico—, de la transición digital, más aún en el contexto de un Estado descentralizado como el nuestro. No en vano, el artículo 3.2 LRJSP exige que las Administraciones públicas se relacionen entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculadas o dependientes a través de medios electrónicos que aseguren la interoperabilidad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas; en definitiva, de manera novedosa, contempla la interoperabilidad como principio general que ha de guiar la actuación de la Administración, tal y como venía reclamando la doctrina (MARTÍNEZ, 2009).

34. Ello tiene su proyección sobre los distintos instrumentos que integran el régimen jurídico de la Administración digital —registros, sede, firma, archivo, notificaciones, documentos y copias, expediente…—, con exigencias de conectividad normativas y tecnológicas, referidas tanto al interior de la Administración como a sus relaciones con terceros. Basta una lectura de los contenidos de la LPAC y de la LRJSP para comprobar que así es. Ciertamente, la necesidad de **compartir datos entre Administraciones** —manifestación de los principios/deberes de colaboración y cooperación (*supra* § 13.53)– es patente, no solo para hacer posible el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, sino también para satisfacer los derechos e intereses reconocidos a los ciudadanos.

35. Por señalar un ejemplo, el **derecho a no aportar datos y documentos** en poder de las Administraciones públicas (art. 53.1 d) LPAC), implica la compartición de datos entre Administraciones. Es por ello por lo que el artículo 155 LRJSP exige a todas las Administraciones facilitar el acceso por parte de las restantes a los datos que obren en su poder, deber que se canaliza a través de las plataformas de intermediación de datos y los correspondientes protocolos (DELGADO, 2023). Con esta misma lógica ha de interpretarse el contenido de la Disposición Adicional 2.ª LPAC, al favorecer la adhesión voluntaria por parte de las comunidades autónomas y de los entes locales a las plataformas estatales en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración y, en el caso de que deseen optar por soluciones propias, al exigirles la acreditación del cumplimiento del Esquema Nacional de Interoperabilidad y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:118, como concreción de estas obligaciones, ha declarado que, salvo oposición expresa del interesado, no puede ser requerido a la aportación de documentos en los que funda su solicitud, cuando estos obran ya en poder de las Administraciones o han sido elaborados por ellas, teniendo estas la obligación de solicitarlos de la correspondiente Administración a través de interconexión telemática.

36. En este sentido, el **Tribunal Constitucional** se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la Disposición Adicional 2.ª LPAC en su Sentencia 55/2018, declarando que es no es inconstitucional si se interpreta como imposición de una obligación de la instancia territorial de justificar en el propio expediente el cumplimiento de los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como de comunicar esta justificación al Estado y en ningún caso como habilitación para

ejercer un control administrativo. El máximo intérprete constitucional contempla la interoperabilidad como objetivo y elemento indispensable en un Estado políticamente descentralizado (F.J 8º).

37. El artículo156 LRJSP sitúa como elemento estructural garante de conectividad y compatibilidad de las aplicaciones y sistemas informáticos del sector público el **Esquema Nacional de Interoperabilidad**, que comprende el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad. El RAFME, que también parte del reconocimiento del principio general de interoperabilidad, se encarga de concretar esas exigencias en relación con los diferentes aspectos de la Administración digital.

38. El Esquema Nacional de Interoperabilidad ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero y, a nivel técnico, por medio de diferentes normas técnicas de interoperabilidad, revisadas y potenciadas por el RAFME —catálogos de estándares, documento electrónico, digitalización de documentos, expediente electrónico, firma y certificación, intermediación de datos… hasta un total de veintitrés—. Tales normas contemplan toda una serie de requisitos y obligaciones que han de cumplir las distintas Administraciones públicas para materializar este principio a nivel organizativo (capacidad de colaboración entre órganos y entidades), semántico (utilización y comprensión automatizadas de la información) y técnico (compatibilidad tecnológica entre aplicaciones y sistemas), siguiendo un modelo obligatorio, versátil y adaptable (GAMERO CASADO, 2009).

39. La reforma del Real Decreto 4/2010 introducida por el RAFME fue objeto de impugnación ante el Tribunal Supremo por parte de la Generalitat de Cataluña por entender que algunas de las nuevas normas técnicas de interoperabilidad vulneraban las **competencias estatutarias** de esta comunidad autónoma al fijar sus contenidos de forma muy exhaustiva y detallada, con la consecuencia de agotar la capacidad de intervención autonómica en este ámbito. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de mayo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2187, partiendo del hecho de que la regulación se limita simplemente a enumerar las normas técnicas de interoperabilidad que son de obligado cumplimiento y a anunciar su contenido, sin predeterminarlo, ha señalado que el alegato de que existe vulneración de la potestad de autoorganización de las comunidades autónomas resulta prematuro, pues se denuncia una vulneración competencial meramente hipotética, al hacer el reproche sin conocer el contenido de las normas técnicas. En esa misma sentencia ha admitido la legalidad del deber de colaboración introducido por el art. 44 del RAFME para facilitar el acceso a las notificaciones electrónicas a través de la Dirección Electrónica Habilitada única de la Administración General del Estado como expresión del principio de interoperabilidad.

3. DIMENSIÓN EXTERNA: EL VALOR INSTRUMENTAL DE LA INFORMACIÓN EN PODER DEL SECTOR PÚBLICO

40. Como quedó apuntado en la introducción, la dimensión externa de la información en poder de las Administraciones públicas tiene dos manifestaciones fundamentales: la **transparencia** de la actividad administrativa y la **reutilización de la información** del sector público. Junto con ellas, a modo de puente entre la dimensión interna y la externa, se encuentran los comúnmente llamados servicios de información administrativa, unidades especializadas en ofrecer a los ciudadanos información sobre la propia organización y en atender en primera instancia sus peticiones.

41. Con ello queda evidenciado el carácter instrumental de la información pública, que no solo resulta útil y necesaria para las propias organizaciones públicas, sino también para los ciudadanos. Con la suma de una y otra se alcanza un tercer nivel, del que se hablará más adelante: el **acceso libre a la información pública**. Es por ello que esta segunda dimensión guarda relación directa con el concepto de gobierno abierto, que plantea una forma diferente de gobernar y administrar, en la que los ciudadanos asumen un mayor protagonismo en la toma de decisiones públicas.

42. El **derecho a saber** —satisfecho por la doble vía del acceso a la información pública y de la difusión de ésta por exigencia del ordenamiento jurídico— tiene su ámbito de aplicación en la esfera de la relación entre Administración y ciudadano; de este modo, aquélla sigue manteniendo cierto control sobre la información, en tanto que le corresponde valorar las solicitudes de acceso y decidir sobre la forma de difusión, dentro de los márgenes que le permite la concreta normativa aplicable. En cambio, el **derecho a reutilizar** permite romper esos límites y multiplicar los efectos diseminadores de la publicidad de la información por la vía de la generación de aplicaciones que convierten datos públicos en conocimiento; en estos supuestos, la información escapa ya del control de la Administración y afecta a toda la sociedad, ofreciendo un valor añadido a ésta que, además, puede retornar en beneficio de la propia Administración (MARTÍN, 2014).

3.1. Los servicios de información administrativa

43. Las Administraciones públicas, en ejercicio de su potestad de autoorganización (*supra* § 8.14), han estructurado de diferentes formas los servicios de información a los ciudadanos en función de sus propias características, dimensiones y competencias. A nivel **estatal**, la norma encargada de esta cuestión es el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los **servicios de información administrativa y atención al ciudadano**; al mismo tiempo, la LPAC ha optado por crear las llamadas **oficinas de asistencia en materia de registros**, unidades especializadas en la tramitación en primer nivel de las solicitudes presentadas por los ciudadanos. Por medio de ambas vías se canaliza organizativamente el ejercicio de determinados derechos que reconoce la propia LPAC en relación con la función —general o particular— de información de las Administraciones públicas, tales como el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar o el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos o el derecho a ser asistidos en el uso de los medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones públicas. En algunos casos —información general— se ofrecerá tal información sin necesidad de demostrar legitimación alguna; en otros —información particular—, por el contrario, será preciso acreditar la condición de interesado.

44. Esta lógica se ha reproducido a nivel **autonómico** y también **local**. Por ello se prevé la posibilidad de acordar, por vía de convenio de colaboración, que desde

las oficinas de información y atención de cualesquier Administración pública pueda ofrecerse a los ciudadanos la información administrativa de las otras, así como la creación de oficinas integradas de información con participación de varias Administraciones públicas. A modo de ejemplo, puede verse el Decreto vasco 91/2023, de 20 de junio, de atención integral y multicanal a la ciudadanía y acceso a los servicios públicos por medios electrónicos

45. Los **servicios generales de información administrativa** son compatibles, además, con unidades especializadas —por ejemplo, en el ámbito sanitario se encuentran las oficinas de atención al paciente; en el ámbito del consumo las oficinas de atención al consumidor— y con las **oficinas de asistencia en materia de registros** que, más allá de su función de canalización de las solicitudes de los interesados en el marco del procedimiento administrativo, también ejercen funciones informativas. Asimismo, como consecuencia de la evolución de la Administración digital, se han articulado **otros canales** de difusión de información administrativa, igualmente estructurados, especializados en atender peticiones de información general de los ciudadanos por vía telefónica, internet o redes sociales.

46. El RAFME señala que las Administraciones públicas prestarán la asistencia necesaria para facilitar el acceso a las personas interesadas a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito competencial a través de alguno de los siguientes canales: presencial, por medio de las oficinas de asistencia que se determinen; portales de internet y redes electrónicas; redes sociales; telefónico; correo electrónico; y cualquier otro que pueda establecerse. Con vocación de universalidad, se ha creado el Punto de Acceso General Electrónico (https://administracion.gob.es/pag_Home/index.html) como punto único de acceso de los ciudadanos a todas las Administraciones públicas "con el objetivo de dar una solución a la gran dispersión de la información de las Administraciones públicas en distintos portales y páginas web, que provocaba dificultades en el acceso de la ciudadanía a los procedimientos y servicios administrativos, a informaciones duplicadas y a la falta de una coordinación adecuada".

3.2. Publicidad y acceso a la información pública

47. La **información** en sí misma es **objeto de derechos reconocidos a los ciudadanos**. Efectivamente, la Constitución Española, en su artículo 105, ha otorgado relevancia constitucional al derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, que también reconoce el artículo 13 LPAC. Este precepto se remite directamente a la LTBG, que opta por una doble manifestación del principio de transparencia de la actividad administrativa reconocido en el artículo 3 LRSJP: publicidad activa y derecho de acceso.

48. La LTBG, en su Exposición de Motivos, considera la **transparencia** como uno de los ejes fundamentales de toda acción política, vinculándola —junto con el acceso a la información pública y el buen gobierno— al control de las decisiones públicas, con especial énfasis en el uso de los fondos públicos. Se configura, pues, como difusión de la información —por la doble vía de la publicidad activa y de la publicidad reactiva— para hacer posible el conocimiento a efectos de control de la actuación pública. En el caso de la difusión proactiva, el mecanismo de control es previo; en el

del acceso, posterior. En ambos supuestos, se opta por la apertura de los formatos para favorecer la reutilización.

49. La LTBG obliga a las Administraciones públicas a **publicar de forma periódica y actualizada la información** cuyo conocimiento sea **relevante** para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y el control de la actuación pública. Junto con ello, concreta tres listados de tipos de información que han de ser objeto de publicidad proactiva —información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica; e información económica, presupuestaria y estadística—, permitiendo, además, que la normativa autonómica o la normativa sectorial amplíen el mínimo obligatorio que la ley contempla (lo cual, de hecho, ha ocurrido en la práctica).

50. Respecto de la **forma en la que ha de publicarse** tal información, no puede desconocerse el contenido del artículo 5.5 LTBG, de conformidad con el cual "será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos". Junto con el derecho a conocer, la LTBG está introduciendo a través de esta previsión un **derecho a entender**.

51. Adicionalmente, el artículo 11 proclama el principio de reutilización de la información, que se concreta en el deber de que la información sujeta a las obligaciones de transparencia esté disponible en los portales de transparencia preferiblemente en formatos reutilizables. El **deber de reutilización** no se limita, por tanto, únicamente a aquella información que pueda suscitar algún tipo de interés comercial en los operadores económicos, sino que ha de abarcar toda ella en general, puesto que toda ella puede ser aprovechada por los ciudadanos.

52. Un buen ejemplo de regulación sobre esta materia, por su apuesta por una visión integradora, es la ofrecida por la Ley castellanomanchega 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno, que combina los dos bloques normativos —transparencia y reutilización— para articular un acceso unificado a la información.

53. La LTBG prevé toda una serie de **límites sustantivos o materiales** a la transparencia, aplicables tanto a las obligaciones de publicidad activa como al ejercicio del derecho de acceso. Lo hace claramente inspirada en el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Públicos, hecho en Tromsø el 18 de junio dejunio de 2019 y ratificado por España en octubre de 2023, sobre la base de toda una serie de derechos e intereses, de bienes jurídicos públicos y privados, que considera dignos de tutela. Todos ellos se contemplan en abstracto, y su concurrencia en el caso concreto no implica directamente la desestimación de la solicitud de acceso o la imposibilidad de publicar la información por ellos afectada, sino que requiere ponderación.

54. En concreto, el **artículo 14 LTBG** precisa que "El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propie-

dad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente". Y añade que la aplicación de los límites será **justificada y proporcionada** a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso. Junto con ello, en el artículo 15 LTBG contempla como límite específico la protección de datos de carácter personal, distinguiendo entre datos particularmente sensibles, en cuyo caso se requerirá el consentimiento; datos relativos a la organización, que no son óbice para difundir la información; y datos que no sean especialmente protegidos, supuesto en el que el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

55. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha ido desarrollando una serie de criterios interpretativos para ayudar a guiar la aplicación de los límites que resultan de utilidad a los operadores jurídicos. Además, existe ya una importante jurisprudencia en relación con esta cuestión, que insiste en la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva de los mismos en cuanto que su aplicación supone restringir un derecho reconocido constitucionalmente.

56. La LTBG regula el **derecho de acceso** a la información pública como complemento de la obligación de publicar proactivamente determinada información en poder de las Administraciones. Y lo hace con un claro alcance universal, tanto subjetivo como objetivo.

57. Efectivamente, el artículo 12 LTBG establece que "[t]odas las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española". Con ello queda claro que la **titularidad** del mismo no está asociada ni a la condición de nacional ni a la de ciudadano, así como que su objeto es toda información pública —obviamente, siempre que no esté afectada por alguno de los límites citados—. El régimen jurídico del ejercicio del derecho de acceso se regula en los artículos 17 y ss. LTBG, si bien ha de tenerse en cuenta lo previsto en la DA 1ª, en virtud de la cual la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de **interesados en un procedimiento administrativo** en curso a los documentos que se integren en el mismo; además, se regirán por su normativa específica, y por la LTBG con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información —sea o no más favorable que el previsto en la LTBG—, entre las que se encuentran el acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.

58. La jurisprudencia ha interpretado ambas previsiones de forma restrictiva, señalando que la primera de las remisiones sólo resulta aplicable en el caso de procedimientos no concluidos, de tal modo que, desde el momento en que se dicta resolución, los interesados en el mismo podrán acceder al contenido del expediente en aplicación de lo previsto en la LTBG, y que existe régimen jurídico específico de acceso a la información únicamente en aquellos supuestos en los que la norma —que deberá tener rango de Ley— haya querido tener en cuenta específicamente las características de la información que se solicita configurando un régimen de acceso propio. *Vid*. la STS de 11 de junio de 2020, ES:TS:2020:1558 y la STS de 8 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:842. Por su parte, los **órganos** de control en materia de transparencia están concretando en sus diferentes resoluciones qué tipo de información queda amparada por el derecho de acceso y cuál no. Muy relevante, en este sentido, es la STS de 10 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1033, en la que el máximo órgano jurisdiccional ha precisado que la existencia de normativa sectorial específica reguladora del derecho de acceso a la información no impide el acceso a

la reclamación potestativa ante el CTBG establecida en la ley general reguladora de la transparencia. En concreto, afirma que "el hecho de que en la normativa de régimen local exista una regulación específica, en el plano sustantivo y procedimental, del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación, en modo alguno excluye que (…) contra la resolución que deniegue en todo o en parte el acceso a la información el interesado pueda formular la reclamación que se regula en el artículo 24 de la Ley 19/2013" (F. J. 4º).

59. Un ejemplo de ello es la duda sembrada sobre los límites temporales del objeto del derecho de acceso. Efectivamente, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 23 de octubre de 2017, ECLI:ES:AN:2017:4186, aceptó el planteamiento de la Abogacía del Estado recurrente (el Ministerio de Defensa se negaba a ofrecer información sobre los pasajeros que acompañan a las autoridades en los vuelos de una determinada parte de la flota de la Fuerza Aérea Española alegando que no había obligación de hacerlo porque la LTBG no estaba en vigor) y manifestó que "[e]n el caso que nos ocupa, se justifica con toda lógica jurídica que la obligación de emitir esta información se produce únicamente a partir de la entrada en vigor de la Ley 19/2013 que tiene lugar el día 10 de diciembre de 2014". La citada resolución judicial fue recurrida en casación y el Tribunal Supremo ha zanjado la cuestión en su Sentencia de 3 de marzo de 2020, ECLI:ES:TS:2020:810, señalando que "La Ley 19/2013 no contiene, en definitiva, ninguna limitación del derecho de acceso a la información por razón de antigüedad o actualidad de la información pública respecto a la que se solicita el acceso. De modo que no procede crear por vía jurisprudencial dicha limitación que la ley no establece y que tampoco se infiere ni del preámbulo ni del régimen jurídico que alumbra, respecto del derecho de acceso". Lo contrario, en su opinión, supondría considerar que hay una limitación temporal al derecho de acceso e implicaría crear un nuevo límite al mismo por vía jurisprudencial, lo cual vulneraría el artículo 105 b) CE.

60. La LTBG ha optado por procedimentalizar el derecho de acceso, es decir, por configurar un derecho sometido a la carga de presentar solicitud que ha de ser resuelta tras la tramitación del correspondiente **procedimiento**.

61. Este se **iniciará** con la presentación de **solicitud** por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante y de la información que se solicita, con indicación de una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de notificaciones y la modalidad que se prefiera para acceder a la información (art. 17 LTBG). Tal solicitud deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información requerida y no deberá incluir motivación alguna como requisito de admisibilidad, lo que no impide que el solicitante pueda indicar las razones por las cuales requiere la información, pues podrán influir en la decisión del órgano actuante (que en ningún caso estará facultado para rechazar la misma en ausencia de motivación) a la hora de ponderar los límites que eventualmente pudieran concurrir; en todo caso, en el supuesto de que el solicitante opte por motivar su solicitud, ello deberá ser tenido en cuenta expresamente en la resolución eventualmente desestimatoria, que habrá de ser motivada.

62. La ley ha querido excluir del ámbito objetivo del derecho de acceso determinados tipos de información, de tal modo que **se inadmitirán a trámite** las solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general, a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración, aquellas dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente y las que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de la Ley (art. 18 LTBG).

63. La solicitud habrá de **resolverse y notificarse** al solicitante (y, en su caso, a los terceros afectados) en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la misma por parte del órgano competente para resolver, que podrá ser ampliado por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información así lo hagan necesario, lo cual deberá ser comunicado anticipadamente a aquel.

64. Una vez presentada una solicitud de acceso, podrán darse **tres situaciones** alternativas. En primer lugar, **estimación de la solicitud**, en cuyo caso la información deberá ser facilitada al solicitante, en la medida en que sea posible, a través de los medios por él indicados; el acceso será gratuito, si bien podrá requerirse una tasa cuando sea necesaria la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente del original. En segundo lugar, **desestimación (total o parcial)** de la solicitud, que deberá ser en todo caso motivada; no obstante, en los supuestos en los que la aplicación de alguno de los límites no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o carente sentido. En tercer lugar, no resolución expresa en plazo, en cuyo caso se entenderá que la solicitud ha sido desestimada (**silencio administrativo negativo**) (*supra* § 15.88).

65. El Tribunal Constitucional ha declarado el **carácter básico** de la opción por el silencio administrativo desestimatorio del Legislador estatal, al vincularlo con el título competencial "procedimiento administrativo común". Efectivamente, en su STC 104/2018, ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, que señalaba que el transcurso del plazo para resolver la solicitud de acceso permitía entender estimada la misma, ha considerado que el precepto es inconstitucional, puesto que la regla del silencio negativo establecida en el artículo 20.4 LTBG cumple una función típica de las normas de procedimiento administrativo común —garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas— y la norma autonómica la contradice abiertamente (FJ. 5).

66. Apostar por previsiones normativas de obligación de publicar determinada información en páginas web o en sedes electrónicas o por satisfacer el derecho de los ciudadanos al acceso a información específica no resulta suficiente, sino que es necesario articular toda una serie de garantías concretas que permitan el cumplimiento de esas obligaciones. En el sistema normativo actual, las **garantías** son varias: la creación por parte de las Administraciones públicas de unidades de información para la gestión documental desde la perspectiva de la transparencia; la existencia de sistemas de medición del grado de cumplimiento de la normativa de transparencia; la aprobación de recomendaciones, criterios, pautas e instrucciones para la aplicación de la misma; la presentación anual de memorias sobre el grado de cumplimiento de la Ley; el régimen sancionador respecto de los posibles incumplimientos constitutivos de infracción; y las reclamaciones sustitutivas de los recursos administrativos frente a desestimaciones o estimaciones parciales del derecho de acceso, que constituye la innovación más relevante de la LTBG.

67. La LTBG ha optado por sustituir el régimen ordinario de recursos administrativos por una **reclamación potestativa** ante un órgano independiente; *de facto*, el control efectivo de la aplicación de la ley pivota sobre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y, allí donde hayan sido creados, en sus homólogos autonómicos. Unos y otros deberán responder a cuatro principios básicos: inmediatez, asequibilidad, independencia y efectividad (MARTÍN, 2018).

68. A nivel autonómico, existen algunas **comunidades autónomas** que —bien por ley o bien porque así ha sido decidido por parte de sus gobiernos de manera provisional, en tanto crean su propio órgano, o definitiva en ausencia de norma propia— han optado por encomendar al Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno la resolución de las reclamaciones en materia de acceso; es el caso de

Ceuta, Melilla, La Rioja, Cantabria, Asturias, Extremadura e Islas Baleares; otras Comunidades Autónomas han decidido crear un órgano propio de control; es el caso de Andalucía, Aragón, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid, Navarra, la Región de Murcia y Castilla–La Mancha. Por otro lado, algunas comunidades han preferido atribuir tal competencia a órganos existentes; así lo han hecho Castilla y León y Galicia, que han encomendado la función de control, respectivamente, al Procurador del Común y al Valedor do Pobo, sus defensores del pueblo. Finalmente, en el caso del País Vasco se ha creado la Comisión de Acceso a la Información Pública, cuyo presidente es el titular de la Dirección General de Gobierno Abierto (por tanto, integrado en la estructura jerárquica de la Administración autonómica).

3.3. Reutilización de la información del sector público y apertura de datos

69. La publicidad proactiva de la información pública y el acceso a la misma se complementan con el **deber de las Administraciones públicas de promover su reutilización**, entendida como el uso por personas físicas o jurídicas de documentos elaborados o custodiados por las diferentes Administraciones territoriales o generales y sus respectivos sectores públicos, tal y como establece el artículo 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (en adelante, LRISP). De este modo, reutilización es, sencillamente, el uso por parte de terceros de información pública puesta a su disposición, de oficio o a petición del interesado, por la Administración que la posee.

70. La Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, ha supuesto un nuevo impulso a la reutilización de la información pública con el fin de estimular la innovación de productos y servicios; su transposición en nuestro ordenamiento jurídico ha sido realizada a través del Real Decreto–ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de distintas directivas de la Unión Europea —más conocido como Real Decreto–Ley Ómnibus—, que insiste en el hecho de que la información pública constituye un importante recurso para promover la economía de los datos que, además, permite generar grandes beneficios económicos y sociales, así como de transparencia de las administraciones. Con ello se pretende renovar la regulación de la reutilización de la información del sector público ante los cambios tecnológicos desarrollados en los últimos veinte años y alinearla con otras iniciativas reguladoras a nivel europeo, como las relativas a la implantación de IA. De este modo, se amplía el ámbito objetivo de la reutilización —incorporándose los datos de investigación, nuevos metadatos, los datos dinámicos y los datos de valor añadido—, se apuesta por la apertura de datos desde el diseño y por defecto y, en definitiva, se incorporan medidas para favorecer y facilitar la reutilización de la información en poder del sector público (VALERO, 2022).

71. A tal fin, se ha articulado en nuestro sistema un régimen administrativo de la reutilización —con fines comerciales o no comerciales— con **diferentes modalidades**: reutilización de documentos puestos a disposición del público sin sujeción a condiciones; reutilización de documentos puestos a disposición del público con sujeción a condiciones establecidas en licencias–tipo; reutilización de documentos, previa solicitud, con posibilidad de incorporar condiciones en una licencia específica; y acuerdos exclusivos. En cualquier caso, las condiciones deberán estar justificadas por un objetivo de interés público y serán siempre objetivas, proporcionadas, no discriminatorias, justas y transparentes. Tal régimen ha sido desarrollado para el nivel estatal por el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre. Desde la perspectiva técnica,

las pautas básicas con fines reutilizadores se encuentran reguladas en la Resolución de 19 de febrero de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de recursos de la información.

72. Un paso más en esta dinámica de compartición de datos públicos es la apertura total de los mismos. Suele definirse el término ***open data*** como la publicación de información en formatos estándar, abiertos e interoperables para facilitar el acceso y su reutilización de manera automática y con libertad de uso. Aunque su contexto natural es el de la reutilización, se trata de un término más apegado conceptualmente al gobierno abierto y, por tanto, conectado también con las ideas de participación y colaboración y no únicamente con el principio de transparencia.

73. Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede entenderse que las **políticas de datos abiertos** buscan favorecer la reutilización de la información obrante en poder de las Administraciones públicas previa difusión de la misma, bien por iniciativa de éstas, bien por petición individualizada. Por tanto, resulta posible afirmar que la transparencia es la premisa de la reutilización, mientras que el formato abierto de la información es una de las formas que hacen posible la transparencia y, al mismo tiempo, promueve la participación y la colaboración. En este sentido, si bien todos los datos abiertos son públicos, no todos los datos públicos son abiertos y, en consecuencia, el mero hecho de la publicación de datos no permite poder hablar de acceso libre a la información. La finalidad de la **conjunción trasparencia–reutilización–datos abiertos** es múltiple: mejorar la eficacia en la prestación de servicios públicos, fomentar la participación de los ciudadanos, prevenir la corrupción y generar beneficio económico. Todo ello, mediante la conexión entre información y conocimiento y la creación de una dinámica en virtud de la cual el conocimiento genera nuevo conocimiento.

74. Precisamente por ello, la DA 1.ª LRISP establece del deber del Gobierno de desarrollar **planes y programas dirigidos a facilitar la reutilización** de la información del sector público y, más en concreto, su artículo 4.5 prevé la obligación de todas las Administraciones públicas de crear dispositivos y sistemas de gestión documental que permitan a los ciudadanos una recuperación eficaz de la información, disponible en línea y que enlacen con los dispositivos y sistemas de gestión puestos a disposición por otras Administraciones. Asimismo, facilitarán herramientas informáticas que permitan el acceso en línea a los listados de los documentos que puedan ser ampliamente reutilizables y la búsqueda de los documentos disponibles para su reutilización, con los metadatos pertinentes de conformidad con lo establecido en las normas técnicas de interoperabilidad, accesibles, siempre que sea posible y apropiado, en línea y en formato legible por máquina. Destaca, en relación con este extremo, el deber de crear un catálogo de información pública reutilizable que esté accesible a través de un punto único e interoperable con los de otras Administraciones.

75. Este mandato está siendo cumplido a través de la **iniciativa Aporta**, promovida desde 2009, para promocionar la apertura de información pública y contribuir al desarrollo de servicios avanzados basados en datos. En el contexto de la misma, se ha puesto a disposición de los ciudadanos el Portal https://datos.gob.es, a través del cual puede accederse a más de sesenta mil conjuntos de datos de la Ad-

ministración General del Estado, las diferentes Administraciones autonómicas y las entidades locales sobre materias tan variadas como vivienda, salud, sector público, empleo, educación, economía o deporte.

76. En este contexto, una iniciativa sumamente interesante, impulsada por la Unión Europea y vinculada a su estrategia de datos, son los llamados espacios europeos de datos, que pueden definirse como una infraestructura basada en mecanismos comunes de gobernanza, organizativos, normativos y ténicos, que facilita el acceso a los datos y, con ello, el desarrollo de modelos de negocio basados en su explotación y exploración. En esencia, es un ecosistema a partir del cual se puede materializar la compartición voluntaria de los datos por parte de sus participantes –públicos y privados– en un entorno de soberanía, confianza y seguridad, que permite crear nuevos productos y genera valor. La Agencia Española de Protección de Datos ha publicado un intersante documento sobre esta cuestión: https://www.aepd.es/es/documento/aproximacion-espacios-datos-rgpd.pdf. La primera concreción de esta iniciativa se centrará en los datos sanitarios, si bien existen otras en proceso, como la relativa a los datos para la contratación pública. La primera concreción de esta iniciativa, como ha sido anticipado, se centra en los datos sanitarios, si bien existen otras en proceso, como la relativa a los datos para la contratación pública.

4. LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LOS DATOS

77. La **transformación digital** de la Administración pública no solo trae consigo la promesa de una mayor eficacia y eficiencia en el funcionamiento y en el acceso a los servicios públicos electrónicos; también implica **un riesgo importante** —que, sin duda, constituye su principal reto desde la perspectiva material— derivado de la eventual mayor vulnerabilidad de los sistemas, aplicaciones y soluciones informáticas y, por tanto, de la información que contienen y, junto con ello, de la necesidad de conservar esa información, particularmente importante en un contexto tecnológico tan cambiante. Consciente de ello, nuestro ordenamiento jurídico ha configurado la **protección de la información y los datos como un derecho y como un deber**.

78. Efectivamente, el artículo 13 h) LPAC reconoce el **derecho de las personas a la protección de datos de carácter personal**, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas. Como contrapartida, el artículo 17.3 exige que los medios o soportes en los que se almacenen documentos cuenten con **medidas de seguridad**, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados; asimismo, dispone que asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos —exigencias todas ellas reiteradas por el artículo 46 LRJSP—.

4.1. Seguridad

79. La relevancia de la **seguridad** de las redes y de los sistemas de información y comunicaciones en el ámbito público es tal que el artículo 3 LRJSP la configura como **principio general de la actuación administrativa**, que se proyecta igualmen-

te —tanto en la propia norma como en el RAFME— sobre los diferentes componentes de la Administración digital (sede electrónica, firma electrónica, intercambio y transmisiones de datos entre Administraciones, archivo electrónico, gestión compartida de servicios, reutilización de aplicaciones y sistemas, etc.). Los requisitos en que se concreta este deber, desde la perspectiva tecnológica, se contemplan en el Esquema Nacional de Seguridad que, de conformidad con lo previsto en el artículo 156.2 LRJSP, tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada.

80. Estas previsiones han de ser completadas con la regulación —más amplia en cuanto a su perspectiva— contenida en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que parte de los complejos riesgos que trae consigo esta cuestión en la actualidad y concibe la **seguridad nacional** como "la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en cumplimiento de los compromisos asumidos". Todo ello se concreta en una serie de órganos, organismos, recursos y procedimientos que configuran el Sistema de Seguridad Nacional. El marco estratégico para garantizar la ciberseguridad se regula actualmente en el Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

81. Con carácter general, la garantía de seguridad de las redes y de las telecomunicaciones es una **competencia estatal**. En su STC 142/2018, a propósito de la creación de la Agencia de Ciberseguridad de Cataluña, manifestó el Tribunal Constitucional que "la ciberseguridad se incluye en materias de competencia estatal en cuanto, al referirse a las necesarias acciones de prevención, detección y respuesta frente a las ciberamenazas, afecta a cuestiones relacionadas con la seguridad pública y la defensa, las infraestructuras, redes y sistemas y el régimen general de telecomunicaciones" (FJ 4).

82. Al igual que ocurre con el principio de interoperabilidad, la garantía de la seguridad de la información en el ámbito del sector público (con exigencias tanto para los poderes públicos como para quienes se relacionen con ellos) se estructura alrededor del **Esquema Nacional de Seguridad**, concebido como instrumento que tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito administrativo, constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada.

83. El Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, fue el encargado de regularlo originariamente, concretando la política de seguridad en el uso de los medios electrónicos por parte del sector público. Esta norma ha sido derogada y reemplazada por el **Real Decreto 311/2022**, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad, con el fin de adaptar las exigencias a los cambios tecnológicos y jurídicos experimentados en los últimos años. En esencia, contempla toda una serie de principios y requisitos para garantizar la adecuada protección de la información tratada y los servicios prestados por las entidades que integran el sector público —estatal, autonómico y local—. Concibe la seguridad como un proceso integral constituido por todos los elementos humanos, materiales, técnicos, jurídicos y organizativos relacionados con el sistema de información y parte de la gestión de la seguridad basada en los riesgos, con un claro enfoque preventivo. Todo ello se traduce en órganos, guías, instrucciones técnicas y, en definitiva, exigencias jurídicas y tecnológicas de obligado cumplimiento. Junto con ello, debe tenerse presente la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de

diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión.

84. Cada Administración pública (y, dentro de ella, sus diferentes departamentos y entidades) ha de contar con una política de seguridad adaptada a su organización que responda a los principios y requisitos contemplados en el Esquema Nacional; asimismo, se incorporan medidas de auditoría regular y el deber de informar del estado de la seguridad a través de la Comisión Sectorial de Administración Electrónica.

85. Todo ello habrá de hacerse, en aplicación del **principio de proporcionalidad** —consagrado en el artículo 2 e) RAFME—, conciliando las medidas de seguridad con la naturaleza y circunstancias de los diferentes trámites y actuaciones por medios electrónicos. Además, en tanto que exigencias de tipo tecnológico pero plasmadas en normas jurídicas, los instrumentos garantes de la seguridad de la información, así como la actividad administrativa vinculada a los mismos, son susceptibles de **impugnación y control** (FONDEVILA, 2017).

86. Por último, al igual que ocurre con el principio de interoperabilidad, la propia LPAC trata de garantizar el cumplimiento del principio de seguridad en relación con las plataformas autonómicas y locales bien facilitando la adhesión voluntaria a las estatales, bien exigiendo, en el caso de optar por plataformas propias, que se acredite el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad.

4.2. Protección de datos de carácter personal

87. Al igual que en el caso de la seguridad, el artículo 3 LRJSP concibe la protección de datos de carácter personal como un **principio general de actuación de las Administraciones públicas** que responde igualmente a un derecho reconocido ya no sólo en la LPAC, sino directamente en la Constitución Española —como **derecho fundamental**, conceptualizado como tal en la STC 292/2000—, cuyo artículo 18.4 señala que "ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos". Principio y derecho que se encuentra plenamente desafiado con la constante evolución del desarrollo tecnológico, que, junto con posibilidades de innovación, trae consigo nuevos riesgos, como ocurre en el caso de la Inteligencia Artificial y las neurociencias (YUSTE, 2025).

88. Este derecho, además, tiene una clara **dimensión europea**, no sólo porque ha sido incorporado al catálogo de derechos fundamentales de la Unión Europea a través del artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales y está reconocido explícitamente en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino también por el valor que representan los datos y por los desafíos que trae consigo la rápida evolución de las tecnologías. Efectivamente, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) parte de la premisa de que el tratamiento de datos personales debe estar concebido

para servir a la humanidad, de tal modo que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y ponderarse con otros derechos fundamentales sobre la base del principio de proporcionalidad. De este modo, regula los tratamientos que llevan a cabo tanto las personas físicas y jurídicas como las Administraciones públicas, tratando de conciliar el control de los propios datos personales con su tratamiento para fines legítimos y, en particular, de garantizar la libre circulación de los mismos dentro del territorio de la Unión con las debidas cautelas.

89. A nivel nacional, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, tiene por objeto principal adaptar el ordenamiento jurídico español al citado reglamento europeo —a pesar de su eficacia directa— para eliminar posibles incompatibilidades entre uno y otro. Contempla los **principios** reguladores de la protección de datos —exactitud, confidencialidad y consentimiento— y los **derechos** de las personas en relación con los tratamientos —transparencia e información y acceso, rectificación, limitación del tratamiento, portabilidad y supresión—, con remisión expresa en todos estos casos a los preceptos del reglamento que regulan la materia (arts. 12 a 22 RGPD). Junto con ello, establece las **obligaciones** de los distintos sujetos que tienen el deber de garantizar la adecuada protección de los datos personales —responsable, encargado del tratamiento y delegado de protección de datos— y apuesta por los códigos de conducta y certificación como instrumentos concretos para garantizar una adecuada tutela de los datos en cada organización. El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos, a la que se atribuyen potestades de inspección, vigilancia y control y, en particular, potestad sancionadora.

90. Para que estas normas resulten de aplicación resulta preciso que la información contenga datos personales. Por **dato personal** se entiende toda información sobre una persona física identificada o identificable, es decir, toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (art. 4.1 RGPD). No obstante lo anterior, la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal no resulta de aplicación en aquellos casos en los que, aun conteniendo datos personales, se llevan a cabo procesos de disociación entre los datos y la persona titular de los mismos, de tal modo que no permitan identificarla.

91. La citada normativa pivota en torno a tres **ejes.** En primer lugar, su aplicación se basa en el concepto de **tratamiento**, definido, de forma ciertamente amplia, como cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (art. 4.2 RGPD).

92. En segundo lugar, la protección de los datos se basa en la necesidad de que concurra al menos una de las **condiciones que legitiman el tratamiento** (las llamadas bases de legitimación), que habrá de ser lícito y leal: desde la perspectiva de su titular, el consentimiento para el tratamiento con uno o varios fines concretos, que será libre, específico, informado e inequívoco; junto con ello, la necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato, el cumplimiento de una obligación legal, la protección de intereses vitales del interesado u otra persona física, el cumplimiento de una misión de interés público o el ejercicio de poderes públicos o, finalmente, la satisfacción de intereses legítimos del responsable del tratamiento (en este último caso, siempre que no prevalezca sobre los derechos del titular de los datos). Junto con ello, se contemplan toda una serie de **medidas —preventivas y reactivas— para garantizar la licitud del tratamiento**, tales como limitaciones, obligaciones formales y técnicas (registro, notificación de violaciones de seguridad, evaluaciones de impacto, cifrado de información) y sanciones; en cualquier caso, el principio de transparencia exige que la información relativa al tratamiento sea accesible y fácilmente comprensible.

93. En tercer lugar, desde el **punto de vista organizativo**, se regulan en detalle las concretas obligaciones tanto de quienes llevan a cabo tratamientos —responsable del tratamiento, a quien corresponde determinar los fines y medios del mismo (art. 4.7 RGPD), y encargado del tratamiento (art. 4.8 RGPD), que es quien trata los datos personales por cuenta del anterior— como del delegado de protección de datos, con funciones de asesoramiento, supervisión y colaboración en el control (art. 37.1 RGPD).

94. Como ha sido anticipado, las obligaciones y exigencias contenidas en la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal resultan igualmente de **aplicación a las Administraciones públicas**. Estas son responsables de tratamientos y, en ocasiones, encargados del mismo; en consecuencia, han de elaborar un registro de actividades de tratamiento, analizar las bases jurídicas de los mismos, efectuar análisis de riesgos, incorporar y verificar medidas de seguridad, designar un delegado de protección de datos y potenciar planes de formación para los empleados públicos. De hecho, la mayor parte de las consultas que se plantean ante la Agencia Española de Protección de Datos se refieren al sector Administraciones públicas; es más, no pocas de sus resoluciones en materia de incumplimientos tienen por objeto actuaciones infractoras de Administraciones públicas —que, a diferencia de los particulares, solo tienen como consecuencia jurídica un apercibimiento y no la imposición de multa—. En la Memoria Anual de 2021, por ofrecer algún dato, el 5 por 100 de las reclamaciones ante la Agencia se plantearon contra Administraciones públicas —un 47 por 100 más que en 2020—; en relación con los procedimientos sancionadores, el 8 por 100 tiene por objeto una acción u omisión de Administraciones públicas —un 26 por 100 más que en 2020—.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía citada

Antonio David BERNING PRIETO, *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Aranzadi–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

Anahí CASADESÚS DE MINGO, "Gobernanza de datos", en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (Director), *La Administración Digital*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 257-284.

Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ y Anahí CASADESÚS DE MINGO, "El impacto de la gestión documental en la transparencia de las Administraciones Públicas. La transparencia por diseño", *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 19 (2018), pp. 6-16.

José María DELGADO BÁIDEZ, *El derecho a no aportar información al procedimiento administrativo en el contexto de la transformación digital*, Comares, Granada, 2023.

Jorge FONDEVILA ANTOLÍN, "Seguridad en la utilización de los medios electrónicos. El esquema nacional de seguridad", en Eduardo GAMERO CASADO (Director), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 597-674.

Isaac MARTÍN DELGADO, "La configuración legal de los consejos autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control", *Dilemata,* núm. 27 (2018), pp. 178-220.

Isaac MARTÍN DELGADO, "Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública", en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (Coordinadores), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 367-406.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Administración Pública electrónica,* Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad,* Lex Nova, Valladolid, 2001.

Julián VALERO TORRIJOS, "El régimen jurídico de los datos de alto valor: dificultades y retos para su aplicación práctica", en Julián VALERO TORRIJOS y Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (Directores), *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público,* Comares, Granada, 2022, pp. 81-102.

Clara Isabel VELASCO RICO, "Personalización, proactividad e inteligencia artificial. ¿Un nuevo paradigma para la prestación electrónica de servicios públicos?". *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 30 (2020), https://doi.org/10.7238/10.7238/idp.v0i30.3226

Rafael YUSTE, "Neurotecnología y neuroderechos", en María Emilia CASAS BAAMONDE (Directora), *Derecho y Tecnologías*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2025, pp. 719-727.

5.2. Bibliografía complementaria recomendada

Dolors CANALS AMETLLER, "El fenómeno colaborativo en la gestión pública local: algunas experiencias en curso", en Eloísa CARBONELL PORRAS (Directora), *Gobierno locales y economía colaborativa*, Iustel, Madrid, 2022, pp. 69-93.

Mercedes FUERTES, *Metamorfosis del Estado. Maremoto digital y ciberseguridad*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

Emilio GUICHOT REINA y Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación*, Iustel, Madrid, 2020.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, "Problemas prácticos de la reutilización y transferencia de tecnologías entre administraciones", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 182 (2022), pp. 48-59.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 735-753
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L29
© María Amparo Salvador Armendáriz
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 29
MEDIOS ECONÓMICOS

María Amparo Salvador Armendáriz
Universidad de Navarra

SUMARIO: 1. PRESUPUESTOS MACROECONÓMICOS: 1.1. Ingresos públicos; 1.2. Gasto *versus* inversión pública; 1.3. La política económica como instrumento de políticas públicas.—2. EL PRESUPUESTO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÓMICA; 2.1. El presupuesto, el principio democrático y el Estado de Derecho; 2.2.Principios: economía, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad; 2.3. Límites materiales materias incluidas y excluidas; 2.4. Requisitos formales: *2.4.1. Límites constitucionales; 2.4.2. Límites derivados de la LOEPSF y el alcance del principio de estabilidad presupuestaria.*—3. LA DEUDA PÚBLICA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO: 3.1. Límites constitucionales: exigibilidad y prioridad en el cobro; 3.2. Límites cuantitativos y el Pacto fiscal europeo.—4. LA DINÁMICA DE LA GESTIÓN DE MEDIOS ECONÓMICOS: 4.1. Los principios de Derecho presupuestario y de la contabilidad pública; 4.2. Elaboración, aprobación y modificación del presupuesto; 4.3 Ejecución del presupuesto.—5. CONTROL Y FISCALIZACIÓN: 5.1. El control de los recursos públicos, en general; 5.2. La función de intervención; 5.3. El papel de la AIReF.—5.4. La fiscalización del Tribunal de Cuentas.—6. BIBLIOGRAFÍA: 6.1. Bibliografía citada; 6.2. Bibliografía complementaria recomendada

1. PRESUPUESTOS MACROECONÓMICOS

1. La satisfacción de los intereses generales y el cumplimiento de las funciones que las Administraciones públicas tienen encomendadas pasan, inexorablemente, por la disposición de **medios económicos suficientes**, como también ocurre con

familias y empresas. Las decisiones tanto de unos como de otros —poderes públicos, familias y empresas— tienen impacto directo en la evolución de la economía general. No obstante, frente al papel agregado de familias y empresas, este es mucho mayor en el caso las decisiones económicas de las Administraciones públicas (especialmente, en el caso de la Administración General del Estado) pues, en buena medida, son capaces de marcar, por sí mismas, la evolución de la economía de un país o región. En definitiva, de **dirigir su economía**, o al menos, de pretenderlo.

2. La ciencia económica viene ocupándose de explicar el modo en que se interrelacionan económicamente los individuos, las empresas y los Estados, así como el por qué y **hacia dónde evolucionan la riqueza, los precios y el trabajo**. En 1776, Adam SMITH, en su obra *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, proponía la respuesta clásica acerca de cómo el mercado y el sistema de precios permiten crear riqueza y mejorar la situación de las naciones y, por ende, de los individuos. A partir de aquí —y ya antes, en realidad, mercantilistas y fisiócratas—, la ciencia de la economía ha pretendido explicar primero y proponer después el modo de generar riqueza y trabajo. El papel del Derecho, público y privado, atiende principalmente al reparto de la riqueza, a partir de los principios de justicia e igualdad. No obstante, a partir 1936, con la publicación por John M. KEYNES de *The General Theory of Employment, Interest, and Money,* la generalización de la explicación del papel que tiene el **gasto público en la evolución de la demanda agregada**, puso a los Estados en el centro del debate político-económico. En este sentido, las decisiones relativas al presupuesto público —ingresos y gastos— van a poder ser analizadas tanto desde la perspectiva económica como jurídica.

3. Con todo, los presupuestos macroeconómicos sobre los que se ha centrado la ciencia económica a lo largo del siglo xx, teniendo al Estado como actor principal, resultan hoy completamente insuficientes. La **globalización** económica, y también política, ha desplazado el análisis y exige tomar en cuenta las interconexiones sobre las que se asientan en las decisiones de política económica de los distintos Estados. Esta consideración resulta especialmente cierta en el contexto de los países de la eurozona, que comparten moneda y política monetaria.

1.1. Ingresos públicos

4. La necesidad de disponer de grandes recursos económicos está vinculada a la propia existencia y subsistencia de las distintas formas de poder público. Desde época romana, y antes incluso, pasando por cada uno de los momentos de la historia, la disposición de medios económicos —ya fuera a través del saqueo, las requisas, los impuestos, los matrimonios o las herencias…— ha marcado el devenir, el porvenir y el declive de las sucesivas estructuras de poder que se han sucedido. En las economías actuales, los ingresos públicos provienen en primer lugar y de forma mayoritaria de los **tributos**. Aunque pueden también existir rentas patrimoniales y financieras, así como, eventualmente, ingresos extraordinarios (herencias, comisos, donaciones). Junto con estas fuentes de ingresos, y si estos no alcanzan a cubrir los gastos públicos, los poderes públicos recurrirán al **endeudamiento** mediante la emisión de distintos tipos de títulos de **deuda pública** (bonos, letras o pagarés). Económicamente, ello supone que el pago de los gastos actuales se traslada a las generaciones futuras (*infra* §§ 29.34 y ss.).

5. Fue precisamente la necesidad de los monarcas medievales de aumentar sus caudales, imponiendo a sus súbditos nuevos impuestos, lo que dará origen al nacimiento de las primeras Cortes medievales. De este modo, la imposición de tributos se vincula con el origen de la democracia parlamentaria en su más lejana expresión. Aún hoy, la aprobación de la Ley de Presupuestos anuales es el momento decisivo que mide el apoyo parlamentario de un Gobierno, configurándose desde esta perspectiva en la ley políticamente más relevante que cada año aprueba el órgano legislativo —Cortes Generales o parlamento autonómico— o representativo —pleno del ayuntamiento—.

1.2. Gasto *versus* inversión pública

6. La idea de **gasto público**, puede entenderse, en sentido amplio, como destino de los recursos públicos previsto en los presupuestos que anualmente deben aprobarse (*infra* § 29.18). Pero también puede entenderse "gasto público", en sentido estricto, desde una perspectiva económico-contable, diferenciándolo de la **inversión** pública, esto es, como gasto corriente. Este tendrá **carácter recurrente**, como ocurre con el pago de pensiones, gastos en sanidad o estructura burocrático-administrativa, así como con el pago de los intereses y principal de la deuda, por ejemplo. A diferencia de este y desde el punto de vista macroeconómico y de su impacto en los objetivos de política económica, el uso de recursos públicos para inversión será **temporal y con retorno**, como pasa en general con la construcción de infraestructuras. En este sentido, la inversión pública implica el uso de recursos públicos actuales que generan una riqueza futura.

7. Con todo, las diferencias entre gasto e inversión no siempre son claras ni evidentes: el gasto en educación: ¿es gasto o es inversión? Y, la inversión en infraestructuras mal diseñadas: ¿es inversión o gasto?

1.3. La política económica como instrumento de políticas públicas

8. La utilización y el destino de los recursos económicos públicos constituyen, junto con la regulación, la principal **manifestación de las políticas públicas** de un Estado, comunidad autónoma o entidad local. A través del presupuesto público, los poderes públicos, cada uno en su ámbito competencial, expresan sus prioridades, así como el modo en que entienden se conduce la política económica. Los objetivos de la política económica, tal y como señala el **artículo 40.1 de la Constitución Española (CE)** deben orientarse a promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una **política de estabilidad económica**. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo».

9. Qué deba entenderse como política de estabilidad económica sugiere una mirada hacia los fundamentos que construyen la teoría y ciencia económica. Para esta, tradicionalmente estos han sido: el **crecimiento económico** (medido en términos de evolución del producto interior bruto —PIB—), la **estabilidad de precios** (medida en términos de variación del índice de precios al consumo —IPC—), la **consecución del pleno empleo** (medido en términos variación del porcentaje de desempleo en relación con la población activa) y el **equilibrio de la balanza de pagos** (relación entre exportaciones e importaciones), siendo producto nacional bruto, (IPC) y la tasa de desempleo, las principales **macrovariables** que se utilizan para medir la macroeconomía (GARCÍA-ANDRADE, 2020).

10. La estabilidad de la política económica coexiste con la finalidad a la que, con carácter general, sirve el uso los recursos públicos: la garantía de la prestación de las funciones públicas y los servicios esenciales, mediante la ejecución de las políticas públicas que satisfacen la consecución los objetivos señalados por los principios rectores de la política económica y social recogidos en el Cap. III del Tít. I de la CE.

11. Los **instrumentos** a través de los cuales los poderes públicos pueden influir sobre la evolución de estas macrovariables son: de una parte, **la regulación** de las actividades económicas, que indirectamente determinan el impulso, o el freno, de la actividad y las condiciones en las que se desarrolla de la economía; y, de otra, el uso de las **políticas monetaria y fiscal**. Eventualmente, los poderes públicos podrán influir también a través de la actividad desarrollada por sus **empresas públicas**, influencia que será función, lógicamente, del peso que dichas empresas tengan en estructura económica de cada territorio.

12. En la actualidad, y teniendo en cuenta que, en el caso de España y resto de países de la eurozona, la **política monetaria** como instrumento de la política económica corresponde al Banco Central Europeo, la política económica está mayoritariamente en manos de la **política fiscal** o de gasto. Esto es, del presupuesto público. A partir del presupuesto, se determina el alcance de los ingresos públicos, así como el volumen del gasto público. Las decisiones políticas relativas a la presión tributaria —subir o bajar impuestos— y las relativas al volumen de gasto, su estructura y composición —más o menos gastos corrientes o de inversión— vendrán determinadas por las preferencias políticas representadas en el órgano democrático que en cada momento aprueba el presupuesto. Su estructura vendrá, a su vez, condicionada por el modo de entender el papel que corresponde al poder público en la evolución de la economía y de la confianza —mayor o menor— que cada gobierno deposita en la política fiscal como elemento de dirección económica.

13. No obstante, hay que considerar que una parte importante de las decisiones relativas al presupuesto como instrumento de política económica viene predeterminada por decisiones anteriores que arrastran **compromisos previos de gasto** (salarios de funcionarios y trabajadores, pago de pensiones, pago de la deuda pública y de la deuda comercial, etc.), lo cual suscita no pocas dudas desde la perspectiva del alcance del **principio democrático y de la sostenibilidad financiera intergeneracional**. Con todo, seguirá existiendo margen para diseñar las políticas públicas preferentes de quien gobierna, que se manifiestan a través de la puesta en marcha —o en su caso, eliminación— de programas y proyectos de actuación que implican el mayor o menor uso de recursos públicos.

14. El reto principal de la política fiscal reside precisamente en la idea de **sostenibilidad de las cuentas públicas** y, vinculado con él, su compatibilidad con el **principio democrático** y el respeto a la capacidad de decisión de generaciones futuras. El peso que pueda suponer el pago de la deuda pública para las próximas generaciones, ha llevado a la UE a cifrar el límite del endeudamiento y a concretar el principio operativo de toda institución de que **"nadie puede gastar más de lo que tiene".** En concreto, el Protocolo 12 del TFUE fija dichos límites en el 60 por 100

el volumen total de deuda púbica en relación con el PIB y en el 3 por 100 el déficit público en relación con dicho PIB. Con este acuerdo, lo que en un principio era un criterio de prudencia económico-financiera —ajustado según previsiones y expectativas— se ha transformado en norma jurídica.

2. EL PRESUPUESTO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÓMICA

15. Tradicionalmente, el Derecho presupuestario ha formado parte del área de Derecho financiero y tributario (MARTÍNEZ/GARCÍA, 2018). Sin pretender entrar en polémicas acerca del encaje de la materia, lo cierto es que las normas que ordenan la elaboración, gestión y control del presupuesto son normas de Derecho público. Sin una mirada a los medios económicos con los que cuenta y disponen las Administraciones públicas (AAPP) para la ejecución de políticas públicas, la cabal comprensión del Derecho administrativo quedaría incompleta. De ahí la necesidad de incluir esta lección, de contenido básico, dentro de esta obra.

2.1. El presupuesto, el principio democrático y el Estado de Derecho

16. En el ámbito jurídico–público, el presupuesto como "expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público" (art. 32 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria [LGP]) no es solo un instrumento imprescindible para la gestión pública eficiente y ordenada. Su aprobación por el órgano de **representación democrática** le convierte, además, en el instrumento que **autoriza legalmente** a los poderes públicos a disponer de los recursos púbicos en favor de terceros. El uso de dichos recursos públicos —en su inmensa mayoría, de origen tributario— ha requerido el desarrollo de todo tipo de cautelas, *ex ante* y *ex post*. Desde el punto de vista de los controles *ex ante*, la aprobación anual del presupuesto —ya sea por el parlamento, la asamblea autonómica o el pleno del ayuntamiento— cumple la doble función de control político del ejecutivo y de control de la legalidad del uso de los recursos públicos. El artículo 133.4 CE prevé que las Administraciones públicas solo pueden contraer obligaciones financieras y realizar gasto de acuerdo con las leyes. El artículo 46 LGP, a su vez, concreta el llamado **principio de legalidad presupuestaria**, disponiendo que **los créditos para gastos son limitativos**, no pudiendo adquirirse compromisos de gasto ni obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo **nulos de pleno Derecho** los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación (*supra* § 17.73).

17. La regla de la nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos adoptados sin existencia de crédito suficiente no es absoluta ni pacífica. Así, por ejemplo, el apartado segundo de la disposición adicional tercera de la LCSP prevé la **tramitación anticipada de contratos públicos**, permitiendo la adopción de un acto administrativo (la adjudicación de un contrato), antes de que exista crédito suficiente, en el caso de que la ejecución material del contrato haya de comenzar en el ejercicio siguiente, o en aquellos en los que su financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención; y la

misma LGP, en su artículo 34.3, prevé un sistema de **reconocimiento extrajudicial de créditos** para poder pagar las obligaciones adquiridas por la Administración frente a terceros a pesar de la invalidez administrativa del acto adoptado sin consignación presupuestaria.

2.2. Principios del Derecho presupuestario

18. Con carácter general, la CE hace referencia en su artículo 31.2 a los principios de **eficiencia y economía** al tratar del gasto público, en relación con su programación y ejecución. Se menciona además que habrá de realizarse una **asignación equitativa** de los recursos púbicos. Por su parte, el artículo 134.2 CE al regular el contenido de los presupuestos generales del Estado, exige que estos tengan **carácter anual** y que incluyan la **totalidad** de los gastos e ingresos del sector público estatal, debiendo de consignarse en ellos el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado, en la medida en que si bien no son gasto sí son un menor ingreso. El artículo 135 CE, reformado en 2011, en el contexto de la crisis financiera, incorporó a la norma fundamental el **principio de estabilidad presupuestaria**, y los consiguientes límites en materia de déficit y deuda pública (*infra* § 29.14).

19. Independientemente del alcance de la descentralización de nuestro sistema político, los principios y reglas constitucionales relativos al Derecho presupuestario son de aplicación general al conjunto de las Administraciones públicas, como se deduce los artículos 134, 135, 156 y 157 CE. Así queda reflejado tanto en los estatutos de autonomía (EEAA) de las distintas comunidades autónomas (CCAA) y en sus leyes de hacienda, como en las normas básicas reguladoras de las entidades locales (EELL), en la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL).

20. El **marco legal básico y general** en materia presupuestaria está contenido, de una parte, en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), que desarrolla la previsión del artículo 135.2, 2.º párrafo CE y, de otra, en la LGP. Las CCAA por su parte y en el marco de sus competencias, disponen de sus correspondientes leyes de hacienda. Para el ámbito local, la LBRL (art. 112) recoge a su vez la necesidad de aprobar anualmente presupuestos por parte de las EELL así como, en su caso, su prórroga en ausencia de aprobación en plazo. El TRLHL, completa el marco del régimen local en materia presupuestaria.

21. En relación con los principios del Derecho presupuestario conviene distinguir entre los **principios aplicables a su planeamiento y programación** y los aplicables a su **gestión** (*infra* § 29.42). En relación con los primeros, ha resultado determinante la reforma del artículo 135 CE al constitucionalizar el **principio de estabilidad presupuestaria**, añadiendo a los principios propios de la técnica contable ya existentes, nuevos límites que afectan a la cuantía y, en definitiva, al margen de la política fiscal (*infra* § 29.14). En concreto, el artículo 26 LGP alude a los principios materiales de "estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, responsabilidad y lealtad institucional…", redacción que se incluyó en

virtud de lo dispuesto en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. En esta nueva redacción se incorporaron, como novedad, los citados principios de **sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional**, en el contexto de los compromisos que España ha adquirido en el marco del pacto fiscal europeo, y que ahora son extensibles al conjunto de las Administraciones públicas.

2.3. Límites materiales: materias incluidas y excluidas

22. Junto con los principios, la CE prevé también reglas que delimitan el contenido material de la Ley de Presupuestos Generales. En concreto, el artículo 134.2 establece positivamente que se deberán incluir la **totalidad de los gastos e ingresos** del sector público estatal, además del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado, en la medida en que suponen un menor ingreso. El artículo 135.2 CE garantiza que se incluya también el **pago de la deuda, capital e intereses**.

23. De esta manera, las leyes de presupuestos que cada ejercicio anual han de aprobar el Estado, CCAA y, en su caso, las entidades locales mediante el correspondiente acuerdo del Pleno, cumplen la función de documento de previsión de gestión económica. Por otro lado, y dado que por la parte de los ingresos, puede ser necesario ajustar anualmente ciertas cuantías, como ocurre en el caso de los precios y tasas públicas, e incluso de ciertos tipos impositivos, el artículo 134.7 CE contempla que la Ley de Presupuestos Generales pueda **incorporar ajustes y modificaciones en las normas tributarias**, siempre que la ley tributaria sustantiva así lo prevea. Sin embargo, el alcance de esta potestad, se limita mediante la prohibición de crear nuevos tributos mediante Ley de Presupuestos Generales.

24. Fuera de esta expresa limitación, la CE no dice más. Ello ha dado pie a que se generalice una práctica que pasa por **ensanchar el contenido de las leyes de presupuestos** con la incorporación, en su parte adicional, de un sinfín de reformas de todo tipo y color. A pesar de que el TC ha dejado clara reiteradamente la **inconstitucionalidad** de esta forma de legislar, los malos modos han arraigado e incluso han contagiado a las 17 asambleas autonómicas. Aunque esta práctica ha intentado sustituirse mediante la tramitación y aprobación paralela de las conocidas como **leyes de acompañamiento**, o leyes de medidas administrativas, sociales y fiscales, lo cierto es que la tentación de aprovechar las facilidades que ofrece la más ágil tramitación de las leyes de presupuestos reaparece una y otra vez.

25. El Tribunal Constitucional viene reiterando y recordando, (STC 16/2022, FJ 3) su doctrina acerca de **los límites materiales del contenido "eventual"** de las leyes de presupuestos, insistiendo en la necesidad de que a) la materia guarde **relación inmediata y directa con los ingresos y gastos** que integran el presupuesto y que su inclusión esté justificada por ser un complemento de los criterios de política económica de la que ese presupuesto es el instrumento y b) sea un **complemento necesario** para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno.

26. En el marco de la financiación autonómica y dado que los ingresos públicos de origen tributario corresponden principalmente al Estado, el artículo 158 CE menciona la **asignación a las CCAA** que podrá —en realidad, deberá— contenerse en los Presupuestos Generales del Estado. Respecto de dicha asignación, la CE incorpora un **criterio de suficiencia** al garantizar que deberá estar determinada por el volumen de los servicios y actividades que las CCAA hayan asumido, así como la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos en todo el territorio nacional (*infra* § 11.20).

27. Solo en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra, y en el contexto de sus competencias en materia tributaria, cambiará el tratamiento respecto de la asignación presupuestaria, que deberá tener lugar, respectivamente, en el marco del **Convenio** y del **Concierto** (DA 1.º CE, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales) (*infra* § 10.11).

2.4. Requisitos formales

2.4.1. Límites constitucionales

28. En el ámbito estatal, la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales viene precedida por una **tramitación específica**, con particularidades respecto del procedimiento legislativo común. En primer lugar, la iniciación del procedimiento de aprobación de la Ley de Presupuestos Generales corresponde exclusivamente, como es razonable, al Gobierno —vía **proyecto de ley**—(*infra* § 29.49) Su tramitación goza de preferencia (art.133.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados [RCD]). La aprobación para la iniciación de la tramitación habrá de tener lugar en **pleno,** al igual que la aprobación definitiva del proyecto. El artículo 46 RCD prevé la existencia de una **Comisión Permanente de Presupuestos**, para la que el artículo 60 RCD requiere la dotación de medios técnicos y materiales propios, capaces de facilitar el asesoramiento técnico necesario, dada la complejidad de la tarea de tramitación de una ley como la de presupuesto. Las **enmiendas** que puedan presentarse al proyecto de ley tendrán que asegurar el **mantenimiento del equilibrio presupuestario** del proyecto, debiendo de proponer dónde rebajar el presupuesto cuando, por ejemplo, se pretenda aumentar el gasto en otro apartado. Es más, en virtud de lo previsto en el artículo 134.6 CE, el artículo 111 RCD habilita al Gobierno a manifestar su **disconformidad con la tramitación de enmiendas** que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios en cualquier momento de la tramitación, si antes no se hubieran consultado. Las particularidades de este procedimiento legislativo son consecuencia del papel que tiene el presupuesto como principal instrumento de la política económica del Gobierno, así como de las exigencias derivadas de su necesaria coherencia económico-contable.

29. El veto del Gobierno se extiende más allá del procedimiento para la aprobación de los presupuestos y alcanza a todo tipo de enmiendas y/o proposiciones de Ley con eventual impacto sobre las cuentas públicas. No obstante, el TC ha interpretado el alcance de esta potestad o "veto presupuestario". Entiende el TC que «el Gobierno debe justificar de forma explícita la adecuada conexión entre la me-

dida que se propone y los ingresos y gastos presupuestarios. Esta conexión debe ser directa e inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética. Debe además referirse al Presupuesto en particular, sin que pueda aceptarse un veto del Ejecutivo a proposiciones que, en el futuro, pudieran afectar a los ingresos y gastos públicos (…) (STC 34/2018, FJ 9) (GIMÉNEZ SÁNCHEZ, 2020).

30. Entre las particularidades formales de la aprobación de los presupuestos destacan las que inciden en los **elementos temporales**. En concreto, a) su carácter **anual**, b) la exigencia constitucional de que el proyecto de presupuestos llegue al menos **tres meses antes** de la expiración de los del año anterior (art. 134.3 CE), así como, c) la **prórroga automática** de los presupuestos del año anterior si la nueva Ley de Presupuestos no se aprueba antes del primer día del ejercicio económico correspondiente (art. 134.4 CE), siendo posible una aprobación tardía, ya entrado el año en curso. Estas reglas no prevén, no obstante, limitaciones en cuanto al número de veces en que pueden prorrogarse los presupuestos ni del tiempo que puede retrasarse su aprobación tardía.

31. La última década ha sido rica en situaciones excepcionales. Así, por ejemplo, los Presupuestos Generales aprobados en 2018, gobernando el Partido Popular, fueron luego prorrogados en 2019 y también, en 2020, en este segundo caso, gobernando el Partido Socialista Obrero Español. Semejantes situaciones se vivieron en algunas CCAA (Andalucía, Castilla y León y Castilla-La Mancha) en el contexto de la nueva composición de muchos parlamentos y ante la ausencia de mayorías suficientes. Tras las elecciones generales de 2023, el nuevo Gobierno elegido en noviembre de ese año no llegó a tiempo para presentar el proyecto de los presupuestos generales para 2024 en las fechas constitucionalmente previstas. Una vez iniciado 2024, en marzo, el Gobierno anunció su renuncia a elaborar y presentar el proyecto de presupuestos para 2024. A mediados de 2025 siguen prorrogados los presupuestos de 2023. Estas decisiones han suscitado dudas jurídicas acerca de la interpretación del art. 134.3 y 4 CE, y del alcance de la obligación constitucional que el Gobierno tiene de presentar al Congreso su proyecto de presupuestos.

2.4.2. Nuevos límites derivados de la LOEPSF y alcance del principio de estabilidad presupuestaria

32. La reforma del artículo 135 CE en 2011, con la consiguiente incorporación del principio de estabilidad presupuestaria, ha traído consigo la incorporación de nuevas **reglas legales a la disciplina presupuestaria**. Entre estas destacan ciertas reglas formales, que afectan a **plazos** y **tramitación**, pero que miran en definitiva al cumplimiento del compromiso material de la estabilidad presupuestaria. Su desarrollo está recogido, tal y como exige la CE, en la LOEPSF de 2012.

33. En primer lugar, destaca la necesidad de que **Congreso y Senado** aprueben, independientemente y con carácter previo a la elaboración del proyecto de presupuesto, el que se conoce como **techo de gasto** (art. 15 LOEPSF); esto es, los "objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública" y, por tanto, la determinación de la cuantía máxima de gasto y de endeudamiento previsto para el año siguiente. La cifra que se apruebe se calculará a partir de las **estimaciones** de los futuros ingresos tributarios, que dependerán de las **previsiones** sobre la evolución de las macrovariables como son: el IPC o el PIB. Dadas las dificultades técnicas de estos cálculos, y para una mejor objetivización del proceso, la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre,

de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (LOAIReF), dispuso la creación de una nueva autoridad independiente, encomendándole funciones de consulta y asesoramiento (*infra* § 29.55). Recientemente la LO 2/2024, de 1 de agosto, ha modificado el párrafo 6 del art. 15 de la LOEPSF de modo que, una segunda votación del techo de gasto en el Congreso, puede levantar el efecto veto de un posible rechazo en el Senado.

34. Una vez aprobado el techo de gasto por parte del legislador, y determinado, por tanto, el alcance del déficit público en que podrán incurrir el conjunto de las AAPP, la LOEPSF encomienda al Consejo de Ministros la aprobación del **reparto de dicho déficit entre Estado y CCAA**, de modo que estas puedan ya proceder a elaborar sus correspondientes presupuestos (art. 16 LOEPSF). Las **EELL** quedan, en principio, fuera de este proceso dado que, en su caso, el artículo 135.2, 2º párrafo *in fine* CE dispone que deberán presentar **equilibrio presupuestario** (esto es, presupuestos sin déficit).

35. El TS ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los requisitos que deben cumplir las potestades que el Gobierno tiene encomendadas en virtud de la LOEPSF (SSTS de 10 de mayo de 2016 ECLI: ES:TS:2016:1998; ECLI: ES:TS:2016:1992; ECLI: ES:TS:2016:1999; ECLI:ES:TS:2016:2004 y ECLI: ES:TS:2016:2003). Se trata de cinco recursos contencioso-administrativos, interpuestos por varias CCAA (Cataluña, Asturias, Murcia, Andalucía y Canarias), contra varios acuerdos del Consejo de Ministros que fijaban, de una parte, los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública así como el límite de gasto no financiero para los presupuestos de 2014 (según prevé el art. 15 LOEPSF) y, de otra, concretaban dichos objetivos para cada una de las CCAA de régimen común (en ejecución del art. 16 LOEPSF). Más allá del fallo, lo más interesante de esta jurisprudencia es su interpretación acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo que el Consejo de Ministros envía a las Cortes para que Congreso y Senado aprueben —o no— el llamado techo de gasto, esto es, los "objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública". Para el TS, dicho acuerdo opera como una suerte de acto de trámite, **carente de eficacia por sí mismo** (FJ 5), por lo que inadmite el recurso en este punto. Estos pleitos ponen de manifiesto el impacto que la reforma constitucional de 2011 y el régimen de estabilidad presupuestaria diseñado en la LOESPSF, tiene sobre el Estado autonómico y de Derecho. (SALVADOR, 2020).

36. Los pasos previos a la elaboración del anteproyecto de presupuestos por parte del Gobierno no terminan aquí, pues aún queda pendiente el control previo que corresponde a las instituciones europeas en el marco de **Pacto Fiscal europeo**, a las que el Gobierno deberá informar antes de la tramitación parlamentaria. Para cumplir con esta exigencia, el Gobierno deberá presentar su proyecto de plan presupuestario a la Comisión y al Eurogrupo antes del 15 de octubre a más tardar. El contenido del plan presupuestario deberá tener en cuenta las recomendaciones específicas por país propuestas por la Comisión en el mes de mayo anterior, y aprobadas en junio por el Consejo Europeo, en julio. Todo ello se enmarca en lo que se conoce como **semestre europeo,** en alusión a la actividad de análisis, estudio y propuesta de objetivos económicos en el contexto de las políticas de estabilidad y crecimiento de la UE *(infra* § 29.30)

37. En rigor, las reglas de estabilidad presupuestaria, en concreto, los límites de gasto público y de déficit público recogidos por la CE, no han llegado aplicarse en España todavía *(infra* § 29.14). En un primer momento, debido la existencia de un régimen transitorio en la CE y en LOEPSF (DT 1.ª) donde se contemplaba un plazo de adaptación hasta 2020. Precisamente, en 2020, la pandemia de COVID primero, y, después, la guerra de Ucrania en 2022, con sus graves consecuencias en la marcha de

la economía, han dado lugar a la activación de la **cláusula de salvaguarda,** tanto a nivel interno como europeo (art. 135.4 CE) y a la suspensión provisional del cumplimiento de dichas reglas. Por otro lado, las dificultades de aplicar estas reglas de rígida disciplina presupuestaria han puesto en entredicho el propio mecanismo del Pacto Fiscal Europeo. En abril de 2024 fue aprobada la reforma que va a permitir modular la rigidez de las reglas de gasto y déficit, lo que pone de manifiesto la complejidad que plantea juridificar la macroeconomía (GARCÍA-ANDRADE:2020; SALVADOR, 2020).

3. LA DEUDA PÚBLICA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

3.1. Límites constitucionales: exigibilidad y prioridad en el cobro

38. El régimen jurídico constitucional relativo a la deuda pública está contenido en el artículo 135 CE. Como ya estableciera dicho precepto, en su redacción original, la CE dispone que «el Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar **autorizados por ley** para emitir deuda pública o contraer crédito» Esta previsión está desarrollada actualmente para el Estado en los artículos 94 y ss. de la LGP. Las CCAA replican este mandato en sus correspondientes estatutos de autonomía y leyes de hacienda. Estos créditos, por otro lado, no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión (art. 135.2 CE). Por otro lado, la CE exige también que los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública **habrán de estar siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos**, como ya se ha dicho, como garantía frente a terceros acreedores. Una garantía a la que vino a unirse en 2011 la llamada **prioridad de pago** ("su pago gozará de prioridad absoluta", art .135.2 CE).

39. Esta última garantía fue incorporada en el contexto de la crisis de la prima de riesgo, de 2011-2012, como herramienta para tranquilizar a los mercados de deuda internacional, ante un eventual riesgo de impago. Con ello, la CE se adelantó al cumplimiento de la exigencia asumida, en 2013, al ratificar el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión económica y monetaria, también conocido como **Pacto Fiscal europeo,** aprobado el 2 de marzo de 2012 y cuya elaboración ya se conocía en septiembre de 2011. Dicho Tratado exige elevar al máximo nivel normativo estatal, "preferentemente de rango constitucional" (art. 3.2), los compromisos de disciplina presupuestaria. Se cumplía también así con parte del condicionado del Memorándum de Entendimiento que el Reino de España hubo de firmar, en el marco del rescate al sistema financiero, en mayo de 2012. El relato de los cambios normativos en relación con la deuda pública, el déficit y el volumen de gasto público que tuvieron lugar tras la crisis financiera, pone de manifiesto el **impacto de la globalización económica y financiera**. Ello supone que, al menos en el caso de los países de la eurozona, el margen de decisión en materia de política económica se encuentra fuertemente condicionado, tanto por el Derecho europeo como por la realidad de la economía global.

3.2. Límites cuantitativos y el Pacto fiscal europeo

40. La reforma del artículo 135 CE, en 2011, al incorporar el principio de estabilidad presupuestaria, constitucionalizó la existencia de límites al volumen de **deuda pública** acumulado y del **déficit público estructural**. En el caso de las **entidades locales** se limita incluso el hecho de endeudarse, al estar obligadas a presentar **equi-**

librio presupuestario (art. 135.2, 1.º párrafo *in fine* CE*)*. El alcance de los límites constitucionales a la deuda y déficit públicos se fijan en la norma fundamental. En el primer caso, la deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto (PIB) del Estado, **no podrá superar el valor de referencia establecido en el TFUE** (art. 135.3.2.º párrafo). En el caso del déficit público estructural, Estado y CCAA **no podrán superar los márgenes establecidos por la UE** para sus Estados miembros (art. 135.2.1.º párrafo). Se consolida así no solo la "constitucionalización" de la Unión Europea en el texto constitucional, también el sometimiento de la política fiscal española al Derecho europeo. Aunque materialmente no sea una novedad, puesto que el compromiso formaba ya parte del contenido del TFUE y del Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza de 2012, sí lo es su elevación al rango constitucional. La LOEPSF desarrolla el régimen aplicable en la materia y concreta qué entiende por "**déficit estructural**", que queda definido como "déficit ajustado al ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales". No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con las normas europeas, podrá alcanzarse en el conjunto de las Administraciones públicas, un déficit estructural del 0,4 por 100 del PIB nacional (art. 11.1 LOEPSF).

41. La idea del **déficit público** alude al porcentaje de gasto público que no se cubre con ingresos corrientes y que, por consiguiente, debe completarse a través de la emisión de nueva deuda pública, pagadera a corto, medio o largo plazo. El volumen de deuda pública en relación con el PIB se calcula teniendo en cuenta la deuda pública emitida y acumulada de ejercicios anteriores y pendiente de pago. Es un cociente que puede variar no solo por el acumulado de la deuda emitida, también por la propia evolución de PIB. Por su parte, la LOEPSF incluye no pocas medidas que permiten ajustar el cumplimiento de estos compromisos a las cambiantes situaciones con las que hacen frente las AAPP. Tanto es así que, hasta la fecha, por diversas razones, no se han llegado a cumplir en ningún momento los límites a los que se refiere la Constitución *(supra* § 29.37).

42. La creación de una **moneda única** supuso una vuelta de tuerca fundamental en la construcción de una Unión económica europea. En este marco, hay que ubicar el compromiso de España con el **Pacto fiscal europeo**. El Pacto fiscal es algo más que un pacto político; es también un compromiso jurídico para cuyo cumplimiento está prevista la existencia de herramientas control y supervisión, función asignada al semestre europeo y, llegado el caso, de alerta y sanción a través de los llamados **procedimientos de control del déficit excesivo,** con fundamento en el artículo 126.3 TFUE.

4. LA DINÁMICA DE LA GESTIÓN DE MEDIOS ECONÓMICOS

4.1. Los principios de Derecho presupuestario y de la contabilidad pública

43. La CE dispone en su artículo 31.2 que el gasto público deberá realizar una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución habrá de responder a los criterios de **eficiencia y economía**. Dicha ejecución dependerá de lo dispuesto en el presupuesto, que determina su diseño y destino. La LGP desarrolla estos principios, al tiempo que los completa con otros propios de la gestión

económica presupuestaria como son los de unidad de caja, anualidad, universalidad o estabilidad presupuestaria. Junto a ellos, la LGP menciona además otros principios operativos que inspiran la contabilidad pública, y que se recogen en el artículo 122.1 LGP.

44. Entre estos, la presunción de que **continúa la actividad** de cada entidad pública por tiempo indefinido; el reconocimiento de activos, pasivos, patrimonio neto, gastos e ingresos que deberá realizarse, desde el punto de vista económico-patrimonial, en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan; la **estabilidad de los criterios contables** de un ejercicio a otro; la previsión de mantener un cierto grado de **precaución** en los juicios de los que se derivan **estimaciones** bajo condiciones de incertidumbre, de tal manera que los activos, obligaciones, ingresos y gastos no se sobrevaloren ni se minusvaloren. También se citan otros principios, básicos de la técnica contable, como la prohibición de compensar las partidas del activo y del pasivo y las de gastos e ingresos que integran las cuentas anuales y se valorarán separadamente los elementos integrantes de las cuentas anuales, salvo aquellos casos en que de forma excepcional así se regule. Se trata de principios y reglas contables que disciplinan y limitan el ejercicio del poder en su dimensión económica, facilitando la información y el control.

45. En concreto, los principios de **unidad y universalidad** proyectan sus consecuencias en el artículo 2 LGP, al extender a todo el sector público estatal su ámbito subjetivo de aplicación. La necesidad de garantizar la eficaz aplicación de este principio y de evitar la existencia de sistemas alternativos de "caja separada", como ocurriera a lo largo del siglo XIX y bien entrado el XX, ha requerido la formulación un **concepto subjetivo instrumental** de "sector público" (*supra* § 1.15) que permita dar cabida al heterogéneo conjunto de fórmulas bajo las que puede presentarse el poder público. Esta aproximación omnicomprensiva está al servicio de un Derecho presupuestario que permita garantizar el sometimiento pleno a la ley y al Derecho, independientemente del modo en que se concrete el ejercicio de la potestad de autoorganización. (*supra §* 8.26).

4.2. Elaboración, aprobación y modificación del presupuesto

46. Una vez fijados los topes cuantitativos del presupuesto mediante la fijación del techo de gasto, y repartido el déficit entre las distintas AAPP, como ya se ha apuntado arriba (*supra* §§ 29.33 y 34), la elaboración del **anteproyecto de presupuestos** corresponde, como no puede ser de otra manera, al Gobierno, estatal o autonómico o en su caso, al órgano ejecutivo competente en el ámbito local (alcalde o junta de gobierno: *supra* § 11.37 y 40). El diseño y elaboración de las cuentas públicas es, en definitiva, manifestación principal de la función política que corresponde al poder ejecutivo en su variante económica y el instrumento a través del cual expresa sus prioridades.

47. En el caso de los **presupuestos de las CCAA**, con excepción del País Vasco y Navarra que disponen de sendos regímenes especiales (del Concierto y el Convenio respectivamente), su financiación tiene lugar en el marco de lo dispuesto por Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, reiteradamente modificada y completada por la Ley 22/2009, de 18

de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, en desarrollo de lo dispuesto en artículo 157.3 CE. Las CCAA disponen de un importante margen de autonomía política y económica para diseñar sus presupuestos dentro del marco delimitado por el techo de gasto, de una parte, de la financiación atribuida por otra, y de la necesaria garantía de prestación de los servicios públicos esenciales —fundamentalmente, educación, sanidad y dependencia, que garantizan la igualdad entre todos—, generando la diversidad propia de un Estado autonómico (*supra* § 4.65).

48. La regulación correspondiente relativa a la elaboración y aprobación de los presupuestos municipales se recoge, en el caso de los EELL, es en el TRLHL junto con la LBRL donde se contiene la regulación correspondiente relativa a la elaboración y aprobación de los presupuestos municipales. Unos presupuestos que como ha recordado el TS en su Sentencia de 29 de septiembre de 2022 (FJ 3) (ECLI:ES:TS:2022:3427), tienen naturaleza normativa.

49. La **aprobación** de los Presupuestos Generales del Estado se tramitará como proyecto de ley, con las especialidades temporales, materiales y procedimentales que se han visto (*supra* § 29.28). Con todo, no son pocas las situaciones en las que es necesario habilitar vías para adaptar el rigor del calendario presupuestario a las cambiantes necesidades que el día a día plantea al ejercicio de las funciones encomendadas a las AAPP. La aparición de sucesos nuevos que exigen la adopción de decisiones con impacto sobre el uso y disposición de fondos públicos es inevitable. Desde una epidemia mundial al impacto de una guerra en suelo europeo, pasando por la necesidad de restaurar los daños extraordinarios producidos por fenómenos climáticos catastróficos, son, entre otras, algunas de las incidencias imprevistas a las que es necesario dar respuesta. En este sentido, la LGP ha dispuesto que puedan acordarse en determinados casos **modificaciones de créditos**, previa tramitación del oportuno procedimiento. Por otro lado, este es el ámbito natural del uso del decreto-ley en caso en que sea necesaria la aprobación de **créditos extraordinarios y suplementos de crédito** en contextos de "extraordinaria y urgente necesidad". Como en tantos otros ámbitos del Derecho administrativo, el Derecho presupuestario se mueve en los complejos límites entre la eficacia y las garantías.

4.3. Ejecución del presupuesto

50. La ejecución de los créditos presupuestarios y el cumplimiento de las obligaciones económicas contraídas corresponde a cada uno de los órganos competentes previa tramitación de los trámites correspondientes. Estos trámites son, fundamentalmente, la **aprobación** del gasto, la **comprobación** del mismo y, finalmente el **reconocimiento** de la obligación de pago (art. 73 LGP). Solo tras ello, podrá ordenarse **el pago**, a través de "transferencia bancaria, cheque, efectivo o cualesquiera otros medios de pago, sean o no bancarios" (art. 110 LGP). En el ámbito estatal, el art. 75 LGP prevé que sea el director general del Tesoro y Política Financiera quien ejerza las funciones de ordenador general de pagos del Estado.

51. Por su parte, en el ámbito local, las funciones relacionadas con la ordenación de pagos corresponden, allí donde exista, al **interventor-tesorero** según prevé el artículo 14 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Dependiendo del tamaño del ente local, estas funciones podrán corresponder al secretario que podrá ejercer funciones de intervención y ordenación de pagos. En el caso de las CCAA, habrá que estar en cada caso a lo dispuesto por sus correspondientes leyes de hacienda.

52. Con todo, la LGP contempla la posibilidad de que los "ministros y los presidentes o directores de los organismos autónomos" puedan disponer, en determinados casos y con limitaciones, **anticipos de caja y fondos de maniobra** (art. 78 LGP), en cuyo caso la justificación del gasto se realizará *a posteriori* (art. 79 LGP). La variedad y complejidad de la actividad administrativa requiere la existencia de mecanismos que permitan una cierta flexibilidad, siempre con las necesarias cautelas que el uso de los fondos públicos requiere.

5. CONTROL Y FISCALIZACIÓN

5.1. El control de los recursos públicos, en general

53. El control del uso de los recursos públicos y de la ejecución del presupuesto que llevan a cabo los distintos poderes públicos adopta más de una forma. En primer lugar, se lleva a cabo a través de la **función de intervención** como mecanismo de comprobación *ex ante* (*infra* § 29.57). Por otro lado, existen otro tipo de herramientas, consistentes en obligaciones de información, como es la llevanza de la **contabilidad pública** según reglas armonizadas (Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública, dictada en virtud de la habilitación que el artículo 125.1.a) LGP hace al Ministerio de Hacienda, en al ámbito de la AGE). A partir de la contabilidad, las AAPP podrán —y deberán— formular sus correspondientes cuentas que, en última instancia, revisará *ex post* **el Tribunal de Cuentas** (art. 136 CE) en ejercicio de su función de fiscalización, desarrollando la importante tarea de auditoría de las cuentas públicas. Esta tarea la completan, en el ámbito de las CCAA, los órganos análogos al Tribunal de Cuentas existentes (*infra* § 29.63).

54. La armonización de los criterios contables aplicables en el ámbito público es sin duda un reto de primer orden y no solo desde la perspectiva económica; ahora también, desde la perspectiva jurídica en la medida en que los compromisos económicos han quedado juridificados. El **Plan General de Contabilidad Pública** está inspirado en las Normas Internacionales aplicables a la Contabilidad del Sector Público (NIC-SP), elaboradas por la Federación Internacional de Contables (IFAC), a través del IPSASB «Junta de Normas Contables Internacionales para el Sector Público» (inicialmente Comité del Sector Público). Las NIC-SP están basadas en las NIC-NIIF, aplicables en el ámbito privado, y que inspiran el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas internacionales de contabilidad, y que responden al objetivo de establecer un marco común de referencia para la elaboración de la información financiera por las Administraciones públicas de los diferentes países. Las NIC-SP son normas generales de información financiera de alta calidad para su aplicación a entidades del sector público. Junto a estas normas contables, la UE aprobó el **Nuevo Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea**, conocido como **SEC 2010**, en virtud del Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo el 21

de mayo de 2013. Esta metodología se aplica a los datos y a la información que deben transmitirse a Eurostat, con finalidad estadística y de control de las cuentas públicas, en el marco de compromisos fiscales entre EEMM.

55. Por otro lado, el control del nuevo compromiso constitucional de la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) ha requerido de la creación de un nuevo ente público: la **Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal** (AIReF) para garantizar el cumplimiento de este nuevo deber público por parte de los poderes públicos. La AIReF ejerce las funciones de control de cumplimiento de dicho régimen a través de la emisión de informes. El alcance de su "poder de control" se basa en su conocimiento experto e independencia y, en definitiva, en la *auctoritas* que a lo largo de los años de funcionamiento sea capaz de generar (*supra* § 29.33)

56. Existen otras barreras de control de distinta de naturaleza. Es el caso de la **Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales**, regulada por la Ley 37/2010, de 15 de noviembre. También **las obligaciones de transparencia e información,** *ex ante* y *ex post,* que deben cumplir determinados cargos electos y altos cargos en relación con sus bienes (art. 17 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado) completan el variado cuadro de herramientas jurídicas al servicio del control —directo e indirecto— sobre el uso de los recursos públicos.

5.2. La función de intervención

57. La disposición de los fondos y el control de la ejecución de los pagos en el Derecho español ha estado tradicionalmente sometida a controles *ex ante* para garantizar su correcto uso y destino. Ello permite la comprobación formal y material de las órdenes de pago, su correspondencia con una deuda, servicio o trabajo realizado o recibido y con la existencia de una partida presupuestaria que hubiera previsto dicho gasto (principio de legalidad presupuestaria). La tarea en que consiste la función intervención se encomienda a los órganos administrativos **especializados**. En el caso de la AGE, corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que ejerce el **control interno** del sector público estatal, siendo el centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Por su parte, cada CCAA replica esta estructura de control en sus normas organizativas. En el caso de las entidades locales, la TRLHL prevé la figura del "órgano interventor" (arts. 213-233)

58. La relevancia de la intervención es mucha y constituye un elemento esencial de control para garantizar el funcionamiento eficiente, eficaz y legal de nuestro Estado de Derecho. No es el único control, existen otros, pero sin duda es la primera barrera en términos de control de los recursos públicos. Tiene por objeto controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de los fondos públicos, asegurando que su gestión se ajusta a las disposiciones aplicables en cada caso. La complejidad y el volumen de la tarea a realizar, así como la necesidad de disponer de medios personales —interventores— suficientes, unido al carácter recurrente y en masa de muchas de las actuaciones ha dado pie a la **sustitución de la fiscalización**

previa por las comprobaciones. El artículo 148 LGP prevé que reglamentariamente así pueda autorizarse, salvo en el caso de actos de ordenación del pago y pago material correspondientes a devoluciones de ingresos indebidos. En la práctica ello supone rebajar la intensidad y calidad de los controles. Junto con la intervención, la LGP dispone de otras medidas de control *a posteriori* complementarias, como son las comprobaciones efectuadas en el **ejercicio del control financiero permanente** y la **auditoría pública** del sector público, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos.

59. La incorporación de controles en materia de intervención del gasto, cuya complejidad ha venido acrecentándose de la mano del control de la corrupción, da como resultado la lenta y costosa tramitación de proyectos generadores de gasto, como es el caso de la contratación pública o del otorgamiento de subvenciones. La puesta en marcha por parte de la UE de los llamados Fondos *Next Generation,* destinados a la recuperación económica tras la crisis generada por la Covid–19 en junio de 2020, justificó la aprobación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Las limitaciones temporales que el marco europeo fijó para los Estados miembros beneficiarios de los fondos (que debían disponer de los mismos antes de 2024), justificaron que, entre las medidas adoptadas en el Real Decreto-Ley, se hubieran incluido algunas que afectan a la emisión de los informes de la Intervención administrativa, que si bien siguen siendo necesarios, no condicionan la continuidad de la tramitación de ciertos procedimientos —de contratación o de subvenciones— que se realicen en el marco de la financiación proveniente de los Fondos *Next Generation.*(SALVADOR, 2021).

5.3. El papel de la AIReF

60. La LOAIReF dispuso la creación de la AIReF como ente de Derecho público, dotándolo de independencia funcional. La ley le asigna la tarea de velar por que las Administraciones públicas **cumplan de manera efectiva el principio de estabilidad presupuestaria**, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario y del endeudamiento público, a través del análisis de las previsiones económicas (art. 2). La AIReF está dirigida por un presidente nombrado entre expertos en la materia, durante un periodo de 10 años, que no podrá ser relevado de su cargo salvo por causas tasadas (art. 24.6 LOAIReF). Se incorpora así a la lista de autoridades administrativas independientes que, con carácter general, regula el art. 109 LRJSP (*supra §§* 8.29 y 9.78).

61. La creación de la AIReF responde al cumplimento de lo dispuesto la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. Como ha ocurrido en otros ámbitos regulatorios —defensa de la competencia, protección de datos o regulación de sectores económicos— desde el Derecho europeo llegan soluciones y modelos organizativos propios de otras culturas jurídicas, donde en ocasiones se otorga a ciertos entes públicos funciones cuasi-judiciales dotándoles de un estatus de independencia. (MARTÍNEZ LAGO, 2014)

62. Para llevar a cabo sus funciones, la AIReF elaborará informes, opiniones y estudios (art. 4.1 LOAIReF). Su control es fundamentalmente de **autoridad**, pues sus informes, opiniones y estudios carecen de fuerza vinculante. En el caso particular de los informes, la LOAIReF exige su incorporación a varios procedimientos, sin que

nada se diga respecto de los efectos derivados de su ausencia. En relación con el ciclo presupuestario, la **tarea informadora de la AIReF** tendrá lugar tanto ***ex ante*** —a través de su informe sobre las previsiones macroeconómicas (art.14) y de su informe sobre el proyecto de programa de estabilidad (art. 16), entre otros— como ***ex post*** —mediante los informes sobre el análisis de la ejecución presupuestaria, deuda pública y de la regla de gasto (art.17)—.

5.4. La fiscalización del Tribunal de Cuentas

63. El artículo 136 CE prevé la creación del Tribunal de Cuentas, como órgano constitucional encargado de fiscalización de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del **conjunto del sector público**. Depende de la Cortes Generales (art. 136.1 segundo párrafo) y ejerce sus funciones por delegación de ellas. La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) regula su composición, organización y funciones, tal y como dispone el artículo 136.4 CE, dotando a sus miembros de un régimen de independencia e inamovilidad y sometiéndoles a las mismas incompatibilidades que los Jueces (art. 136.3 CE). Las funciones de fiscalización del Tribunal de Cuentas se ejercen en todo el territorio nacional, también respecto de las CCAA como prevé el artículo 153. d) CE. Todo ello sin perjuicio de la tarea, también de fiscalización, que desempeñan los órganos autonómicos análogos eventualmente creados al amparo de la potestad autoorganizatoria en algunas CCAA (art. 1.2 LOTCu).

64. El Tribunal de Cuentas ejerce funciones de **fiscalización externa**, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público; y de enjuiciamiento de la **responsabilidad contable** en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos. El Tribunal de Cuentas controla el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía y su actividad se manifiesta y expone mediante **informes o memorias**, ordinarias o extraordinarias, mociones o notas que se elevan a las Cortes Generales y se publican en el Boletín Oficial del Estado (arts. 12.1 LOTCu y 28 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas [LFTCu]). Entre los informes que emite destaca el **informe anual** previsto en el artículo 136.2, 2º CE que debe presentar a las Cortes. Junto con ello, el Tribunal de Cuentas, como órgano de jurisdicción contable, dicta **resoluciones** susceptibles de ser recurridas en casación y revisión ante el TS (art. 49 LOTCu).

65. La LFTCu califica estas resoluciones como **sentencias** (art. 52.2 LFTCu), lo que ha generado no pocas dudas en relación con la naturaleza jurídica del Tribunal de Cuentas, en lo que se refiere a esta tarea. (BIGLINIO, 2019)

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

Paloma BIGLINO CAMPOS, "El Tribunal de Cuentas como garantía del Estado Social, del Estado Democrático y del Estado de Derecho", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44 (2019), pp. 77-10.

Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el derecho público", *Revista de Derecho Público: teoría y método,* núm. 2 (2020), pp. 125-160.

Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de «veto presupuestario» del Gobierno", *Revista española de derecho constitucional,* vol. 40, núm. 118 (2020), pp. 273-305.

John M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest, and Money,* Londres, 1936.

Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, "Reglas fiscales y organismos independientes de supervisión: la Autoridad de responsabilidad fiscal española", en Francisco David ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO, (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiero del sector público: homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Ministerio de Hacienda e IEF, Madrid, 2014, pp. 61-75.

Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, "Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera", en Diego LÓPEZ GARRIDO (dir.) y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN, (coord.) *Reforma constitucional y establidad presupuestaria. El art. 135 del Constitución española,* CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-171.

María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, "El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación", *Revista de Derecho Público: teoría y método,* núm. 2 (2020), pp. 161-206.

María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, "Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el derecho administrativo", *Revista catalana de dret public,* núm. 63 (2021), pp. 61-80.

Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres, 1776.

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

Paul LABAND, Álvaro RODRIGUEZ BEREIJO, (pr.), *Derecho presupuestario*, Madrid, 2012

Rafael CALVO ORTEGA y Juan CALVO VÉRGEZ, *Curso de Derecho Financiero*, 26ª ed., Valencia, 2022.

Ester MARCO PEÑAS, "La influencia de la disciplina presupuestaria europea en la configuración y aplicación del Derecho público de los Estados miembros", *Revista de Derecho público. Teoría y Método*, núm. 11, 2025, pp. 75-116

Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER (Coordinador) *Manual de Derecho presupuestario y de los gastos públicos,* Valencia, 2022.

Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, Leonardo GARCÍA DE LA MORA y José Manuel ALMUDÍ CID, *Lecciones de derecho financiero y tributario (ed. 13ª)*, Ed. Iustel, Madrid, 2018.

Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, *Derecho presupuestario español y de la Unión Europea. Guía para su estudio y fuentes de conocimiento*, (2021) accesible en E-Prints Complutense.

Álvaro RODRIGUEZ BEREIJO, *La Constitución fiscal de España,* CEPC, Madrid, 2015.

Violeta RUIZ ALMENDRAL "Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional", *Revistas Española de Derecho Europeo,* núm. 41 (2012), pp. 40-92.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 755-775
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L30
© Elisa Moreu Carbonell
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 30
LOS BIENES PÚBLICOS

Elisa Moreu Carbonell
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. QUÉ SON LOS BIENES PÚBLICOS: 1.1. Bases constitucionales: artículo 132 de la Constitución; 1.2. Tipología de bienes públicos y diversidad de su régimen jurídico; 1.3. Formas de adquirir los bienes públicos.—2. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES PÚBLICOS: 2.1. Limitaciones a su disponibilidad; 2.2. Inventario e inscripción en el registro de la propiedad; 2.3. Potestades para la defensa y protección de los bienes públicos.—3. RÉGIMEN GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO: 3.1. Afectación y desafectación; 3.2. Mutaciones demaniales; 3.3. Utilización del dominio público: títulos habilitantes; 3.4. Las reservas demaniales.—4. LOS BIENES COMUNALES.—5. RÉGIMEN GENERAL DE LOS BIENES PATRIMONIALES: 5.1. Gestión y administración patrimonial; 5.2. Los bienes patrimoniales "materialmente afectos".—6. EL PATRIMONIO NACIONAL.—7. BIBLIOGRAFÍA: 7.1. Bibliografía citada; 7.2. Bibliografía complementaria recomendada

1. QUÉ SON LOS BIENES PÚBLICOS

1. Igual que los ciudadanos, las Administraciones públicas pueden ser **propietarias (titulares) de bienes y derechos**. Porque las Administraciones y los demás entes del sector público necesitan recursos y medios para desarrollar sus competencias y ejercer sus potestades. Estos medios pueden ser personales (como los empleados públicos), económico-financieros (el dinero que se obtiene a través de impuestos), y, por supuesto, materiales (como los edificios o los equipos informáticos). Además,

existen bienes que están a disposición de todos, como el agua del mar o de los ríos, cuya titularidad se atribuye por ley al Estado para garantizar su conservación y un acceso ordenado a su aprovechamiento.

2. Todas las Administraciones públicas territoriales o generales —estatal, autonómica y local—, así como las demás entidades que integran el sector público, pueden ser titulares de patrimonio propio, que **no es una categoría homogénea**, sino que está integrado por un abanico de bienes de distinta naturaleza y régimen jurídico. La denominación de "bienes públicos" que utilizamos es suficientemente amplia para abarcar estas variadas formas de titularidad o vinculación jurídica de los entes públicos con sus bienes y derechos. Pertenecen a los patrimonios públicos desde el agua de los ríos a la sede de los ayuntamientos, pasando por las autopistas, los coches oficiales o las piscinas públicas. La Constitución española de 1978 (art. 132 CE) distingue cuatro tipos de bienes públicos según su naturaleza: dominio público, bienes comunales, bienes patrimoniales y patrimonio nacional. A lo largo de esta lección iremos explicando qué son estas categorías y cuáles son sus diferencias.

3. La diversidad de categorías de bienes públicos se remonta al Derecho romano, que ya reconocía unos bienes que estaban "fuera del comercio de los hombres" y eran "comunes a todos" (*res comunes omnium*), como los ríos, puentes, calzadas o foros, que luego se incorporó a las Partidas. Varios siglos más tarde, el Código civil de 1889, inspirado en la idea liberal de la propiedad privada, introdujo una clasificación de los bienes "según las personas a las que pertenecen" y dispuso que "los bienes son de dominio público o de propiedad privada" (art. 338 del Código civil). El Código civil (CC) clasifica los bienes de dominio público según su destino o "afectación" a un uso público, a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional (art. 339 CC) y reconoce bienes que, siendo de titularidad pública, tienen "el carácter de propiedad privada" (art. 340 CC). A medida que la Administración ampliaba sus ámbitos de intervención en la vida económica y social se iban introduciendo peculiaridades de régimen jurídico que rompían con el régimen unitario del derecho de propiedad. Las especialidades de este grupo de bienes, en el que se incluyó a las aguas, las minas, los montes o los derechos propiedad intelectual e industrial, fue conformando un particular estatuto jurídico para dichas categorías, germen de las llamadas —todavía hoy— **propiedades especiales.** Por eso, existen leyes especiales que regulan el régimen jurídico de determinados bienes públicos, como las aguas (Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 20 de julio, TRLA), las costas (Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, LC), las minas (Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, LMi), las carreteras (Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras del Estado) o los montes (Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes). Por supuesto, también las comunidades autónomas han aprobado leyes reguladoras de sus patrimonios.

4. El concepto de bienes públicos no se debe confundir con el de **hacienda pública**, aunque históricamente, hasta las grandes operaciones desamortizadoras del siglo XIX, hayan estado muy relacionados. La hacienda pública es el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a los entes públicos, como el dinero procedente de ingresos, tributos, sanciones, subvenciones, precios públicos, el producto de operaciones de crédito y otras prestaciones de Derecho público, incluyendo valores y obligaciones. Sin embargo, la ley es imprecisa y poco clara en este punto. Mientras el artículo 3.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) dispone que "no se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda (...)", el artículo 7.2 LPAP afirma que "en todo caso tendrán la consideración de patrimoniales (...) los

valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles" y el artículo 166 LPAP incluye dentro del patrimonio empresarial del Estado las "acciones, títulos, valores, obligaciones" (*infra* § 30.63).

1.1. Bases constitucionales: artículo 132 de la Constitución

5. La Constitución española de 1978 distingue **cuatro tipos de bienes públicos** según su naturaleza: dominio público, bienes comunales, bienes patrimoniales y bienes del Patrimonio Nacional. El artículo 132 dispone que "la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación". Además, reconoce que "por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación".

6. Del reconocimiento constitucional del dominio público se pueden extraer los **principios fundamentales** de su régimen jurídico, como son la **reserva de ley** para regular su régimen jurídico y desafectación ("la ley regulará" reza el art. 132.1 CE); el reconocimiento de su carácter **inalienable, imprescriptible e inembargable**, con la finalidad de garantizar su afectación al uso general y al servicio público; la existencia de una serie de bienes que necesariamente integran el dominio público del Estado (zona marítimo-terrestre, playas, mar territorial, recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental), y la posibilidad de que, mediante ley, se incorporen otros bienes al dominio público estatal.

7. La Constitución española no hace una referencia directa a los bienes públicos en el diseño de la **distribución competencial** entre el Estado y las comunidades autónomas, así que hay que acudir a otros títulos competenciales. En primer lugar, la regulación de los bienes públicos forma parte del régimen jurídico básico de las Administraciones públicas cuya delimitación corresponde al Estado (art. 149.1.18ª CE). En segundo lugar, la competencia estatal en materia de legislación civil (artículo 149.1.8ª CE) incide de forma relevante en el régimen de los bienes públicos. Con fundamento en este y en otros títulos competenciales, la LPAP es una extensa norma que trata de codificar el régimen general de los bienes públicos. Esta ley incluye preceptos de carácter básico o de aplicación general, aunque buena parte de sus contenidos resulta aplicable solo a los bienes de la Administración General del Estado y es supletoria para las **comunidades autónomas**, que con respeto a las normas básicas estatales pueden aprobar sus propias leyes de bienes públicos (como por ejemplo, la Ley madrileña 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid).

8. A los **bienes de las entidades locales**, donde ya se dijo antes que el régimen de fuentes normativas es especialmente complejo (*supra* § 11.12), se les aplican las normas básicas de la LPAP, algunas normas básicas contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL (arts. 79-83), otras normas también básicas contenidas en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (arts. 74-87), el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aplicable sólo en la medida en que no haya

sido desplazado por leyes autonómicas) y las leyes de bienes de las comunidades autónomas, tanto generales (como la Ley gallega 6/2023, de 2 de noviembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.) como específicas para los bienes locales (así la Ley andaluza 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales).

1.2. Tipología de bienes públicos y diversidad de su régimen jurídico

9. El **patrimonio** de las Administraciones públicas es el conjunto de bienes y derechos de su titularidad, "cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos" (art. 3.1 LPAP). Según su régimen jurídico, pueden ser de **dominio público** y de **dominio privado** (art. 4 LPAP), pero hay que tener en cuenta que la naturaleza de los bienes públicos no es inalterable, sino que puede cambiar: los bienes patrimoniales se convierten en demaniales cuando son afectados y, al contrario, los bienes demaniales pueden ser desafectados (*infra* § 30.30).

10. Aunque el régimen jurídico de las distintas categorías de bienes públicos se va a desarrollar en los epígrafes siguientes, adelantaremos una breve definición de cada una. Los **bienes de dominio público** también llamados "bienes demaniales" o, simplemente "demanio" —término que recoge el Diccionario del Español Jurídico—, reúnen una doble condición: su titularidad pública y su afectación a un uso general o a un servicio público. La afectación es el eje central del dominio público y explica que dichos bienes queden sujetos a un régimen jurídico exorbitante (*infra* § 30. 30). Los **comunales** son una especial categoría de bienes demaniales que existe en el ámbito local y cuya peculiaridad radica en su régimen de aprovechamiento, que corresponde al común de los vecinos (*infra* § 30. 57). Los **bienes patrimoniales**, en una primera definición simple, pero acertada de la categoría son aquellos que, siendo de titularidad pública, no tienen carácter demanial (*infra* § 30. 61). El **Patrimonio Nacional** es el conjunto de bienes de titularidad del Estado destinados al servicio del rey y de la familia real (*infra* § 30. 73).

11. Los patrimonios públicos tienen un **objeto** variado y extenso, y recaen tanto sobre bienes inmuebles (infraestructuras, edificios), como sobre bienes muebles (automóviles, mobiliario de oficina); derechos reales (servidumbres); derechos de arrendamiento; y bienes incorporales o inmateriales (creaciones artísticas, patentes). Existen bienes públicos de régimen especial, como el patrimonio de la seguridad social y de otros organismos públicos y los que pertenecen a sociedades mercantiles públicas, integrantes del llamado **patrimonio empresarial público** (*infra* § 30.63).

12. Más allá del concepto tradicional de bienes públicos, que se refiere a bienes de titularidad pública (con afectación o no a un uso o servicio público), en ocasiones se habla también "bienes públicos" en un sentido mucho más laxo e inexacto, incluyendo no solo bienes de titularidad pública, sino otros bienes tradicionalmente etiquetados como **propiedades privadas de interés público**, de cuyo estudio se han ocupado el Derecho civil y mercantil. Bajo esta denominación —algo imprecisa— de aquellos bienes y derechos que, aunque puedan ser de titularidad privada, se hallan sometidos a un intenso régimen de intervención y control administrativos, como, por ejemplo, los llamados **bienes culturales** o **ambientales.** Se trata de un conjunto de bienes definidos por su destino y con un régimen jurídico fuertemente publificado, que impone numerosas restricciones a la propiedad privada y reconoce potestades a la administración para su vigilancia y aprovechamiento. Los bienes culturales y ambientales lo son por sus especiales características, por tener un interés ambiental, artístico, histórico, bibliográfico,

paleontológico o similar, con independencia de su titularidad pública o privada. Los propietarios de estos bienes tienen obligaciones de exhibición, conservación, mantenimiento y custodia, pudiendo llegar su incumplimiento a ser causa de expropiación del bien.

1.3. Formas de adquirir los bienes públicos

13. Los bienes públicos se pueden adquirir por cualquier forma prevista en el ordenamiento jurídico. Como regla general, los bienes **se adquieren como patrimoniales** y luego sus titulares deciden si, tras el oportuno procedimiento de afectación, se integran en el dominio público, aunque hay bienes que son demaniales por disposición legal (como las aguas). Los modos habituales de adquirir bienes públicos son por atribución de la ley, a título oneroso —con ejercicio o no de la potestad de expropiación—, por herencia, legado o donación, por prescripción y por ocupación (art. 15 LPAP). Como se ve, algunos coinciden con los que utilizan los particulares (a título oneroso o lucrativo) y otros son específicos de las Administraciones públicas (expropiación forzosa).

14. Existen bienes públicos a los que una ley otorga expresamente tal carácter. Esta forma de adquisición **por atribución de la ley (*ex lege*)** atañe, por ejemplo, a los mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución como bienes de dominio público estatal: "la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental". Otros bienes se atribuyen por ley a la Administración General del Estado, como los abintestatos sin legitimarios (arts. 957-958 del Código Civil), los inmuebles vacantes sin dueño conocido (históricamente llamados bienes mostrencos, art. 17 LPAP), los saldos y depósitos de dinero en cuentas de entidades financieras, cuando el titular no haya practicado gestión alguna durante un plazo de veinte años (art. 18 LPAP) y los buques abandonados (art. 302 del Texto Refundido de la Ley de Puertos, Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre). Los derechos forales pueden regular la sucesión legal a favor de las comunidades autónomas (véase la disposición adicional vigésima cuarta de la LPAP). Las **adquisiciones onerosas** de carácter voluntario se hacen mediante contrato (de compraventa y otros, art. 18 LPAP, ver *infra* § 30.66) y las forzosas por expropiación (art. 24 LPAP). Los bienes públicos también se adquieren **a título gratuito** por herencia, legado o donación, según los principios del Derecho sucesorio, con ciertas peculiaridades (art. 20 LPAP). Otra forma de adquirir es la **prescripción adquisitiva**, de conformidad con las normas civiles para adquirir por usucapión la propiedad de una cosa (art. 22 LPAP); la **ocupación**, igualmente según las normas del Código civil (art. 23 LPAP); la adjudicación en procedimientos de ejecución, tanto administrativos como judiciales (art. 26 LPAP) o la transferencia interadministrativa, con ocasión de los sucesivos traspasos de funciones y servicios a las comunidades autónomas.

2. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES PÚBLICOS

15. Las Administraciones *públicas están obligadas a proteger*, custodiar y defender su patrimonio frente a su degradación y a eventuales usurpaciones (arts. 28 y 29 LPAP). La ley reconoce una serie de potestades administrativas e instrumentos para garantizar la **integridad** y, en su caso, la afectación de los bienes públicos. La LPAP incluye asimismo un Título IX dedicado al régimen sancionador que, sin embargo, no es de aplicación general ni básica, por lo que sus efectos se limitan al ámbito de la Administración General del Estado y se debe completar con las infracciones y sanciones que establecen las leyes sectoriales reguladoras de los distintos bienes públicos.

Recordemos también que el Código penal contiene tipos delictivos referentes a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente.

2.1. Limitaciones a su disponibilidad

16. Todos los bienes públicos gozan de limitaciones que afectan a su facultad de disposición, aunque hay diferencias según la naturaleza del bien. Los bienes de dominio público y los comunales son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 30.1 LPAP). Son **inalienables** porque no se pueden enajenar (vender) mientras conservan su afectación al uso o servicio público. **Imprescriptibles**, porque ningún particular puede adquirirlos por usucapión, que es una forma de adquirir la propiedad por posesión de la cosa durante un tiempo determinado (art. 1.930 CC). E **inembargables,** porque ningún tribunal puede dictar mandamiento de embargo contra dichos bienes para saldar las deudas de la Administración.

17. En cambio, a diferencia de los demaniales, los bienes **patrimoniales** podrán ser enajenados y objeto de prescripción adquisitiva por terceros (art. 30.2 LPAP). Los bienes patrimoniales también pueden ser embargados para saldar las deudas de la administración, excepto cuando estén **materialmente afectados** a un servicio público o a una función pública (*infra* § 30. 71).

18. Los bienes patrimoniales gozaban del privilegio de la **inembargabilidad** hasta que la STC 166/1998 lo declaró incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que exige que las condenas al pago de cantidades de dinero se puedan ejecutar contra el patrimonio de las Administraciones públicas. Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que las utilidades públicas prestadas por los bienes patrimoniales podrían justificar, en ciertos casos, el mantenimiento del privilegio de inembargabilidad. Eso explica la vigente fórmula legal que prohíbe el embargo de los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (arts. 30.3 LPAP y 23.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, LGP).

2.2. Inventario e inscripción en el registro de la propiedad

19. Entre los instrumentos para la protección y defensa de los patrimonios públicos figuran los inventarios generales y la inscripción en el registro de la propiedad.

20. Todas las Administraciones públicas tienen la obligación de formar inventario de los bienes y derechos que integran su patrimonio. Sin embargo, ese deber no se traduce en la formación de un inventario patrimonial único de todo el sector público. Además, ninguno de los inventarios patrimoniales tiene carácter constitutivo ni produce directamente efectos jurídicos externos, de manera que ni la inscripción ni la falta de inscripción tienen consecuencias en el tráfico jurídico de los bienes públicos. Estos inventarios son simples registros públicos para facilitar el buen orden interno de las Administraciones públicas. La inscripción en el inventario constituye

un medio de prueba más de los derechos que las Administraciones públicas tienen sobre sus bienes.

21. La normativa sectorial ofrece otros ejemplos de catálogos y registros de bienes públicos o derechos sobre bienes públicos. El prototipo de registro público es el **Catálogo de Montes de Utilidad Pública** (art. 16 de la Ley de Montes), en el que se inscriben todos los montes públicos declarados de utilidad pública y que otorga a los montes inscritos el carácter de dominio público forestal. La inscripción en el Catálogo de Montes tiene importantes efectos jurídicos, como la presunción de posesión en favor de la entidad pública a cuyo nombre figura inscrito el monte, sin que esa posesión pueda ser combatida mediante el ejercicio de acciones reales. También la legislación de aguas contempla la existencia de un **Registro de Aguas** donde se inscriben las concesiones otorgadas, cuya inscripción será medio de prueba de su existencia y situación. El Tribunal Constitucional reconoce que el Registro de Aguas es un elemento esencial del sistema de concesiones de aguas públicas (STC 227/1988, FJ 23 l)). Sin embargo, siguen siendo confusos los efectos del Registro de Aguas en relación con el Registro de la Propiedad, y en concreto, esa "legalización" de ciertos aprovechamientos y el "régimen de protección derivado de la inscripción en tal Registro" al que se refieren las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de Aguas. Otro ejemplo lo constituyen los **Libros-Registro mineros** previstos en la Ley de Minas para la inscripción de los peticionarios de títulos mineros, cuyo efecto es el reconocimiento, con base en el principio de prioridad temporal, de derechos preferentes para la obtención de los títulos mineros.

22. Al comprender la utilidad de la protección que otorga el **Registro de la Propiedad** a sus titulares, la LPAP establece también la obligatoriedad de la inscripción registral de todos sus bienes y derechos, "ya sean demaniales o patrimoniales" y promueve dicha inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (arts. 36 a 40 LPAP). Los títulos materiales para la inscripción en el registro serán los de adquisición de los bienes, que han de tener su reflejo en títulos formales, es decir, en los documentos públicos (notariales, judiciales o administrativos) que pueden acceder al registro de la propiedad. La inscripción de los bienes públicos tiene alguna especialidad registral, y es que la simple certificación administrativa es título suficiente para su acceso al registro de la propiedad. El acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad ha sufrido un camino tortuoso y a veces con efectos perniciosos, especialmente en el sector de costas, al combinarse con las inscripciones fraudulentas por particulares de fincas que en realidad pertenecían al dominio público.

2.3. Potestades para la defensa y protección de los bienes públicos

23. Para la defensa de su patrimonio, la ley reconoce a las Administraciones públicas una serie de **facultades y potestades**: investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman de su patrimonio, deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida y desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la posesión (art. 41.1 LPAP). La presencia de una administración pública determina la aplicación de reglas exorbitantes, pero la amplitud de los privilegios que afectan a las propiedades públicas es sorprendente, sobre todo cuando se aplican a los bienes patrimoniales, que teóricamente se rigen por el Derecho privado como cualquier otra propiedad.

24. La **potestad de investigación** (art. 45 LPAP) permite a la Administración investigar la situación jurídica de bienes cuya titularidad pública no consta de modo cierto (por ejemplo, para determinar el trazado de una vía pecuaria como la Cañada Real de Madrid). Se ejercita a través de un expediente administrativo contradictorio, iniciado de oficio o por denuncia de particulares (art. 47 a) LPAP), en el que se garantice la publicidad y audiencia a los interesados, así como un tradicional premio por denuncia que corresponde al ciudadano que haya promovido la investigación.

25. El **deslinde,** por su parte, permite a las Administraciones públicas fijar los límites (lindes) de sus bienes con otras propiedades cuando sean imprecisos o existan indicios de usurpación (art. 50 LPAP). Así ocurre con las costas españolas, a lo largo de las cuales podemos ver los mojones de cemento con la marca DPMT —dominio público marítimo-terrestre— que permiten trazar las líneas de deslinde esta zona del dominio público estatal.

26. El **expediente** requiere la elaboración de una memoria donde se justifique la necesidad del deslinde, se describa la finca afectada y se analicen los títulos de propiedad de la misma, que pueden consistir en los que proclama el registro de la propiedad, pero también en informaciones posesorias. Los dueños de las fincas colindantes son interesados en el procedimiento de deslinde y pueden aportar cuantas pruebas consideren adecuadas en defensa de sus pretensiones. Posteriormente, **el apeo** consiste en fijar con precisión los linderos del bien con arreglo a las pruebas aportadas y al reconocimiento que lleva a cabo el técnico designado por la administración. El acto administrativo por el que se aprueba el deslinde es título suficiente para la inscripción del inmueble en el registro de la propiedad.

27. La **potestad de reintegro posesorio** (llamada también recuperación de oficio o *interdictum proprium*) permite a la administración recuperar en vía administrativa (esto es, sin necesidad de previa sentencia judicial) la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes (art. 55 LPAP). Existe una diferencia esencial entre el reintegro posesorio de los bienes de dominio público y el de los bienes patrimoniales. Mientras que la posesión de bienes demaniales se puede recuperar sin plazo en cualquier momento, ya que el dominio público es imprescriptible, la de los bienes patrimoniales se debe hacer en el plazo de un año a contar desde la usurpación. La STC 76/2024 ha declarado inconstitucional el plazo de quince años para ejercer la acción de restitución de obras contrarias a la Ley de Costas realizadas en la zona de servidumbre y protección del dominio público marítimo-terrestre que había fijado el legislador gallego, al entender que contraviene la regla estatal básica de imprescriptibilidad.

28. Por último, **el desahucio** es una potestad que permite a la administración recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando desaparezca el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros (art. 58 LPAP). El desahucio es exclusivo de los bienes de dominio público y exige que su utilización se haya cedido o autorizado previamente a terceros.

29. El control del ejercicio de estas potestades corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando sea necesario **entrar en un domicilio particular** o en otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, la administración deberá obtener la previa autorización judicial. Si los titulares de los bienes afectados se ven perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil, podrán ejercitar las acciones pertinentes ante la jurisdicción civil (art. 43 LPAP), aunque, una vez iniciado el correspondiente procedimiento administrativo, el propietario no puede oponer ninguna acción civil para la tutela sumaria de la posesión.

3. RÉGIMEN GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO

30. Sabemos ya que el dominio público es una **propiedad afectada** (art. 5 LPAP) y que, por eso mismo, está sujeta a un régimen especial de protección, disponibilidad y uso (art. 6 LPAP). Según su afectación, el dominio público puede ser de uso general o de servicio público. Son bienes demaniales **de uso general** los que pueden ser utilizados por todos los ciudadanos (carreteras, plazas, calles, parques, aguas, playas, etc.) y **de servicio público** los directamente destinados a su prestación (casas consistoriales, mercados, hospitales, museos, cementerios y otros). Según el objeto

sobre el que recae, se habla de dominio público natural y artificial. El **demanio natural o "necesario"** incluye a los bienes que son de dominio público por disponerlo así la Constitución española de 1978 (art. 132) o la ley (aguas, playas, minas). Por contraste, el **demanio artificial** lo es en virtud de una decisión de la administración titular del bien, que decide afectarlo al dominio público.

31. Adviértase que **no todos los recursos naturales o ambientales** son *per se* bienes de dominio público; lo son las aguas o las playas, pero no los bosques, el paisaje o las especies silvestres. Se denomina "demanio natural" para subrayar que recae sobre géneros de bienes de la naturaleza que el legislador considera esenciales para la comunidad y que merecen por eso estar en manos públicas; en realidad, son bienes demaniales porque el legislador los ha declarado como tales en una ley. El Tribunal Constitucional, en la STC 227/1988 (Ley de Aguas) y la STC 149/1991 (Ley de Costas) confirma que la inclusión de géneros completos de bienes en el dominio público y su paralela exclusión del tráfico jurídico privado es admisible para satisfacer necesidades colectivas primarias, como la protección del medio ambiente o la utilización racional de la riqueza del país. A juicio del Tribunal Constitucional, esta declaración corresponde exclusivamente al Estado porque implica una limitación del contenido esencial del derecho de propiedad (arts. 149.1.1ª y 8º de la Constitución).

32. El origen histórico del dominio público se remonta a las cosas públicas del Derecho romano, muchas de las cuales fueron durante la Edad Media **regalías** de la Corona, pasando en el siglo XIX a integrar el dominio de la Nación y, por fin, el dominio público. En el plano académico existe un tradicional debate sobre su naturaleza jurídica, que enfrenta a quienes lo consideran una verdadera propiedad (**tesis propietaristas**) y quienes lo definen como una función pública (**tesis funcionalistas**). La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo considera que el dominio público es una propiedad pública a la que aplica supletoria o analógicamente las normas de Derecho privado. De ello se deriva la aplicación del artículo 350 del Código civil, que extiende el objeto de la propiedad inmueble a la superficie, al vuelo y al subsuelo, según el interés de su propietario. En cualquier caso, se entiende que no hay dominio público si el bien es de propiedad privada, aunque eventualmente la ley imponga sobre determinados bienes ciertos límites por razones ambientales, de escasez o de interés general, como ocurre con las infraestructuras privadas (eléctricas o de telecomunicaciones), con los bienes urbanísticos o con los bienes culturales. En este aspecto no ha arraigado en el Derecho positivo una concepción funcional que, prescindiendo de la titularidad del bien, permita articular el régimen jurídico demanial a partir de las "obligaciones de dominio público" (MOREU CARBONELL, 2003: 475).

3.1. Afectación y desafectación

33. La afectación es el rasgo definidor del dominio público: implica la entrada y la eventual salida de un bien en la categoría demanial. La afectación podría definirse como la vinculación real y efectiva de un bien a un destino de uso general o a la prestación del servicio público. La afectación se puede hacer por ley (general) o por acto administrativo (sing ular). La **afectación general**, también llamada *ex lege* o en virtud de la ley, supone que una ley (ley estatal, ya que las comunidades autónomas no tienen esta competencia) incluye en el dominio público a una serie de bienes en bloque, como las aguas, las carreteras o las minas. La propia Constitución española de 1978 ya afecta determinados bienes al dominio público del Estado, en concreto, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, que integran el que conocemos como demanio natural (*supra* § 30.30).

34. Para el resto de bienes demaniales (demanio artificial), el paso al dominio público se realiza mediante **afectación singular o concreta**, que es **expresa** cuando se adopta a través de un procedimiento administrativo que finaliza con una resolución que declara las utilidades públicas que definen la demanialidad del bien. La afectación expresa es la regla general, aunque se admiten otras formas. Y así, se habla de **afectación implícita** cuando se deduce de otros actos administrativos que suponen de forma implícita el destino de un bien al uso general o al servicio público. Por ejemplo, la aprobación definitiva de un plan urbanístico implica la afectación de ciertos bienes (zonas verdes, calles) al uso general y, por tanto, al dominio público (art. 8.4.a) RBEL). También es el caso de las adquisiciones de bienes por expropiación forzosa o de los muebles adquiridos para los servicios públicos o la decoración de dependencias oficiales. En tercer lugar, la **afectación presunta** se produce por el transcurso del tiempo, por la utilización pública, notoria y continuada de bienes de titularidad pública para un servicio público o para un uso general o por la adquisición mediante prescripción o usucapión, con arreglo al Derecho civil, de bienes que venían estando destinados a un uso o servicio público durante un cierto tiempo.

35. Y si la afectación supone el inicio de la demanialidad, la **desafectación** implica la salida de un bien del dominio público y es causa de extinción de las autorizaciones y concesiones que pudieran haberse otorgado. Los bienes desafectados se convierten en patrimoniales y a partir de ese momento podrían ser enajenados o gravados. Aunque la regla general es que la desafectación **debe ser expresa**, su régimen jurídico es distinto para el demanio natural y para el artificial (art. 66 LPAP).

36. La **desafectación del demanio natural** es excepcional y procede en dos circunstancias. Primero, por **desnaturalización** del bien, cuando un cambio de sus características naturales lleva a excluirlo del género demanial. Por ejemplo, si un terreno ha perdido las características naturales de playa o el cauce del río queda abandonado por un cambio natural del curso de las aguas. En segundo lugar, la desafectación se puede producir por **reforma legal** que excluya del dominio público bienes que hasta entonces lo eran; para los bienes demaniales del artículo 132.2 de la Constitución exigiría una reforma constitucional. La **desafectación del demanio artificial,** como se ha dicho, exige una declaración expresa, previa instrucción de procedimiento en el que se depure su situación física y jurídica.

37. La STC 233/2015 resolvió el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Grupo Socialista en el Congreso contra la reforma de la Ley de Costas por Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sensible del litoral, y en ella el Tribunal Constitucional hace unas interesantes reflexiones sobre los criterios de delimitación del dominio público natural que puedan poner en peligro su integridad. La pretensión de **excluir porciones del dominio público natural** en atención a su transformación artificial y al tipo de explotación resulta constitucionalmente inadmisible. Afirma el Tribunal Constitucional que la naturaleza demanial de estas categorías de bienes no es disponible para el legislador, puesto que está determinada directamente por el artículo 132.2 de la Constitución española y constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. Dicho con otras palabras, el legislador no puede decidir excluir del dominio público a terrenos que, por decisión del constituyente, gozan de la máxima protección, por resultar contraria a la concepción unitaria e indivisible que resulta inherente a la propia categoría completa de los bienes que conforman el demanio natural. Es evidente que la circunstancia accidental de que los terrenos demaniales afectados hayan sido

objeto de inundación artificial para dedicarlos a actividades de cultivos marinos o salinas puede explicar que se permita la ocupación por tratarse de actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación (art. 32.1 LC), pero no proporciona base alguna para introducir una excepción a la titularidad demanial de las zonas naturalmente inundables (FJ 7).

38. La **desafectación implícita** solo está prevista para el dominio público estatal cuando se reconozca el derecho de reversión de bienes que fueron expropiados (art. 24.4 LPAP). Sin embargo, son imaginables otros supuestos de desafectación implícita. Por ejemplo, la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana regulada en la legislación urbanística, en los casos en que elimine el carácter de uso público de ciertos bienes (una vieja calle que pasa a ser zona residencial). La desafectación implícita podría producirse igualmente por hechos concluyentes (la demolición de un edificio, por ejemplo), si bien la jurisprudencia es cautelosa y exige en tales casos la prueba de la evidencia por quien alegue la desafectación (STS de 2 de junio 1989, ECLI:ES:TS:1989:3276). Las distintas leyes autonómicas de patrimonio, así como la legislación de régimen local reconocen, igualmente, la posibilidad de desafectar los bienes demaniales de modo implícito. En cambio, **la desafectación presunta** ha desaparecido de la legislación patrimonial.

3.2. Mutaciones demaniales

39. La mutación demanial consiste en un cambio en la titularidad, gestión o afectación de un bien de dominio público, que continúa siéndolo pero en manos de otro ente público o de otro órgano, o para otra utilidad pública. La mutación puede ser **subjetiva**, cuando cambia la administración titular. Por ejemplo, una vía pecuaria de titularidad autonómica que se cede al Estado para ampliar una carretera, un edificio propiedad del Estado que se cede a la comunidad autónoma o por reestructuración orgánica. En todos estos casos cambia el titular del bien demanial, pero éste sigue estando afectado al dominio público: es decir, no se modifica su naturaleza jurídica. La mutación demanial puede llevar aparejada una **modificación de la afectación** de los bienes de dominio público, de modo que se produce una alteración de su concreta afectación o destino (art. 71 LPAP). Ejemplos imaginables serían el de una carretera en desuso que se transforma en vía urbana; el de una vía férrea abandonada que se convierte en camino para cicloturismo; el de un viejo mercado que pasa a ser teatro municipal; o el de una mina abandonada que se transforma en museo de titularidad pública.

40. La **mutación subjetiva** supone una "pseudo-expropiación" del dominio público, ya que la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 excluye la posibilidad de expropiar bienes de propiedad pública, al señalar como objeto de la expropiación únicamente a la propiedad privada. Sin embargo, para construir una obra hidráulica, por ejemplo, hay que inundar una gran zona de terreno que se expropia, a veces pueblos enteros, en los que sin duda habrá bienes de dominio público como calles, caminos o montes públicos. Por eso, el ordenamiento jurídico regula para estos casos la figura de la mutación demanial, aunque deja sin resolver qué ocurre si no hay acuerdo entre las Administraciones públicas afectadas (la que lleva a cabo la obra pública y la titular del bien público que se necesita). Este problema se refleja en la interesante STS de 3 de octubre de 1994, ECLI:ES:TS:1994:13389, en un caso en que la Administración estatal emprendió la expropiación de bienes comunales de un municipio para construir

un campo de adiestramiento militar. El Tribunal Supremo parece admitir la legalidad de una mutación demanial implícita en el expediente de expropiación, argumentando que "la utilidad pública que constituye el fin y fundamento de la expropiación forzosa se sobrepone a la utilidad o interés público que para el Ayuntamiento tienen los bienes comunales expropiados", y que "en los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario un expediente de desafectación de tales bienes, porque la desafectación está implícita en la expropiación y consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó" (FJ 4).

41. Una modalidad especial de afectación implícita y de mutación subjetiva es la **adscripción,** que se produce cuando los bienes se ponen a disposición (se adscriben) a un organismo público para su vinculación directa a un servicio de su competencia o el cumplimiento de sus fines propios (art. 73 LPAP para la Administración General del Estado). La adscripción también es admisible entre diferentes organismos públicos. En cualquier caso, no altera la titularidad sobre el bien (art. 73.3 LPAP), pero sí su destino. Si el bien adscrito era ya demanial, continuará siéndolo; si era patrimonial, pasará a ser demanial por esta peculiar forma de afectación implícita. La adscripción tiene carácter finalista, ya que los bienes y derechos adscritos se deberán destinar al cumplimiento de los fines que motivaron su adscripción, pudiéndose imponer las condiciones que sean necesarias. La **desadscripción** se produce cuando se incumple el fin de la adscripción o cuando los bienes adscritos se declaran innecesarios; en su caso, la desadscripción llevará implícita la desafectación del bien.

42. La ley impone ciertos límites a la disponibilidad de los organismos públicos (esto es, Administraciones públicas funcionales o instrumentales: *supra* § 8.26) sobre su patrimonio. La **incorporación** es la técnica que permite que los bienes y derechos de un organismo público pasen al patrimonio de la Administración territorial a la que están vinculados. Esto puede suceder tanto por innecesariedad de los bienes, como por supresión del organismo. Las reglas de la incorporación previstas en la LPAP (arts. 80-81 LPAP), se aplican solo al patrimonio de la Administración General del Estado, aunque las distintas leyes reguladoras de los patrimonios autonómicos establecen técnicas semejantes.

3.3. Utilización del dominio público: títulos habilitantes

43. El régimen de utilización del dominio público se regula en el Capítulo I del Título IV de la LPAP. El uso y la explotación de los bienes demaniales está condicionado por su afectación a un uso general (arts. 85-86 LPAP) o al servicio público (arts. 87-90 LPAP). Los bienes de dominio público pueden ser utilizados tanto por la propia Administración (por ejemplo, por un Ayuntamiento para dependencias de la Policía Local), como por los ciudadanos (por ejemplo, para explotar un chiringuito de playa). En este caso, es necesario que obtengan un **título habilitante** (autorización o concesión), porque nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos (art. 84 LPAP).

44. El régimen de utilización de los bienes demaniales depende también del sector de que se trate, ya que muchas peculiaridades se regulan en las grandes leyes sectoriales de aguas, de costas, de minas. La ley establece la regla de la especialidad, de modo que "las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de estas, por las disposiciones de esta Ley" (art. 84.3 LPAP). Pero la LPAP no facilita criterios para determinar cuándo estas normas especiales resultan "insuficientes", elemento que añade cierta confusión en la compleja tarea de concretar la norma aplicable al caso concreto.

45. Los **bienes de uso general** (como las carreteras, el agua, los parques públicos, las calles) son susceptibles de distintos tipos de uso: uso común, uso especial y uso privativo, que determinan el título necesario para su utilización. El **uso común** de los bienes de dominio público es el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados. El uso común puede realizarse libremente —lo normal es que también gratuitamente—, sin necesidad de título habilitante y sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza o situación. Son ejemplos de uso común pasear o bañarse en la playa, pasear por la calle, beber agua o abrevar el ganado. El **uso especial** es, en realidad, un uso común en el que concurren circunstancias de peligrosidad, intensidad del uso, escasez o la obtención de una rentabilidad singular que determinan un exceso de utilización sobre el uso común o un menoscabo de este. Como regla general, está sujeto a autorización demanial, aunque algunas autorizaciones se han sustituido por declaraciones responsables (*supra* § 22.70). Ejemplos de uso especial son un embarcadero en un río, el reparto de prensa gratuita en la vía pública o la celebración de una carrera popular en la calle. El **uso privativo** supone la ocupación de una porción del dominio público que limita o excluye la utilización de los demás, y por eso necesita siempre **un título habilitante cualificado** (normalmente, una concesión). Ejemplos de uso privativo son un pozo para regar o la instalación de un quiosco en la vía pública.

46. Cuando los bienes demaniales se encuentran afectados **a la prestación de un servicio público,** su utilización es siempre instrumental o secundaria con respecto al servicio prestado. Los ejemplos son numerosos en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el llamado dominio público universitario se encuentra afectado al servicio público de la universidad. Los edificios sedes de las oficinas administrativas son también demaniales por afectación a un servicio público. O los hospitales y museos de titularidad pública. Excepcionalmente se admite su ocupación para dar soporte a servicios anejos como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos u otros análogos, siempre que no entorpezca el servicio público y esté amparada por el correspondiente título habilitante.

47. La LPAP no recoge una clasificación tradicional en el ámbito local que distingue entre un uso normal y un uso anormal del dominio público (art. 75.3 y 4 RBEL). Se considera **uso normal** el que es conforme con el destino principal del dominio público; y **uso anormal,** el que no es conforme con dicho destino. Son posibles combinaciones de estos tipos de usos, como, por ejemplo, un uso común normal (bañarse en la playa) o un uso común anormal (la utilización de la misma playa para la celebra-

ción de una carrera de caballos). La legislación de régimen local exige concesión administrativa para el uso anormal del dominio público (art. 78.1 b) RBEL).

48. Según se ha dicho y como regla general, cualquier ocupación del dominio público que exceda del uso común requiere de un título habilitante, que será una autorización, una declaración responsable o una concesión en función del tipo de uso de que se trate y de otros factores como el plazo de la explotación o la escasez del recurso (art. 84 LPAP). Doctrina y jurisprudencia destacan que existen diferencias muy importantes en cuanto a la naturaleza, procedimiento y eficacia de estos títulos habilitantes.

49. La **autorización** es el título que se exige para los aprovechamientos especiales del dominio público y para algunos usos privativos. El régimen básico de la autorización demanial se reduce a los artículos 91.4 y 92.1. 2. y 4. LPAP. Aunque normalmente el uso privativo está sujeto a concesión, se exige autorización cuando la ocupación del demanio consiste en instalaciones desmontables o bienes muebles, siempre que su duración sea inferior a cuatro años. Por ejemplo, está sujeta a autorización la ocupación de una calle con veladores o la instalación de hamacas en una playa, ya que no son fijas y se pueden desmontar. Como regla general, las autorizaciones demaniales se otorgan directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas y las soliciten, "salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y, si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo" (art. 92.1 LPAP). No existe un plazo homogéneo de duración de las autorizaciones demaniales. El artículo 92.3 de la LPAP establece un plazo máximo de cuatro años "incluidas las prórrogas", pero no tiene carácter básico y solo se aplica al dominio público estatal.

50. Una de las características definidoras de la autorización demanial es que puede ser **revocada unilateralmente** por la Administración por razones de interés público, "cuando resulten incompatibles con las condiciones aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general" (art. 92.4 LPAP). La ley establece expresamente que la revocación del título no genera derecho a indemnización, aunque esta cuestión ha sido muy discutida por la doctrina y la jurisprudencia.

51. La **declaración responsable** para la utilización del dominio público está prevista en algunas leyes especiales para determinados bienes públicos. Por ejemplo, el artículo 51 TRLA sujeta a declaración responsable algunos usos comunes especiales del dominio público hidráulico, en concreto, la navegación y flotación y el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos. Para ello, el interesado deberá aportar la documentación ante la correspondiente confederación hidrográfica y esperar quince días; si en ese plazo el organismo de cuenca no manifiesta su disconformidad, el interesado podrá desarrollar el uso especial solicitado sin esperar una declaración expresa de la Administración.

52. La **concesión demanial** es el título que se exige con carácter general para el uso privativo del dominio público, y se otorga siempre por tiempo determinado.

La LPAP establece un plazo básico para todas las concesiones demaniales, que es **de setenta y cinco años** incluidas las prórrogas (art. 93.3 LPAP). La ley dispone que las concesiones se otorgarán "en régimen de concurrencia" (art. 93.1 LPAP), aunque es posible otorgarlas de forma directa en casos excepcionales que deben quedar acreditados y justificados en el expediente (art. 137.4 LPAP). Las concesiones demaniales pueden ser gratuitas o bien otorgarse con contraprestación o estar sujetas a la correspondiente tasa (art. 93.4 LPAP).

53. Frente a la autorización, que pacíficamente se considera un acto administrativo, en la doctrina también se ha considerado que la concesión demanial podría un **contrato administrativo**. No obstante, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), excluye de su ámbito de aplicación a las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público (art. 9 .1 LCSP), así que a lo sumo serían contratos no regulados por la legislación contractual.

54. También se han planteado numerosos litigios en relación con la **tasa** que las Administraciones públicas titulares de los bienes exigen a quienes desarrollan un aprovechamiento especial o uso privativo del dominio público, por ejemplo, las tasas locales por ocupación del subsuelo de la vía pública a las empresas suministradoras de gas o telecomunicaciones (al respecto, la STS de 15 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4331).

55. La Ley regula las **causas de extinción** de los títulos habilitantes (art. 100 LPAP) y el destino de las obras a su extinción (art. 101 LPAP). Los títulos demaniales se extinguen cuando vence el plazo para el que se otorgaron, en caso de rescate o revocación unilateral por razones de interés público o por incumplimiento de las condiciones por parte de su titular. La extinción del título implica la obligación de **devolver la posesión** del bien demanial a la Administración. Si la devolución no se hace voluntariamente, la Administración podrá ejercer sus potestades de recuperación de oficio y, en su caso, de desahucio (*supra* § 30. 27 y 28) y exigirá la responsabilidad que corresponda. Si existen obras, instalaciones o construcciones en el dominio público, la Administración puede imponer su demolición u optar por mantenerlas (art. 75 LMi).

3.4. Las reservas demaniales

56. Las Administraciones públicas pueden aprovechar directamente sus bienes demaniales. Así sucede en el caso de bienes demaniales afectados al servicio público, como los edificios administrativos, cuyo uso suele estar limitado para uso exclusivo de la Administración pública y su personal, salvo algunas zonas abiertas para los usuarios o bajo condiciones horarias determinadas. Pero también los bienes demaniales de uso general pueden quedar reservados en exclusiva a la Administración mediante el establecimiento de una reserva demanial. La reserva demanial es el título por el que la propia Administración utiliza los bienes demaniales de su titularidad con el objetivo de excluir los usos o aprovechamientos de terceros. De hecho, las

reservas demaniales prevalecen sobre otros usos y su declaración lleva implícita la utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios, salvo que esos otros usos sean compatibles con la reserva. Un ejemplo típico es la **reserva minera**, que permite al Estado titular de los recursos minerales reservarse zonas en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos pueda tener especial interés para el desarrollo económico y social o para la defensa nacional.

4. LOS BIENES COMUNALES

57. Los bienes comunales constituyen una especialísima propiedad pública de **ámbito local** con un régimen asimilable al dominio público, en el que destaca su aprovechamiento compartido por el **común de los vecinos**. Por ejemplo, los ayuntamientos pueden ser propietarios de montes comunales cuyos aprovechamientos (madera, pastos y otros) se reparten entre los vecinos a través de sistemas regulados en las ordenanzas locales. Estamos ante una modalidad de bien público con hondas raíces históricas y que ha encontrado reconocimiento constitucional en el artículo 132.1 de la Constitución, adoptando los rasgos distintivos del dominio público.

58. Si atendemos al artículo 132 CE, los bienes de dominio público y los comunales aparecen como categorías diferentes. En la normativa de régimen local tal diferenciación es más difusa, porque se define a los bienes comunales como aquellos que, siendo de dominio público, su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos. Esta indeterminación generó un debate doctrinal sobre su naturaleza jurídica y su titularidad, en el que no vamos a profundizar. Abandonadas las tesis que abogaban por la naturaleza privada de estos bienes, la doctrina mayoritaria defiende que los bienes comunales tienen **naturaleza demanial**. La STC 4/1981, destacó ya la peculiar naturaleza jurídica de los bienes comunales y el Tribunal Supremo, por ejemplo en su STS de 24 de enero de 1989, ECLI:ES:TS:1989:13446, los define como aquellos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde exclusivamente a la comunidad de vecinos, de modo que son los entes locales los que regulan su disfrute por ser titulares del derecho patrimonial y pertenecerles los derechos administrativos derivados del mismo en su condición de representantes legales de la comunidad.

59. El destino del bien comunal es su **aprovechamiento por los vecinos** y éstos disponen de un derecho subjetivo a obtener tal aprovechamiento. Este destino del bien comunal forma parte de su régimen jurídico y lo caracteriza, hasta el punto de que la ley básica de régimen local, al referirse a los bienes comunales, los describe por su objeto: "tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos" (art. 79 LBRL). Como bienes demaniales, los comunales están fuera del comercio: son inalienables, imprescriptibles, inembargables. Su desafectación ha de ser expresa y requiere que se acredite la falta de disfrute durante más de diez años, el voto favorable de la mayoría absoluta de miembros de la corporación local y la aprobación por la comunidad autónoma.

60. La legislación básica de régimen local reconoce a los vecinos un derecho subjetivo al aprovechamiento de los bienes comunales, en los términos que precisen las normas aplicables. Recordemos que la vecindad deriva de la inscripción en el padrón municipal, y que éste es accesible a todas las personas con residencia habi-

tual en el municipio. Se trata, en cualquier caso, de una preferencia genérica de los vecinos, sin que ello implique un derecho efectivo de todos ellos a utilizar los bienes comunales en su beneficio. El aprovechamiento de los bienes comunales se regula en ordenanzas municipales que suelen establecer condiciones de vinculación y arraigo, de residencia efectiva y de permanencia en el municipio. El principio general es que los bienes comunales son objeto de **explotación colectiva**, que implica el disfrute general y simultáneo por quienes ostenten en cada momento la cualidad de vecino. Los ejemplos tradicionales de este tipo de aprovechamiento comunal son los de pastos, rocas, leñas, hierbas, setas o caza. Cuando no sea posible esta explotación colectiva, rige la modalidad de aprovechamiento establecida en la costumbre o en la ordenanza local, que puede consistir en la adjudicación por lotes o suertes a los vecinos en proporción directa al número de familiares a su cargo e inversa a su situación económica, o incluso una adjudicación por subasta pública.

5. RÉGIMEN GENERAL DE LOS BIENES PATRIMONIALES

61. Los bienes patrimoniales se definen por exclusión como aquellos que, siendo de titularidad pública, **no tengan el carácter de demaniales** (art. 7.1 LPAP). El régimen jurídico de los bienes patrimoniales se construye sobre tres pilares: titularidad pública, no afectación (aunque excepcionalmente puedan encontrarse "materialmente afectados") y aprovechamiento económico. Los bienes patrimoniales son plenamente disponibles por sus titulares y están sometidos a los principios de **eficiencia y economía en su gestión y rentabilidad** en su explotación: producen rentas y frutos, pueden ser arrendados, y, en definitiva, entran en el tráfico privado como cualquier otro bien (art. 8 LPAP). Si la Administración tiene deudas, los bienes patrimoniales podrían ser objeto de embargo.

62. Los bienes patrimoniales tienen **naturaleza jurídica privada**. Por eso, la LPAP se remite al Derecho civil o mercantil en todo lo que no esté regulado por las normas de Derecho administrativo (art. 7.3 LPAP). La remisión (aun supletoria) al Derecho privado no está exenta de problemas, porque no debemos olvidar que se trata de bienes de titularidad pública y, por tanto, con un régimen exorbitante que afecta a su disposición, enajenación o conservación. Las Administraciones ostentan una serie de potestades sobre este tipo de bienes, desde luego inferiores a las que tienen sobre los bienes demaniales, pero igualmente configuradoras de un régimen jurídico especial. Sin perjuicio de la remisión en bloque al Derecho privado, numerosos aspectos del régimen jurídico de los bienes patrimoniales están sometidos a la LPAP y a las demás normas de Derecho administrativo.

63. La LPAP regula por primera vez en una ley de carácter patrimonial el denominado **patrimonio empresarial de la Administración General del Estado** (Título VII, arts. 166 a 182 LPAP). Forman parte de dicho patrimonio empresarial "las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración General del Estado o sus organismos públicos" (art. 166.3 LPAP), así como "los fondos propios, expresivos de la aportación

de capital del Estado, de las entidades públicas empresariales" (art. 166.4 LPAP). Estos preceptos parecen entrar en contradicción con el artículo 3.2 de la propia LPAP, que excluye del concepto jurídico de patrimonio a los valores y los créditos de la hacienda pública. Dada la finalidad de una obra de estas características, no podemos hacer un estudio en profundidad del régimen jurídico del patrimonio empresarial estatal que, por otro lado, es objeto de numerosas excepciones para determinados organismos públicos, como se deduce de una simple lectura de las disposiciones adicionales segunda a décima de la LPAP. Especialmente relevante es la regulación de la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, SEGIPSA, en la disposición adicional décima de la LPAP; las acciones y participaciones industriales de titularidad estatal integran el conocido como grupo SEPI.

5.1. Gestión y administración patrimonial

64. El artículo 9.1 y 2 LCSP, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos para la adquisición, aprovechamiento, gravamen o enajenación de bienes patrimoniales, tales como la compraventa, la donación, la permuta y otros análogos, que se rigen por la legislación patrimonial y están sujetos al principio de libertad de pactos (art. 111 LPAP). Los contratos de gestión patrimonial se regulan en el Título V de la LPAP (arts. 110 a 121 LPAP) y, supletoriamente, por las normas del Derecho privado, civil o mercantil. La ley establece la necesidad de previo expediente patrimonial y exige determinados requisitos para su formalización (art. 113 LPAP), aunque la mayoría de preceptos de la LPAP que regulan la gestión patrimonial no son de aplicación general ni básica y se limitan al patrimonio del Estado.

65. El problema es que la legislación patrimonial se remite, a su vez, a la **legislación contractual** para configurar el régimen jurídico de estos contratos (art. 110 LPAP), en lo que parece un juego de remisiones mutuas que genera algunos problemas interpretativos. Las juntas consultivas de contratación administrativa han emitido dictámenes contradictorios en cuestiones tales como la aplicación a estos contratos de las prohibiciones para contratar, del régimen de garantías o de las normas sobre publicidad de la LCSP.

66. Los **contratos de adquisición a título oneroso,** como la compraventa, exigen un procedimiento que garantice el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia y su formalización en escritura pública (art. 113.1 LPAP). Si nos referimos a **bienes muebles,** su adquisición se lleva a cabo mediante el contrato administrativo típico de suministro que, a diferencia de la adquisición de inmuebles, está sujeto íntegramente a la legislación contractual (art. 16.1 LCSP) (*supra* § 19.28).

67. Los **contratos de explotación y aprovechamiento de bienes patrimoniales**, como el arrendamiento, permiten obtener un rendimiento económico para sus titulares. Los bienes patrimoniales producen rentas y frutos, pueden ser arrendados, y, en definitiva, entran en el tráfico privado como cualquier otro bien. La LPAP recuerda que "la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes" (art. 8.2 LPAP). Según el artículo 106.1 LPAP, que tiene carácter básico, "la explotación de los bienes y derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio

jurídico, típico o atípico". Estos contratos "se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa" (art. 107.1 LPAP).

68. En su STC 162/2009, FJ. 5, el Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juzgado contencioso-administrativo de Huesca contra el precepto de la ley aragonesa 7/1999, de 9 de abril, de Administración local. que imponía la subasta como regla general para el arrendamiento de bienes, frente a lo dispuesto en el artículo 107.2 LPAP que prescribe el concurso como regla básica.

69. Una de las grandes diferencias entre los bienes demaniales y los patrimoniales es que éstos son plenamente enajenables, aunque existen ciertas cautelas o límites impuestos por el ordenamiento jurídico. La **enajenación de bienes patrimoniales** se puede hacer en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso o gratuito (art. 132 LPAP). La **cesión gratuita** sólo es admisible bajo ciertos límites, por razones de utilidad pública (a otras Administraciones y organismos públicos) o de interés social (a fundaciones públicas y asociaciones declaradas de utilidad pública). La legislación patrimonial impone como requisito general para la enajenación la previa delimitación de la situación física y la depuración de la situación jurídica del bien (art. 136 LPAP). En este punto existen diferencias entre la legislación estatal y la autonómica, pues algunas leyes autonómicas exigen la intervención de la asamblea legislativa correspondiente para autorizar la enajenación de bienes inmuebles cuyo valor supere una determinada cantidad. Por lo que se refiere a la forma de enajenación, la LPAP dispone que el procedimiento ordinario es el concurso y no la subasta (art. 137.1 LPAP), aunque admite la adjudicación directa en algunos supuestos excepcionales.

70. Por último, **la permuta** supone, a la vez, una adquisición y una enajenación de bienes patrimoniales. La LPAP admite la permuta de bienes patrimoniales, previa tasación pericial encaminada a determinar que los bienes que se permutan tienen un valor semejante y, en cualquier caso, que la diferencia de valores no excede de un determinado porcentaje (arts. 153 y 154 LPAP).

5.2. Los bienes patrimoniales "materialmente afectos"

71. ¿Pueden existir bienes o derechos patrimoniales que no sean de dominio público, pero que se encuentren afectos materialmente a un servicio público o a una función pública? El Tribunal Constitucional, en su STC 166/1998, reconoció que los bienes patrimoniales podían estar materialmente afectos a una función pública y que, cuando eso sucedía, no se podían embargar. Sin embargo, la LPAP ha perdido la oportunidad de regular el privilegio de la inembargabilidad con carácter general para todos los bienes y derechos patrimoniales, ya que el artículo 30.3 LPAP no tiene carácter general ni básico de acuerdo con su disposición final segunda. El Tribunal Constitucional dejó sin resolver el problema de la determinación concreta de los bienes y derechos susceptibles de embargo y la legislación patrimonial tampoco regula qué se debería entender por bien patrimonial "materialmente afecto".

72. Al respecto es interesante leer la resolución 10689/2013 de la —hoy denominada— Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que resuelve las discrepancias entre el notario (que autorizaba escritura de constitución de hipoteca) y el registrador de la propiedad (que se negaba a inscribirla) en relación con un solar destinado a la construcción de un centro social público. La duda se ha planteado también ante la posibilidad de embargar **el dinero en metálico o depositado en cuentas bancarias**, a cuyo cargo se atiende a todo tipo obligaciones como pago de sueldos, compra de material no inventariable, alquileres, gasolina, subvenciones, gastos de representación, pago de impuestos, entre otros. Con fundamento en el artículo 3 LPAP, el dinero no forma parte de los bienes y derechos patrimoniales y, por tanto, nunca podría estar ni formal ni materialmente afectado a un servicio o función pública, por lo que cabe concluir que es susceptible de embargo. Defender la inembargabilidad del dinero depositado en cuentas corrientes significaría cerrar los ojos a la realidad del dinero como mercancía abstracta, fungible y de cambio por excelencia, con la que se atienden tanto funciones públicas como privadas, y cuyo importe puede suplirse inmediatamente por operaciones de crédito. Sin embargo, algunas leyes reguladoras de las haciendas autonómicas blindan esta posibilidad al declarar que el dinero y los fondos públicos se encuentran "afectados materialmente" a un servicio público, y los tribunales también han negado el embargo de cuentas corrientes.

6. EL PATRIMONIO NACIONAL

73. El Patrimonio Nacional es el conjunto de bienes de titularidad del Estado destinados al uso del Rey y de la familia real para el ejercicio de las funciones que la Constitución les asigna. La Constitución española establece el principio de reserva de ley para su regulación, administración, defensa y conservación. Los bienes del Patrimonio Nacional, en tanto que patrimonio afectado, gozan de un régimen muy similar al dominio público, ya que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Se regulan por una ley sectorial (Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional), que realiza una enumeración exhaustiva de los bienes que lo integran, entre ellos, el Palacio Real de Oriente; el Palacio Real de Aranjuez; el Palacio Real de San Lorenzo del Escorial; el Palacio Real de La Zarzuela, incluyendo también los bienes muebles contenidos en los Reales Palacios, así como los derechos de gobierno y administración sobre las fundaciones denominadas Reales Patronatos.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Bibliografía citada

Elisa MOREU CARBONELL, "Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público"", *Revista de Administración pública*, núm. 161 (2003), pp. 435-477.

7.2. Bibliografía complementaria recomendada

Javier BARCELONA LLOP, *La utilización del dominio público por la Administración: las reservas dominiales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *Bienes patrimoniales del Estado (Concepto y formas de adquisición por atribución de ley)*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

Eloy COLOM, *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Tecnos, Madrid, 1994.
M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen del demanio natural,* Cedecs, Barcelona, 2000.
Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2012.
Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas/Thomson Reuter, Pamplona, 2012.
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, "Notas sobre el régimen general del dominio público", en Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA (Coordinador), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. pp. 63-130
René J. SANTAMARÍA ARINAS, *Curso básico de Derecho Administrativo Patrimonial,* INAP, Madrid, 2022.
Luciano PAREJO ALFONSO, "La summa divisio de las cosas. Las cosas públicas: el patrimonio de las Administraciones y el dominio público", en Luciano PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA (Directores), *Derecho de los bienes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 35-95.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 777-808
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L31
© Andrés Boix Palop
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 31
EMPLEADOS PÚBLICOS

Andrés Boix Palop
Universitat de València

SUMARIO: 1. LOS DIVERSOS MODELOS DE EMPLEO PÚBLICO: 1.1. Breve repaso a la evolución histórica del modelo de empleo público en España y consagración del principio de mérito y capacidad; 1.2. Las tradiciones jurídicas que se alejan del principio de mérito y capacidad: ventajas, inconvenientes y vigencia; 1.3. El modelo de empleo público de la Constitución española de 1978 y del EBEP: *1.3.1. El principio de mérito y capacidad en la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; 1.3.2. Exigencias de legalidad en la regulación del modelo de empleo público; 1.3.3. La existencia de un modelo básico de empleo público para todas las Administraciones públicas y sus consecuencias.*—2. LOS TIPOS DE TRABAJADORES PÚBLICOS: 2.1. Diferencias entre personal laboral y funcionario: *2.1.1. Evolución legal de la distinción; 2.1.2. Hacia una cierta unificación de los regímenes jurídicos de todos los trabajadores públicos: el modelo del EBEP; 2.1.3. Límites europeos a la diferencia de trato entre funcionarios y trabajadores públicos en régimen laboral;* 2.2. Funcionarios y funcionarios interinos; 2.3. El personal laboral indefinido y el personal laboral temporal. Indefinidos no fijos; 2.4. El personal eventual; 2.5. El personal directivo profesional.—3. SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS:3.1. El modelo constitucional de mérito y capacidad y sus modulaciones; 3.2. Requisitos constitucionalmente admisibles para la selección de trabajadores públicos y sus límites: *3.2.1. Nacionalidad; 3.2.2. La cuestión de exigencia de conocimiento de lenguas co–oficiales; 3.2.3. Otros posibles requisitos*;3.3. Modalidades de acceso y sistemas de selección; 3.4. Crítica al sistema de acceso y adopción de nuevos modelos.—4. ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS EN ESPAÑA: 4.1. Situaciones administrativas; 4.2. Extinción de la relación; 4.3. Derechos de los trabajadores públicos: *4.3.1. Derechos individuales; 4.3.2. Derechos colectivos*; 4.4 Deberes, principios éticos y

normas de conducta; 4.5. Régimen de incompatibilidades; 4.6. Incumplimiento de deberes y obligaciones y medidas disciplinarias.—5. LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y FRACTURA DE CARA AL FUTURO EN EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO Y ESPAÑOL: 5.1. La influencia de otros modelos y especialmente del Derecho europeo; 5.2. Adaptación a los retos de la digitalización y de la transformación social y económica en curso.—6. BIBLIOGRAFÍA: 6.1. Bibliografía citada; 6.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. LOS DIVERSOS MODELOS DE EMPLEO PÚBLICO

1. Los poderes públicos, para el desarrollo de sus actividades, necesitan movilizar muchos **medios** materiales, y también personales, para poder disponer de las herramientas que se requieren para desarrollar sus funciones. El Derecho, por su parte, se encarga de proporcionar un marco jurídico, lo más eficiente posible, para ordenar de la mejor manera la forma de obtener y organizar estos medios.

2. La labor de las Administraciones públicas requiere de normas que le permitan contratar con seguridad jurídica y de modo eficaz con otros operadores en el tráfico jurídico (*supra* § 19), de un marco jurídico para la mejor puesta a su disposición de los medios económicos que requiere, así como que discipline la manera de hacer uso de ellos (*supra* § 29) o de un régimen jurídico particular respecto de los bienes y patrimonio que son también medios e instrumento para la satisfacción de los intereses públicos que ha de perseguir (*supra* § 30). Del mismo modo, todos los ordenamientos jurídicos han de regular cómo reclutar a los **recursos humanos** que trabajarán para la Administración, los derechos y deberes de estos trabajadores, así como las normas que establecerán la manera en que desarrollarán su actividad.

3. La manera en que se concretan estas necesidades puede variar, y de hecho varía mucho entre los diversos ordenamientos y tradiciones jurídicas, dando lugar a diversos **modelos de organización y regulación jurídica del empleo público**, con efectos que además en ocasiones van más allá y suponen no pocas repercusiones sobre el resto de la sociedad. La primera gran cuestión es hasta qué punto es o no conveniente que la regulación de la selección y régimen jurídico que ordene la relación entre los poderes públicos y sus trabajadores haya de ser la misma que la que se emplea para determinar el régimen jurídico del resto de trabajadores asalariados o si, por el contrario, es más apropiado el establecimiento de diferencias.

4. Como es sabido, España y la mayor parte de los países europeos, al menos como punto de llegada y tras una evolución propia en cada caso, han acabado por configurar un régimen que, al menos parcialmente, confía en la **diferenciación** entre **trabajadores públicos y trabajadores del sector privado**, al menos, en algunos de sus elementos esenciales. Esta elección se basa en la convicción de que es mejor que los trabajadores del sector público tengan garantizado un régimen de independencia respecto del poder político que les permita, en su caso, oponer resistencia a instrucciones o mandatos políticos incompatibles con el ordenamiento jurídico. De esta convicción, se deduce la necesidad de que la permanencia en el cargo de los trabajadores públicos no dependa de los cargos políticos, así como de que los procesos de

selección de estos trabajadores públicos sean particularmente exigentes y la importancia de que esa selección lo sea por mérito y capacidad, para atraer a los mejores y, además, para garantizar la no discriminación ni injusta distribución de ocupaciones públicas. Todo lo cual pone un gran énfasis en estos sistemas, que solemos llamar de **mérito y capacidad**, donde además de esas diferencias en la selección encontraremos un abanico de derechos y deberes propios y diferenciados que singularizarán a los trabajadores públicos

5. Frente a los sistemas de mérito y capacidad hay otros que asumen con naturalidad procesos de selección a cargo de los gobernantes según su mejor criterio y muchas veces empleando reglas de contratación del personal propias del sector privado (habitualmente denominados ***spoil system*** por su tendencia al clientelismo).

6. El régimen jurídico diferenciado de los trabajadores públicos tiene gran importancia socialmente, debido al número de personas que emplea y a cómo modela el sistema de trabajo y funcionamiento de los poderes públicos, pero también porque en no pocos casos acaba filtrando pautas de funcionamiento, selección o incluso de mejora de los derechos y condiciones de los trabajadores que se terminan por extender al sector privado.

7. Desde una perspectiva estrictamente cuantitativa, en España, con datos de 2022, hay en estos momentos unos tres millones de empleados públicos, de los cuales aproximadamente la mitad tienen la condición de funcionarios públicos, con un régimen jurídico más netamente diferenciado (*infra* §§ 31. 25-38). De ellos, y en números redondos, el grueso del empleo público está en las comunidades autónomas (en torno a un 60 por 100 del total), mientras que los entes locales (20 por 100) y el Estado (20 por 100, con más de medio millón de trabajadores públicos, cifra que se ha mantenido sustancialmente estable desde el inicio del proceso de descentralización territorial en España) completan el resto. Esto representa, aun siendo una cifra cuantitativamente de indudable importancia, una cierta anomalía respecto de nuestro entorno comparado europeo. En efecto, en España poco más del 16 por 100 de la población efectivamente ocupada trabaja para las Administraciones públicas, cuando en el resto de países europeos el peso del empleo público es sensiblemente mayor (suele constituir entre un 20 y un 30 por 100 del empleo total en esas sociedades, que además tienen unas mayores tasas de ocupación).

1.1. Breve repaso a la evolución histórica del modelo de empleo público en España y consagración del principio de mérito y capacidad

8. Aunque el modelo español de empleo público reposa en la idea de mérito y capacidad para la selección de los trabajadores y en una regulación propia diferenciada (estatutaria) para esta fuerza de trabajo pública, el proceso para llegar a este punto de llegada ha sido largo. Desde unos **orígenes** donde la selección de los trabajadores públicos, herencia del Antiguo Régimen y de los modelos de poder absoluto propios del momento, dependía directamente de la **decisión de los gobernantes**, que incluso continúan con estas potestades en los primeros pasos del Estado constitucional español, a partir de los primeros balbuceos de control jurídico del poder que podemos encontrar tras la muerte de Fernando VII en el segundo tercio del siglo XIX, la **evolución** es paulatina.

9. Suelen mencionarse como **influencias** esenciales la reestructuración de la Administración francesa iniciada a principios de ese mismo siglo por Napoleón Bonaparte, siguiendo un **modelo próximo al militar** que tan bien conocía, lo que explicaría algunas de las características del naciente empleo público español: una gran **verticalidad y ordenación jerárquica** del mismo, por un lado; por otro, la aparición de **cuerpos especializados** de trabajadores públicos que, en atención a su alta especialización, van a gozar de ciertas garantías de autonomía en el desempeño de su labor, así como de cierta capacidad de autoorganización.

10. En todo caso, los **desarrollos son parciales**, no sistemáticos, y suelen venir por iniciativas de concretas de mejora en la línea de ir introduciendo, de la mano, tanto las garantías en la selección por mérito abandonando la mera voluntad decisoria del gobernante de turno como los derechos a ese actuar profesional independiente derivado de ellas.

11. Suelen ponerse como ejemplos más exitosos de estos desarrollos los decretos de López Ballesteros de 1827 y 1828 sobre empleados de Hacienda y el intento de una primera regulación general en el Estatuto de Bravo Murillo de 1852 que instaura una primera **carrera administrativa**. Sin embargo, durante el siglo XIX no se logra en España una completa asentación del principio de mérito y capacidad con su correlativo inevitable, que es la garantía y estabilidad en el empleo público, quedando rastros muy evidentes del *spoil system* en la tradición de las **cesantías**, producidas cuando los cambios de gobierno conllevaban la sustitución de buena parte de los trabajadores públicos por personas cercanas al nuevo poder establecido. La literatura realista de finales del XIX refleja este fenómeno, prueba de su incidencia social, por ejemplo, en obras de Pérez Galdós como Miau.

12. No será hasta 1918, con el llamado **Estatuto de Maura** cuando, con carácter general, lo que algunos cuerpos especializados ya habían logrado puntualmente, asociando **proceso de selección por mérito** a **garantía de estabilidad** en el empleo y en la carrera profesional, se generaliza a todo el empleo público español. Un modelo de empleo público ya totalmente homologable, al menos sobre el papel, al de los países de nuestro entorno en el que, además, se profundiza durante la II República.

13. El **golpe militar** franquista de 1936, la guerra civil y las purgas, depuraciones y muertes subsiguientes, sin embargo, alteraron gravemente esta evolución. Por una parte, se perdió a más de un tercio de los trabajadores públicos, e incluso más en algunos cuerpos, que hubo que reemplazar de forma anómalamente rápida. Por otra, el contexto de una contienda militar de las características de la Guerra civil española provocó que esa sustitución fuera realizada en muchos casos atendiendo a criterios de afinidad con el régimen y no de preparación. Más allá de las muchas otras desgracias que supuso, la Guerra civil y el franquismo provocaron, hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, un verdadero agujero negro para el empleo público en España, tanto en términos de reclutamiento como de mejora de las garantías de independencia en la actuación de los trabajadores públicos.

14. Plenamente consciente de esta situación, es el propio franquismo el que, casi treinta años después del inicio de la Guerra civil, rectifica el rumbo y vuelve a un modelo continuador del Estatuto de Maura pero adaptado a las necesidades de una Administración más moderna y también de mayores dimensiones. La **Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964**, así, consagra definitivamente, al menos sobre el papel, un modelo que **trata de limitar la hasta entonces muy fuerte politización** y dependencia de los gobernantes de los trabajadores públicos, tanto en su selección como en sus condiciones de trabajo. Es una norma que, además, intenta establecer regulaciones de tipo general que aspiran a ir encuadrando poco a poco la regulación

aislada por cuerpos todavía muy común en esos años y que suponía un gran peligro de corporativismo. En cualquier caso, y como fue el caso también con otras normas de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado (véase el caso de la regulación del procedimiento administrativo, *supra* § 15.2), esta norma originada en el franquismo sienta las bases a la hora de regular el empleo público por medio de un estatuto propio diferenciado para los trabajadores públicos, funcionarios, que lo serán tras un proceso de selección particular por mérito y capacidad, y no por la decisión al libre arbitrio de las autoridades y gobernantes de turno, y al que se asociarán una serie de garantías en el desempeño y ejercicio de sus funciones. Son precisamente estas mismas ideas las que, como veremos a continuación (*infra* §§ 31. 17-24), recogerá la Constitución como principios esenciales a partir de los cuales nuestro sistema ha de declinar el régimen jurídico de los trabajadores públicos.

1.2. Las tradiciones jurídicas que se alejan del principio de mérito y capacidad: ventajas, inconvenientes y vigencia

15. Si bien la mayor parte de los sistemas jurídicos comparados han evolucionado en este mismo sentido, y las diferencias suelen ser más de grado o velocidad en el establecimiento de modelos basados en el mérito y la capacidad y la correlativa garantía de espacios de autonomía profesional a los trabajadores públicos, alejados de la interferencia política, hay que resaltar que la separación de los **modelos de *spoil system*** (o *spoils system*, en ocasiones), de clientelismo, no es necesariamente total y absoluta.

16. Por un lado, suele mencionarse el caso de países cuya tradición jurídica ha dejado más espacios a un nutrido cuerpo de trabajadores públicos que sí dependen de la voluntad de los gobernantes, normalmente seleccionados con reglas de discreción muy parecidas a las del sector privado, entre los que el ejemplo más notorio suelen ser los **Estados Unidos de América**. Sin embargo, incluso en estos países la tendencia al establecimiento de modelos de mérito y capacidad es creciente y, a día de hoy, el grueso del empleo público estadounidense no se gobierna por criterios de confianza política sino de profesionalización. Cuestión distinta es que subsistan espacios más amplios para el trabajo público a cargo de personas de confianza, pero, aunque con menor extensión, éstos tampoco son desconocidos en sistemas como el español. Por otro lado, hay ejemplos en **países asiáticos o de Europa oriental** donde se ha extendido en ciertos ámbitos del empleo público lo que se denominado como *public employment at will* (empleo público discrecional), donde la manera de organizar a la fuerza de trabajo reposa en normas comunes al sector privado, permitiendo la selección y despido a cargo de los gobernantes. Suelen ponerse de manifiesto como supuestas ventajas de estos modelos la mayor flexibilidad y capacidad de adaptación ante las nuevas necesidades de nuestras sociedades, así como la fácil sintonía que así se garantiza entre responsables políticos y fuerza laboral dedicada a poner en marcha las políticas públicas. Con todo, no son ventajas que no puedan lograrse con una buena regulación de un empleo público basado en la idea de mérito y capacidad, razón por la cual los sistemas de la mayor parte de países democráticos occidentales se decantan mayoritariamente por ella. Es el caso, también, de España.

1.3. El modelo de empleo público de la Constitución española de 1978 y del EBEP

1.3.1. El principio de mérito y capacidad en la Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

17. La Constitución española de 1978 (CE) no contiene una regulación particularmente extensa del modelo de empleo público en nuestro sistema, en parte por estar ya relativamente consolidado tras la aprobación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 ya comentada. Establece simplemente, en el **artículo 103.3 CE**, los **principios esenciales** que han de ser desplegados por la legislación vigente, y lo hace validando explícitamente el **modelo de mérito y capacidad**. En concreto, el artículo 103.3 CE establece que "(l)a ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

18. La **proclamación del principio de mérito y capacidad en la Constitución** española es tan rotunda como parca, lo que ha obligado a que su decantación concreta se haya hecho a partir de la práctica, el desarrollo legislativo tanto estatal como autonómico y, muy particularmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este principio, con todo, es la verdadera **clave de bóveda** sobre la que reposan el resto de normas que, en cierta medida, van a ir en un sentido u otro según la interpretación que se haga del mismo. A la postre, en su esencia, el principio queda conectado de forma muy clara con el artículo 23.2 CE, que establece que la selección y carrera de los funcionarios ajustadas al principio de mérito y capacidad no sólo van a ser garantía de una mayor imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, sino también preservación del derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos para acceder en condiciones de igualdad a la función pública. Lo que implica no sólo su carácter indisponible para el legislador (algo que ya con la mención del artículo 103.3 CE había que entender garantizado), sino también una protección reforzada, que obliga a una interpretación de toda norma expansiva en el sentido de maximizar el derecho y, además, permite vías de recurso adicionales, como el amparo ante el Tribunal Constitucional, frente a posibles violaciones.

19. Precisamente por la existencia de recurso de amparo en estas materias, **el Tribunal Constitucional** ha tenido ocasión de manifestarse en muy diversas ocasiones sobre el **alcance del principio de mérito y capacidad,** aplicando por lo general test o parámetros de control que tienen que ver con la efectiva adecuación de las exigencias o capacidades a partir de las cuales se diseñan los requisitos de acceso o las propias pruebas de selección a las capacidades que son requeridas por la función que ha de ser ejercida, considerando que son inconstitucionales las normas o procedimientos donde se detecten quiebras en el principio de igualdad así entendido y con mucha atención a los casos donde pueda haber discriminaciones particularmente

odiosas (hay numerosas sentencias que reiteran esta idea, como las SSTC 138/2000, 235/2000, 107/2003, 221/2004 o 78/2007, entre algunas relativamente recientes, donde se resalta además la conexión entre el artículo 103.3 CE y el artículo 23.2 CE, en la medida en que de alguna manera la idea de mérito y capacidad queda integrada como parte del contenido del citado derecho fundamental).

1.3.2. Exigencias de legalidad en la regulación del modelo de empleo público

20. Como puede verse, y junto a la explícita referencia a la idea de mérito y capacidad, así como a las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, que de alguna manera quedan también constitucionalmente asociadas, el artículo 103.3 CE establece expresamente otros dos ámbitos donde habrá diferencias de regulación entre el empleo público y el trabajo asalariado privado: las peculiaridades respecto del ejercicio del derecho de sindicación y el régimen de incompatibilidades. Además, el artículo 103.3 CE añade una referencia al **carácter "estatutario"**, esto es, diferenciado, **del modelo de empleo público español**, que queda así, en cierta medida, constitucionalizado. Por último, queda también establecida en el artículo 103.2 CE la obligación de que este modelo diferenciado y propio de los trabajadores del sector público haya de ser establecido y desarrollado por ley.

21. La reserva de ley del artículo 103.3 CE nos lleva al actual **Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP),** cuya versión inicial data de 2007, cuando sustituyó tanto a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 como a la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP) que fue aprobada pocos años después de la Constitución para adaptar el texto de 1964 tanto a las exigencias constitucionales como a las necesidades de empleo público del momento, pero que en la actualidad se encuentra en el Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en estos momentos hay en trámite parlamentario un nuevo texto legal que podría ser aprobado por las Cortes Generales a lo largo de 2025 con novedades respecto de la mejora de la planificación estratégica en esta materia y medidas para luchar contra el abuso de la temporalidad en el empleo público, entre otras cuestiones , pero previstas en principio únicamente para la Administración General del Estado). Es en este texto donde, con carácter básico y para toda la Administración pública española, se establecen los principios y regulación que han de guiar el régimen jurídico que regulará el vínculo con la Administración: tanto de los trabajadores públicos con un régimen de garantías jurídicas reforzado (funcionarios) como de los demás trabajadores (sometidos además al régimen laboral propio del Estatuto de los Trabajadores).

22. Algunas categorías de trabajadores públicos y cuerpos funcionariales, desde el **personal militar** a **fuerzas y cuerpos de seguridad**, pasando por cuerpos como los del poder judicial, aunque no están sujetos al EBEP y conservan una regulación específica, están sujetos a unos principios básicos en los que se fundamenta la ordenación del empleo público en España que no son sustancialmente diferentes. Principios y regulación que, lógicamente, han de respetar los postulados constitucionales señalados

en el artículo 103.3 CE y, muy particularmente, el principio de mérito y capacidad. Y es este texto el que configura y conforma el modelo básico al que, a continuación, han de adaptarse los distintos ordenamientos autonómicos.

1.3.3. La existencia de un modelo básico de empleo público para todas las Administraciones públicas y sus consecuencias

23. El modelo de distribución territorial del poder en España, así como la distribución de competencias constitucionalmente consagrada, han llevado a la aparición de importantes Administraciones y sectores públicos autonómicos (*supra* § 10.1) que, además, y como ya se ha señalado, son en estos momentos quienes emplean a casi un 60 por 100 de todos los trabajadores públicos en nuestro país. Las **regulaciones propias de cada comunidad autónoma**, completando y desarrollando los principios constitucionales y las previsiones y articulado del EBEP, resultan particularmente importantes para la comprensión de nuestro modelo de empleo público, por definición plural y con posibilidades importantes de diferenciación. Con todo, la existencia de un modelo básico de empleo público, contenido en la norma básica estatal (el ya mencionado EBEP para la gran mayoría de empleados públicos) permite entender como totalmente consolidados una serie de principios y reglas comunes que han dotado de gran estabilidad al sistema y que permiten afirmar que **la mayor parte de sus rasgos son comunes** a todo el país.

24. Ello es así, incluso, respecto de materias en las que la norma básica estatal no es tan detallada como para aspirar a que el régimen jurídico de los trabajadores públicos en toda España sea estrictamente equiparable, porque el **efecto imitación** y la tendencia a copiar las soluciones ya ensayadas ha solido ser la pauta en la mayor parte de las legislaciones autonómicas, más ocupadas de detallar y reglamentar, consolidándolas, las soluciones tradicionales que de idear alternativas innovadoras. Incluso en los casos en los que así se ha hecho, por ejemplo, respecto del tipo de procesos de selección que son llevados a cabo, donde el EBEP permite un amplio margen de innovación y diferenciación, o en lo que se refiere a la organización interna y estructura del propio empleo público en el seno de cada Administración pública, los modelos muy diferentes del tradicional han tenido problemas para avanzar. Administraciones autonómicas como las de Euskadi, Cataluña o Comunitat Valenciana, por ejemplo, han ensayado modelos de organización más horizontal y menos compartimentada en sus trabajadores públicos, y en estos momentos, especialmente a escala local, hay interesantes experimentos para adecuar los procesos de selección a las exigencias de la gestión de recursos humanos más moderna, pero ello no impide afirmar que, con carácter general, la norma básica estatal sí ha logrado un importante grado de uniformización en el modelo de empleo público que tenemos en toda España y en todos los niveles administrativos.

2. LOS TIPOS DE TRABAJADORES PÚBLICOS

2.1. Diferencias entre personal laboral y funcionario

25. Un elemento esencial de nuestro modelo de empleo público es que en nuestro país conviven diferentes **tipos de trabajadores públicos**, con diferentes regímenes jurídicos. Esto es, que no todos los trabajadores, es decir, aquellas personas que prestan su fuerza de trabajo a las Administraciones públicas a cambio de un salario,

de una retribución, dentro de su estructura organizativa y bajo su dirección (art. 8 EBEP), se rigen exactamente por el mismo régimen jurídico.

26. Así, y aunque la Constitución en su artículo 103.3 CE habla expresamente de un régimen estatutario y de "funcionarios", como por otro lado era también la dicción de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, pudiendo dar a entender que en España todos los trabajadores públicos han de regirse por ese particular estatuto y ser **funcionarios**, la realidad actual, validada por el Tribunal Constitucional y reflejada en todos los textos legales de las últimas décadas, tanto normas básicas estatales como autonómicas, es la convivencia de esos trabajadores públicos genuinamente estatutarios y con un régimen jurídico diferenciado del del resto de trabajadores con otros que combinan un régimen jurídico diferenciado público (con mayor o menor intensidad, dependiendo de épocas y situaciones) con su sometimiento a la legislación **laboral** común, esto es, al Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, LET), como cualquier trabajador del sector privado. No se trata, además, de una situación marginal o residual: como ya se ha dicho, aproximadamente la **mitad** de los trabajadores públicos españoles son funcionarios y la otra mitad pertenecen a las otras categorías.

27. Hay que tener en cuenta, por último, que esta diferenciación, asentada en razones históricas, está tratando de ser paulatinamente limitada por nuestro ordenamiento jurídico, y tanto legislativamente (por medio del EBEP) como jurisprudencialmente, hay una creciente **tendencia a la equiparación** entre los derechos y deberes de las diversas tipologías de trabajadores públicos.

2.1.1. Evolución legal de la distinción

28. Paradójicamente, es a partir de la Constitución española de 1978, que aparentemente había consagrado de forma muy taxativa un régimen muy claramente estatutario de empleo público basado en el régimen funcionarial cuando, lejos de provocar una evolución hacia la completa funcionarización del sistema, eliminando las islas de laboralidad en la Administración (permitidas por la legislación franquista, pero hasta ese momento poco habituales), la tendencia se invierte.

29. Dos **factores** suelen ser invocados para explicar esta situación, ambos **metajurídicos**. Por un lado, la modernización, mejora y ampliación de las políticas públicas y labores administrativas que la propia evolución social, económica y también política, con la democratización del país, trae consigo y que lleva a que, en pocos años, las necesidades de trabajadores públicos se multipliquen y que para poder cubrirlas con cierta rapidez sea necesario acudir a los mecanismos más flexibles y rápidos del régimen laboral. Por otro lado, la correlativa aparición y asentamiento de comunidades autónomas, que refuerzan esta necesidad de una ingente cantidad de trabajadores públicos que ha de ser cubierta en poco tiempo. Ambos factores se retroalimentan entre sí y, además, se combinan con las críticas al modelo tradicional, por vetusto, rígido, y en ocasiones corporativo y clasista, de función pública y la confianza en que las instituciones democráticas pueden, al tener una mayor legitimidad, contar con más margen y mecanismos propios de control para evitar excesos de clientelismo y corporativismo que harían menos necesarios otros controles.

30. Se producen así, sobre todo a partir de 1984, **procesos de contratación de grandes cantidades de personal laboral**, con procedimientos ágiles, pero en muchos casos poco o nada garantistas del principio de mérito y capacidad. La ya mencionada **LMRFP de 1984** dio carta de naturaleza al fenómeno al establecer en su articulado expresamente la previsión de que los puestos de trabajo en el sector público podrían desempeñarse por personal laboral y además permitiendo una amplísima discrecionalidad a cada Administración pública para determinar en cada caso cuáles de estos puestos serían cubiertos de esta manera. Idénticas reglas fueron, además, aprobadas en la legislación básica del régimen local del momento, abriendo también la puerta a las contrataciones laborales en los entes locales, también en un momento de expansión y reforzamiento de sus actuaciones.

31. El Tribunal Constitucional, en su importante STC 99/1987, validó sustancialmente este modelo, al entenderlo compatible con los enunciados del artículo 103.3 CE, pero reforzando dos garantías esenciales que en momentos del proceso descrito se pasaron por alto: por un lado, que el hecho de recurrir a la contratación laboral no permitía obviar la exigencia de pruebas de selección y acceso fundamentadas en el mérito y capacidad (esto es, la contratación laboral no podía hacerse arbitrariamente, sino con criterios, por mucho que rápidos y flexibles, adaptados al puesto de trabajo que habría de ser cubierto); y, por otro lado, que la determinación de qué puestos de trabajo concretos se podían cubrir de esta manera debía estar en la legislación básica estatal (y, obviamente, también en la autonómica, que ha de recoger las normas estatales y concretarlas con más detalle) al considerar que en todo caso el reconocimiento de otras posibles vías para el acceso al servicio de las Administraciones públicas diferente al funcionarial debía estar siempre y en todo caso previamente determinado legalmente.

32. A esta sentencia siguió una inmediata **modificación de la ley básica estatal** para dar cumplimiento a estos mandatos e indicar qué puestos podían ser así cubiertos (art. 15 LMRFP, todavía en vigor), línea seguida por el EBEP tanto en su primera versión de 2007 como hasta nuestros días, planteamiento que de la legislación básica pasa a la autonómica, que en la actualidad deja clara la aplicación del principio de mérito y capacidad, aun convenientemente adaptado a cada proceso de selección, también para los procesos de selección de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

33. Con todo, hay que señalar que el proceso dejó **secuelas**, que además se complicaron adicionalmente con procesos de posterior funcionarización de muchos trabajadores laborales así incorporados, y una inevitable sensación de que las fórmulas de acceso al empleo público por medio de la legislación laboral eran una suerte de puerta de entrada trasera, **percepción** que ha sido muy **negativa** a muchos niveles. Por un lado, porque ha impedido emplear el régimen laboral para lograr una efectiva flexibilidad en el modelo de empleo público en lugar de ser visto con percepción de subalteridad. Por otro lado, porque es cierto que los procedimientos de acceso empleando esos cauces no han sido siempre los adecuados. A ambas cuestiones trató de dar respuesta el EBEP desde su primera versión, ya en 2007.

2.1.2. Hacia una cierta unificación de los regímenes jurídicos de todos los trabajadores públicos: el modelo del EBEP

34. El EBEP, tanto en su versión inicial de 2007 como en la actualmente vigente de 2015, afronta la regulación del empleo público en España con la sana intención

de, por un lado, garantizar el respeto al principio de **mérito y capacidad,** debidamente adaptado a las exigencias de cada caso, a **todos los procesos de selección** y, por otro, de unificar en la medida de lo posible todas aquellas reglas y principios que van a regir la relación jurídica de los trabajadores públicos estatutarios (funcionarios) con sus Administraciones públicas con la de los trabajadores con una relación con aquellas de laboralidad, a los que se aplicará el Estatuto de los Trabajadores pero, además, todas las normas posibles del propio EBEP, en el sentido y con los límites indicados por este. Se trata, así, de dar una estructura más homogénea al modelo de empleo público, de hacerlo más coherente, pero también más garantista y respetuoso con el principio constitucional plasmado en los artículos 23.2 y 103.3 CE. Adicionalmente, a partir de la consecución de estos objetivos, se aspiraba a dar también a las Administraciones públicas españolas la posibilidad de emplear ambos tipos de trabajadores públicos, funcionarios y laborales, de un modo que permitiera maximizar las ventajas de los respectivos regímenes jurídicos de unos y otros ahí donde existieran diferencias (básicamente estabilidad y garantías con los primeros; flexibilidad y posibilidad de adaptación y agilidad con los segundos) empleándolos donde estas tuvieran más sentido pero, a la vez, conservando un régimen jurídico lo más unitario posible para todo lo demás (esto es, en las cuestiones que no afectaban a esos elementos diferenciadores).

35. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, tras la STC 99/1987, el **Tribunal Constitucional** ha seguido validando un modelo de empleo público que emplee ambos tipos de fuerza de trabajo de esta manera diferenciada. Así, la STC 111/2014, por ejemplo, al hilo de los procesos de funcionarización ya referidos, ha repasado y perfilado su jurisprudencia tradicional, donde se detecta una paulatina mayor aceptación de que personal no necesariamente funcionario pueda desarrollar funciones públicas no reservadas, en coherencia con la propia evolución real y fáctica del fenómeno y convalidando también la regulación al efecto, ciertamente flexible, como veremos, del propio EBEP.

36. El EBEP, desde su exposición de motivos, hace una aproximación pragmática al fenómeno. Se parte del régimen funcionarial, al que el artículo 9.2 EBEP reserva ciertas funciones básicas (las directamente vinculadas al ejercicio de funciones públicas, básicamente las que suponen ejercicio de autoridad, diferenciándolas de las que son funciones de mera gestión). A partir de ahí, el EBEP contiene tanto preceptos que se aplican a todos los empleados públicos (que trata de que sean la mayoría de elementos principales y estructurales del sistema) como artículos que van a ser de aplicación sólo a funcionarios. Hay que señalar que, en general, queda clara la voluntad del texto de aproximar ambos regímenes (por ejemplo, un trato aparentemente unitario del régimen básico de derechos o de deberes y obligaciones), si bien con matices.

2.1.3. Límites europeos a la diferencia entre funcionarios y trabajadores públicos en régimen laboral

37. El **Derecho europeo** ha contribuido a esta evolución hacia una cierta **equiparación** del régimen jurídico entre funcionarios y personal laboral dentro del empleo público. Por un lado porque, a efectos de garantizar la libre circulación de

trabajadores en el seno de la Unión europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado crítico con las legislaciones nacionales que contenían una definición de trabajos públicos vinculados a la idea de soberanía, ejercicio de autoridad o de funciones públicas básicas muy amplia y que, a partir de esa amplia definición, pretendiera reservar esos trabajos sólo a nacionales del respectivo Estado miembro (lo que en principio permite el artículo 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Pero, además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido aproximando, en una evolución que aún no ha concluido, las condiciones de funcionarios y trabajadores laborales al entender que la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada se aplica plenamente a las relaciones de trabajo dentro de las Administraciones públicas, de lo que se ha seguido una lluvia de sentencias que han reconocido todo tipo de condiciones y derechos a los trabajadores públicos laborales en España cuando estas o estos no se correspondían, sin justificación objetiva, con los del resto de trabajadores.

38. Especialmente intensa ha sido la equiparación en derechos por esta vía de los funcionarios interinos y de los **trabajadores laborales temporales**, tanto en lo referido a sus condiciones de trabajo como en la aplicación de las medidas de contención del fraude en la contratación laboral temporal (y la consiguiente obligación de garantizar un contrato indefinido a los trabajadores en esa situación, vehiculada en España con la figura del indefinido no fijo). Esta jurisprudencia está ya muy asentada (v. gr. las recientes STJUE de 3 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, C-726/19 ECLI:EU:C:2021:439; STJUE de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros*, C-760/18, ECLI:EU:C:2021:113; STJUE de 19 de marzo de 2020, *Fernández Álvarez y otros*, C-103/18 y C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219; STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, ECLI:EU:C:2016:680). La sentencia más más conocida y ejemplo paradigmático de la lógica aplicada en estos casos es la STJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras*, C-619/17, ECLI:EU:C:2018:936, en que aplicando la Directiva 1999/70/CE el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** establece que los interinos han de disfrutar también del derecho a una indemnización por terminación del contrato, a diferencia de lo que era la norma hasta el momento. Lo relevante ahora de esta jurisprudencia es que estamos ante otro vector, y muy potente, en la línea de ir acercando los regímenes jurídicos de funcionarios y trabajadores en régimen laboral en el seno de las Administraciones públicas.

2.2. Funcionarios y funcionarios interinos

39. Dentro de las tipologías de trabajadores públicos la categoría nuclear, y aquella a partir de la cual se desarrollan las demás, es la de **funcionario público**. Según el artículo 9 EBEP, lo son aquellas personas que desempeñan para las Administraciones servicios de carácter permanente y que se rigen por este régimen estatutario específico regulado en el propio EBEP (y que tiene como rasgos esenciales la estabilidad en el empleo y mayores exigencias en los procesos de selección, que en principio y salvo excepciones han de contar siempre con una fase de oposición).

40. A efectos de cumplir con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el propio EBEP determina en su artículo 9.2 qué **funciones** les están en todo caso **reservadas** (de un modo amplio, que permite tanto integrar la jurisprudencia europea

como, si por ejemplo así lo desea una comunidad autónoma, establecer más casos de reserva a funcionarios, que en todo caso habrán luego de no necesariamente restringir a nacionales sus procesos de selección). Como ya se ha mencionado, para la Administración del Estado sigue al respecto en vigor el artículo 15 LMRFP, y cada norma autonómica, a continuación, ha realizado su propio desarrollo.

41. En cualquier caso, la figura regulada en el artículo 9 EBEP es **el modelo por defecto de empleado público**: indefinido, con garantía de su empleo y procesos de selección exigentes determinados por la norma. De este modelo y de su régimen jurídico de derechos y obligaciones, regulado por el propio EBEP, van a derivarse el resto de figuras, por comparación con esta.

42. Más compleja es la regulación de los **funcionarios interinos** (art. 10 EBEP), que son los que, por razones justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados para desempeñar tareas de funcionarios de carrera en caso de que haya plazas vacantes y no sea posible su cobertura con funcionarios de carrera (durante un máximo de tres años), para sustituir transitoriamente a los titulares por el tiempo estrictamente necesario o para la ejecución de programas de carácter temporal, con una duración máxima de tres años (ampliable por doce meses más) o para ayudar en casos de exceso o acumulación de tareas (por un máximo de nueve meses, dentro de un período de dieciocho meses). Como es evidente, la norma establece estas posibilidades con vocación restrictiva, y siempre por razones justificadas del servicio, y además con un carácter temporal que la norma intenta ceñir (y que las normas autonómicas pueden restringir más), pues la idea es que el recurso a esta figura sea excepcional.

43. La razón por la que para estas funciones temporales hacen falta funcionarios interinos (y no bastaría personal laboral temporal) tiene que ver con la reserva de ciertas funciones públicas a funcionarios ya comentada (*supra* § 31.36) que impide a personal laboral realizarlas. Aunque, teniendo cuenta el carácter no estable en el empleo de un funcionario interino (y que en ningún caso puede dar lugar al reconocimiento como funcionario de carrera), muchas veces esta distinción sea más formal que material. Téngase en cuenta a estos efectos que las exigencias del artículo 9.2 EBEP sobre el procedimiento de selección, que obliga a cumplir los principios propios del empleo público de mérito, capacidad, igualdad, publicidad y en este caso también celeridad serían perfectamente compatibles con una contratación laboral temporal. Por lo demás, en la línea de equiparación de derechos que vehicula el EBEP, su artículo 10.5 establece la equiparación de derechos de los funcionarios interinos con los funcionarios de carrera, lo que básicamente se refiere a todos los relativos a las condiciones del puesto de trabajo. Una equiparación reforzada por el Derecho europeo, por lo demás.

44. Los **problemas** esenciales relativos a la figura de los funcionarios interinos en España tienen que ver con su generalización más allá del tiempo en principio excepcional que aparentemente impone la norma. Por ello, tanto el EBEP, en sus sucesivas reformas, como las normas de desarrollo autonómicas, han tratado de ir ciñendo el fenómeno, estableciendo normas aparentemente exigentes para determinar el cese de los interinos (art. 10.3 EBEP) o reglas estrictas para la convocatoria de las plazas vacantes que puedan dar lugar a interinidades (art. 10.4 EBEP). Sin embargo, ello no ha logrado detener el paulatino ascenso de la tasa de interinidad, que se mantiene desde hace años por encima del 20 por 100, con cifras altísimas en áreas como sanidad o educación.

45. Esta situación genera muchos problemas, de estabilidad de los trabajadores, pero también organizativos, y acaba generando recurrentes procesos de estabilización de este personal, como el que se ha desarrollado durante los años 2022 y 2023 a partir de la exigencia, por medio de una norma legal básica, de que todas las Administraciones públicas aprobaran convocatorias de plazas que cubrieran todas aquellas plazas que llevaban de facto cubiertas por interinos tres o más años. Aunque ello ha dado lugar a convocatorias de muchas plazas, el problema dista de estar resuelto y, además, comporta la crítica recurrente de que estos procesos suponen la entrada en condiciones más favorables a la condición de funcionario, dada la naturaleza de estos **procesos de estabilización**, de lo que es la pauta por defecto, comprometiendo el principio de igualdad. Estas críticas, con todo, no han logrado cuestionar hasta ahora la regularidad jurídica de estos procesos de estabilización, entendidos perfectamente acordes a Derecho español y a las normas europeas, como el Tribunal Supremo ha reiterado cuando le han sido cuestionados (así, recientemente, en STS 78/2023, de 24 de enero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:172, referida a los procesos más recientes).

2.3. El personal laboral indefinido y el personal laboral temporal. Indefinidos no fijos

46. Es **personal laboral**, según el artículo 11 EBEP, toda persona que presta servicios retribuidos para las Administraciones públicas en virtud de un **contrato de trabajo** formalizado de acuerdo con cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación **laboral.** Este personal, dependiendo de la duración del contrato y de nuevo siempre con respeto a las previsiones de la legislación laboral vigente, puede ser por tiempo indefinido o temporal, en las situaciones y condiciones permitidas por el Estatuto de los Trabajadores. A este personal, como señala el artículo 7 EBEP, le serán de aplicación las normas del EBEP para él previstas pero también las normas laborales del Estatuto de los Trabajadores referidas a su modalidad de contratación, los convenios colectivos aplicables y, por supuesto, lo previsto en su contrato de trabajo. Y, como ya ha sido comentado (*supra* §§ 31.36), es posible la contratación de personal laboral para todos aquellos puestos de trabajo para los que no se haya previsto una reserva para funcionarios en los términos previstos por el artículo 9 EBEP y aceptados por la jurisprudencia constitucional.

47. Los **problemas tradicionalmente** asociados a la contratación laboral en nuestras Administraciones públicas han tenido que ver, como ya se ha expuesto, sobre todo con la minoración de las exigencias y requisitos para contratar a personal, lo que unido a que el régimen jurídico general no deja de tener carácter principial, ha permitido históricamente abusos. Frente a esta situación, y normalmente asociado a procesos de estabilización para tratar de incrementar pro–futuro el rigor en el empleo del uso de la figura, el EBEP y sus normas de desarrollo han ido estableciendo explícitamente normas de publicidad y de garantía de que los procesos selectivos se desarrollen de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Así, por ejemplo, lo hace en la actualidad el artículo 11.3 EBEP, que por lo demás establece procedimientos básicos de selección que, aun permitiendo que se vehiculen únicamente mediante concurso, han de cumplir con todas las exigencias de mérito y capacidad constitucionales. Las normas, tanto estatales como autonómicas, de desarrollo, por supuesto, pueden incrementar estas exigencias, así como son las que han de determi-

nar con más concreción qué puestos de trabajo pueden ser desempeñados, en cada caso, por personal laboral.

48. Una derivada de los abusos reiterados que se han producido debido a la contratación laboral temporal (y, en ciertos casos, también en los abusos en el recurso a interinos en fraude de ley) ha sido la aparición de una categoría adicional dentro de los contratados laborales, la figura del **indefinido no fijo**, de creación inicialmente jurisprudencial. La Sala IV (de lo Social) del Tribunal Supremo, desde finales de siglo pasado, y hasta la fecha, ha venido considerando que el fraude en la contratación por tiempo determinado por parte del empleador, aunque este fuera también una Administración pública, debía comportar la estabilización en el empleo al amparo del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores. Con ello se pretende, por un lado, proteger los derechos de la persona que ha sido contratada en fraude de ley, cuando no existían razones que habilitaran el recurso bien a la interinidad (STS de 28 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2454), bien a la contratación laboral temporal y, por otro lado, para desincentivar de esta manera el recurso a estas prácticas.

49. Esta jurisprudencia, que se ha ido consolidando y volviendo más exigente, en línea paralela a la que hemos referido sobre extensión de derechos en condiciones de igualdad a todos los trabajadores públicos, no impide, sin embargo, a las Administraciones públicas la convocatoria de un proceso de selección para cubrir la plaza en cuestión con carácter definitivo (lo que convertiría a la persona que ganara la plaza no sólo en persona trabajadora indefinida sino también fija). Simplemente, caso de que la persona finalmente seleccionada no fuera la que ocupara la plaza como indefinida no fija habría de ser despedida y debidamente indemnizada de acuerdo con la legislación laboral, dada que esta es la naturaleza de este contrato.

50. Dada la pasividad del legislador para afrontar el problema, el debate sobre esta cuestión ha sido esencialmente de origen jurisprudencial y doctrinal, y la resolución del mismo ha venido en última instancia a través de las decisiones de los tribunales, tanto españoles como europeos. En esta polémica, se puede detectar un planteamiento inicialmente dispar, que se ha ido aproximando, pero que mantiene diferencias, entre la Sala III (de lo Contencioso–administrativo) y IV (de lo Social) del Tribunal Supremo, así como entre las respectivas doctrinas administrativista y laboralista. Allí donde jueces y **doctrina laboral** han entendido evidente la aplicación de la Directiva 1999/70/CE y que la conclusión inevitable de la detección de fraudes en la contratación había de ser la conversión en indefinida de la persona afectada (suele considerarse como definitivamente fijadora de esta doctrina la STS de 7 de octubre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5360, anterior a la Directiva, pero ya imbuida por el espíritu de la misma, que venía decantándose en esos años), la **doctrina administrativista** ha manifestado siempre más reticencias a aceptar este automatismo, por entender, básicamente, que la respuesta a un fraude en la contratación que consistiera en la estabilización en un empleo público de la persona contratada quebraría el principio de mérito y capacidad. Con todo, finalmente la Sala III del Tribunal Supremo pareció acomodarse a esta solución en la STS de 26 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3251, aceptando en estos supuestos que la persona pasaba a ser indefinida, si bien no fija. Este equilibrio finalmente provisionalmente alcanzado, al permitir en todos estos casos que las Administraciones públicas convocaran la plaza en cuestión para realizar un proceso de selección con todas las garantías minimizaba la crítica desde la perspectiva de la igualdad en el acceso y permitía poner el acento en las disfunciones, no tanto de la solución jurisprudencial, sino de los incumplimientos reiterados de la Administración pública en cuestión. Sin embargo, no parece que esta solución haya sido más que un punto intermedio en el conflicto, como demuestran más recientes sentencias, como la STS de 28 de enero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:270, entre otras, que declaran que un interino contratado en fraude de ley pero que sí había superado prue-

bas de selección (aunque sin obtener plaza) podría adquirir en estos casos la condición de interino fijo. Una última vuelta de tuerca en esta importante discusión jurídica ha llegado con la STJUE de 22 de febrero de 2024, *MP y otros contra Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid y otros*, C-59/22, C-110/22 y C-159/22, ECLI:EU:C:2024:149, que ha considerado que la figura del interino no fijo como remedio a los casos de contratación de interinos en fraude de ley no es una solución suficiente como para desalentar a las Administraciones públicas españolas a recurrir a este tipo de prácticas y que, por ello, insta al Derecho español a buscar una solución diferente. Las consecuencias de esta última sentencia todavía han de asentarse, pero es manifiesto que van en la línea de plantear como solución, al menos para algunos casos, la de acabar consolidando también la fijeza en el puesto de trabajo de algunos trabajadores contratados en fraude de ley, por mucho que ello contradiga algunos de los principios básicos de nuestro Derecho público habitualmente predicados en materia de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Esta sentencia obligará también probablemente a una cierta evolución de nuestro entendimiento constitucional de las ideas de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, muy probablemente haciendo más flexible su interpretación (CASAS BAAMONDE, 2024), para acomodarla a las exigencias del Derecho europeo.

2.4. El personal eventual

51. Otro tipo de personal al servicio de las Administraciones públicas españolas de gran tradición es el denominado legalmente, por el artículo 12 EBEP, **personal eventual**. Se trata de un tipo de personal de confianza, y reclutado atendiendo a este factor, que de alguna manera es uno de los pocos residuos del *spoil system* que pervive en nuestro sistema. No en balde la ley establece que son nombrados, y cesados, libremente; es decir, al exclusivo criterio o arbitrio del cargo público que hace el nombramiento. El EBEP restringe la posibilidad de hacer estos nombramientos sólo a funciones calificadas expresamente como de confianza o asesoramiento especial, razón por la cual este tipo de trabajadores públicos suelen ser conocidos como **"asesores".**

52. Debido a ser una excepción al principio rector del empleo público en España, que es el de mérito y capacidad, el EBEP establece **restricciones** coherentes con la naturaleza de la figura: el personal eventual cesa necesariamente en el momento en que lo hace el cargo que lo nombró, sólo determinados órganos pueden disponer de este tipo de personal (que deberán estar expresamente indicados legalmente) y, además, se prevé expresamente que en ningún caso el haber sido personal eventual puede ser tenido en cuenta como mérito ni para el acceso al empleo público ni en supuestos de promoción interna.

53. Las normativas de desarrollo, tanto estatales como autonómicas o de los propios entes locales establecen en muchas ocasiones **restricciones adicionales**, de tipo cuantitativo, para evitar que se produzca una excesiva inflación de esta figura. En todo caso, se trata de una excepción al principio de mérito y capacidad, que es sustituido por el de confianza, en atención a las especiales funciones que cumple este tipo de empleados públicos, constitucionalmente admisibles por esta excepcionalidad y su marginalidad en términos cuantitativos.

2.5. El personal directivo profesional

54. Por último, el EBEP se refiere al **personal directivo profesional**, figura que regula en su artículo 13 aunque no aparece en el listado de empleados públicos de su art. 8. Este personal, según el EBEP, desarrolla funciones directivas profesionales en el seno del sector público y, aunque su designación se llevará a cabo, como no puede ser de otro modo, atendiendo a principios de mérito y capacidad que garanticen la idoneidad de los seleccionados y la libre concurrencia, será evaluado con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados según los objetivos fijados (nada de lo cual es incompatible con la regulación del EBEP para otras figuras y en concreto para su personal laboral). La previsión de la figura busca permitir una regulación específica de la misma adecuada a las necesidades, tanto de selección como de retribución, de profesionalización de la función directiva. La idea es que el sector público pueda **competir con el sector privado** para la atracción de talento para la gestión y dirección de equipos y proyectos.

55. Diez años después de la aprobación de la última versión del EBEP, el desarrollo de la figura ha sido parco, aunque algunas comunidades autónomas sí han aprobado algunas normas propias, básicamente estableciendo procesos de selección y de evaluación del desempeño, así como franjas retributivas diferenciadas y normalmente vinculadas a las del sector público empresarial (la mayor parte de las veces para puestos gerenciales y diversas agencias o entes públicos). Asimismo, en el ámbito estatal, la reciente reforma de 2020 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en materia de agencias estatales (*supra* § 9.59) ha introducido alguna precisión más respecto de este personal en materia de selección y cese, así como reiterando que las franjas retributivas serán las previstas en la norma reglamentaria sobre régimen retributivo de máximos responsables y directivos del sector público empresarial. También, el reciente Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha aprobado una serie de medidas para la Administración General del Estado con cierta vocación de cubrir y completar la regulación del art. 13 EBEP (por cuanto su redacción es muy general y permite cierto acomodamiento con las normas autonómicas) respecto de la identificación de esta función directiva (art. 123) y sus funciones (art. 124), concreciones sobre su régimen jurídico, en principio de Derecho público y no laboral (art. 125) y los procesos de convocatoria y nombramiento (art. 127). Interesantemente, y zanjando una cuestión que había generado cierta discusión, el art. 126 de este Decreto-ley 6/2013, en este caso sin indicar que la regulación lo sea solo para la Administración del Estado (pero habrá que entender que es el caso si una norma autonómica va en sentido contrario respecto de sus empleados públicos), establece que para ser nombrado directivo público, además de las experiencias y antigüedad requeridas, se ha de ser funcionario público del Estado, de las CCAA o de las EELL del subgrupo A1, cerrando la puerta a directivos públicos de otro origen.

3. SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS

3.1. El modelo constitucional de mérito y capacidad y sus modulaciones

56. Como ha sido señalado (*supra* §§ 31.18-19), el principio de mérito y capacidad obliga a las Administraciones públicas a establecer los procesos de selección atendiendo a la acreditación de méritos por parte de los aspirantes. Ello ha dado lugar a una interesante jurisprudencia constitucional sobre cuáles son los requisitos que pueden ser admisibles. Los **requisitos tradicionalmente más conflictivos** son:

la exigencia, en ciertos casos, de la nacionalidad española; el conocimiento de lenguas co–oficiales; y ciertos requisitos de edad o de titulaciones académicas.

3.2. Requisitos constitucionalmente admisibles para la selección de trabajadores públicos y sus límites

3.2.1. Nacionalidad

57. El artículo 56 EBEP establece como requisito general por defecto para participar en los procesos selectivos en materia de empleo público tener la **nacionalidad española**. Se trata de una restricción que tradicionalmente había sido común para el acceso al empleo público en muchos países, pero que en un mundo globalizado y donde una parte considerable de la población residente y trabajadora en un país como España no es nacional tiene cada vez menos sentido, por la pérdida de talento potencial que supone renunciar a seleccionar trabajadores públicos entre esta fuerza de trabajo. Por ello se ha ido paulatinamente moderando, y en la actualidad sólo se conserva con toda la intensidad para ciertos trabajos públicos, los más vinculados a la **idea de soberanía**. Además, la integración europea ha abierto a las personas nacionales de otros Estados miembros la posibilidad de acceder a la gran mayoría de empleos públicos en España, incluyendo los funcionariales.

58. Así, las personas **nacionales de Estados miembros de la Unión Europea** podrán acceder como cualquier español a todos los empleos públicos, con la única excepción de aquellos que impliquen participación en el ejercicio del poder público o en funciones de salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas (art. 57.1 EBEP).

59. Esta misma posibilidad es reconocida a los **cónyuges y descendientes** de los ciudadanos españoles o de cualquier país de la Unión. La determinación de cuáles son estas funciones en última instancia depende, como ya hemos señalado, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha venido aplicando una determinación crecientemente restrictiva de cuáles sean estos empleos (*supra* § 31.37) a fin de promover la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. Para el resto de extranjeros residentes en España, en cambio, la restricción aún se mantiene para los puestos de trabajo funcionariales, y sólo podrán acceder al empleo público como personal laboral (art. 57.4 EBEP) con la única excepción de que por ley se exima del requisito por razones de interés general.

3.2.2. La cuestión de exigencia de conocimiento de lenguas co–oficiales

60. Otra exigencia tradicionalmente conflictiva, respecto de la que el debate sobre la utilidad de su exigencia y su afección al principio de igualdad ha sido muy intenso, se refiere a la posibilidad de que las comunidades autónomas con lenguas oficiales adicionales al castellano o sus entes locales establezcan un **requisito de conocimiento lingüístico** (exigir la acreditación de cierto grado mínimo de conocimiento de la lengua co–oficial para poder presentarse al proceso de selección). Se trata de algo que, de formas diferentes y no siempre con la misma exigencia, han

venido practicando todas las comunidades autónomas con lengua propia estatutariamente reconocida como cooficial menos Aragón: hay casos en que se exige sólo para sea algunos tipos de empleo público (sector educativo) como en Galicia, mientras en otros la regla general es que se exige para todo el empleo público (por ejemplo, en Cataluña); en ocasiones el requisito se exige en todo el territorio, pero en otras sólo en parte del mismo (Comunidad Valenciana); también pueden variar los niveles de exigencia según ámbitos de actividad (Illes Balears, por ejemplo) o que el requisito no se exija siempre para todas las plazas convocada dentro de un mismo ámbito, sino sólo para algunas a partir de cálculos de los usos lingüísticos de la población (ocurre así, por ejemplo, en el requisito lingüístico a escala local en Euskadi).

61. A este respecto hay que señalar que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 82/1986, 83/1986, 84/1986, 46/1991, 253/2005, 270/2006, 165/2013) ha venido aceptando la constitucionalidad del requisito siempre y cuando no se utilice de manera irrazonable y desproporcionada. A estos efectos, se señala que el nivel de conocimiento exigido ha de estar en relación con las funciones y tareas concretas que han de ser desarrolladas en el puesto de trabajo. Por lo demás, el propio EBEP (art. 56.2) también reconoce explícitamente la posibilidad de establecer este requisito al menos en algunos casos.

3.2.3. Otros posibles requisitos

62. Otros posibles requisitos que pueden ser exigidos para el acceso al empleo público pueden tener que ver con exigencias de edad, de titulación académica o incluso de sexo/género. Ya hay convocatorias de empleo público en algunas entidades locales que han establecido requisitos de identidad de género (sin que hasta la fecha haya jurisprudencia sobre su admisibilidad) o de capacidad física. La lógica constitucional para estos casos es siempre la misma: los requisitos se entenderán admisibles si hay **justificación razonable** y conexión entre cada requisito exigido y las tareas o funciones públicas a realizar.

63. Respecto de la **edad**, el artículo 56.1c) EBEP determina que, por defecto, para poder presentarse a las convocatorias de empleo público se han de tener al menos dieciséis años y no exceder la edad máxima de jubilación forzosa, es decir, que se exige por defecto en todas las convocatorias, simplemente, estar en condiciones de poder trabajar legalmente. El establecimiento de una edad máxima diferente, inferior a la edad de jubilación forzosa, requerirá que así sea establecido por ley. Se trata de una situación que es relativamente frecuente en el acceso a empleos públicos que, por razones físicas, requieren de un desempeño que suele estar asociado a la capacidad física propia de ciertas edades (y que, por ejemplo, se da en los procesos de selección de cuerpos como las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado) y que se ha entendido que no supone problemas de constitucionalidad cuando esté debidamente justificada.

64. Muy parecidas consideraciones merece el establecimiento de requisitos referidos a la posesión de la **capacidad funcional física** para el desempeño de las tareas en cuestión (art. 56.1 b) EBEP) **o de una determinada titulación académica** (art. 56.1 e) EBEP). Aunque es mucho más frecuente este último supuesto, y ha sido reiteradamente validado por el Tribunal Constitucional, tanto en casos en que la titulación académica está directamente vinculada al desempeño profesional y funciones a realizar como en aquellos supuestos en que se establece un nivel genérico de titulación académica vinculado al nivel de capacitación genérico que se entiende preciso para la correcta realización de ciertas funciones, también hay supuestos en que se establecen características físicas mínimas (el ejemplo más conocido es

la altura mínima para ciertos empleos públicos que se entienden asociados a la necesidad de realizar ciertas funciones físicas), que tradicionalmente también han sido validados por el Tribunal Constitucional a partir de criterios de adecuación y proporcionalidad. Con todo, este tipo de exigencias están sometidas a una creciente crítica que ha llevado recientemente, al menos, a su moderación, por entenderse que no ha de vedarse de entrada a personas interesadas que, al menos, puedan presentarse a los procesos de selección para demostrar su valía.

3.3. Modalidades de acceso y sistemas de selección

65. Los sistemas selectivos y procedimientos de selección han de respetar y garantizar los principios de **mérito y capacidad** y todas las exigencias deducidas de los mismos (publicidad de las convocatorias, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, independencia, adecuación del contenido de las pruebas y del proceso de selección, agilidad y celeridad de los procesos… según el art. 55.2 EBEP y más recientemente también según las exigencias del art. 112, sobre principios rectores de acceso al empleo público, del Decreto-ley 6/2023) y, en todo caso, y con las excepciones ya señaladas a partir de la posible exigencia de algunos requisitos específicos, tener carácter abierto y garantizar la **libre concurrencia**.

66. Adicionalmente, los procesos selectivos han de velar siempre por el cumplimiento de la **igualdad de oportunidades entre sexos**, algo que no sólo es un enunciado en sede de principio sino que se concreta en la exigencia de paridad de los órganos de selección (art. 60 EBEP) o en la posibilidad de establecer ciertas medidas, modestas, de promoción en el acceso al empleo público para garantizar una adecuada representación de todas las personas en proporción equilibrada, que en general en el contexto jurisprudencial europeo y constitucional son aceptadas cuando establecen preferencias por el sexo menos representado en caso de igualdad de méritos.

67. Por lo demás, el EBEP establece, con carácter general, dos grandes **tipologías de procesos de selección**: la realización de pruebas selectivas; y la valoración de los méritos acumulados por parte de los candidatos. Estos dos tipos selectivos se corresponden con los que tradicionalmente han sido denominados en nuestro país, respectivamente, como oposición y concurso. Estos dos tipos pueden presentarse en solitario o conjuntamente, dando lugar a los tres grandes tipos de procesos selectivos que se dan en nuestro país: la **oposición, el concurso y el concurso–oposición**, que según el proceso de selección consista únicamente en pruebas para comprobar los conocimientos y capacidad de los candidatos (oposición), la valoración de sus méritos (concurso) o una combinación de los dos sistemas en la proporción que se determine (concurso–oposición). Recientemente, el ya referido Decreto-ley 6/2023 ha desarrollado esta tipología básica del EBEP en su artículo 114, con alguna concreción adicional sobre cómo ha de enmarcarse la realización de oposiciones, concursos o concursos–oposiciones.

68. A la hora de determinar cómo organizarlos en concreto, el EBEP de nuevo da una gran libertad tanto a sus normas de desarrollo como a los órganos que puedan diseñar y llevar a cabo estos procesos de selección, establecido sólo algunas cautelas

básicas. Así, para la selección de **funcionarios de carrera** es imprescindible siempre que la selección sea por oposición o concurso–oposición y sólo por expresa excepción legal se puede acceder a esta condición por mero concurso de méritos (art. 61.6 EBEP y 114.6 del Decreto-ley 6/2023). Por el contrario, para el **personal laboral**, según decidan las normas de desarrollo y los órganos de selección, se podrá prever también la selección por mero concurso de méritos.

69. Una cuestión tradicionalmente conflictiva en los procesos de selección por **concurso–oposición** es el **peso relativo que han de tener las distintas fases**. El EBEP ha establecido que en esos casos la valoración de los méritos de los aspirantes sólo ha de suponer una parte de la puntuación que en ningún caso determine por sí misma el resultado del proceso selectivo. Es lo que el Tribunal Constitucional ha venido denominando como "el límite de lo tolerable" desde su STC 83/2000 y que el Tribunal Supremo, en una consolidada jurisprudencia, viene estableciendo en un entorno de entre el 30% y el 40% del valor total de la puntuación total. Por encima de esa proporción estaríamos fuera de ese límite de lo tolerable e incumpliendo el artículo 61.3 EBEP.

70. En cuanto al **tipo de pruebas** posibles que se prevén en el EBEP para realizar la evaluación de conocimientos y capacidades de los candidatos, hay que decir que se permite el empleo de una **gran variedad de alternativas**, siempre y cuando se adecúen a la finalidad del proceso de selección y haya una conexión entre las mismas y las tareas de los puestos de trabajo convocados. En este sentido, el artículo 61.2 EBEP lista una serie de ejemplos de pruebas que pueden ser realizadas que dan buena prueba de las múltiples posibilidades exigidas y la flexibilidad de la norma (el art. 114.3 Decreto-ley 6/2023, en esta misma línea, permite todas estas posibilidades, pero exige que la convocatoria justifique la selección de unos u otros tipos de pruebas).

71. En concreto, se señala, las pruebas podrán consistir en "la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas". Parece evidente, pues, que el EBEP no es contrario a pruebas que vayan más allá de los exámenes tradicionales, muchas veces criticados por memorísticos y no aptos por ello para valorar desempeño profesional. Cualquier Administración pública puede diseñar las pruebas de acuerdo con estos criterios según lo que desee valorar y comprobar, del mismo modo que cualquier legislación autonómica puede desarrollar estos otros hipotéticos modelos de selección más basados en competencias y habilidades que en la exposición de conocimientos.

72. Además, el artículo 61.5 EBEP (así como el art. 114.8 del Decreto-ley 6/2023) permite **completar el proceso de selección** con la superación posterior de cursos, períodos de prácticas o de pruebas psicotécnicas, entrevistas o reconocimientos médicos. Las posibilidades de diseñar procesos de selección que tengan en cuenta, pues, todos estos factores están perfectamente contempladas por la norma y a disposición de todas las Administraciones públicas.

73. Por último, téngase en cuenta en materia de procesos selectivos la práctica consolidada de **reserva de plazas a las personas con discapacidad,** en la terminología del artículo 59.1 EBEP y del artículo 113 del Decreto-ley 6/2023, en un cupo que la norma básica estatal establece que ha de ser no inferior al 7 por 100 (a su vez, un 2 por 100 de ese 7 por 100, es decir, casi un tercio de esas plazas ha de ser para personas con discapacidades intelectuales) y que las normas autonómicas o de desarrollo pueden ampliar. Este cupo ha de cubrirse necesariamente con personas que acrediten estar en esas condiciones pero que superen plenamente las exigencias de mérito y capacidad del proceso selectivo acreditando estar en completa disposición de realizar las tareas propias del puesto de trabajo a desempeñar. Se trata de una medida que trata de aprovechar todo el talento socialmente disponible, a partir de las capacidades diferentes de todas las personas, en beneficio de la colectividad, así como utilizar el

empleo público y su gran capacidad de inserción como vector y catalizador de una mejor integración de estas personas, que tradicionalmente han tenido enormes problemas de inserción laboral, con todo lo que ello conlleva. Por supuesto, como recuerda el art. 113.2 del Decreto-ley 6/2023, esta reserva de plazas no excluye en ningún caso la posibilidad y derecho de las personas con discapacidad a presentarse en igualdad de condiciones a las pruebas y procesos selectivos generales.

74. Cuando se trata de **funcionarios de carrera**, la superación de los procesos selectivos determina su incorporación a un concreto **cuerpo y escala**. Para el ingreso en cada cuerpo o escala se exige una concreta titulación académica, además de los concretos conocimientos o capacidades que se evalúan en los procesos selectivos. En función de las titulaciones exigidas los cuerpos y escalas se clasifican como A-1, A-2, B, C-1 y C-2 (art. 76 EBEP). Por ejemplo, para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos Superiores de Salud Pública (Escala de Veterinaria) de la Comunidad de Madrid se exige el título de grado universitario en veterinaria (título de nivel A-1).

75. El ingreso en un concreto cuerpo o escala —tras la superación de las pruebas selectivas— no supone por sí la **asignación de un concreto puesto de trabajo**, pero sí permite a la persona que ha superado las pruebas concursar a puestos de trabajo reservados a los funcionarios de concretos cuerpos. La asignación de concretos puestos de trabajo funcionariales, de entre los miembros de un concreto cuerpo o escala, se realiza mediante **"concursos de provisión de puestos de trabajo"** o mediante "libre designación" (art. 78.2 EBEP). Los puestos de trabajo asignables a cada funcionario (como también a cada contratado laboral y a cada empleado eventual) están predeterminados en las "relaciones de puestos de trabajo" (RPT) que aprueba previamente cada Administración pública (art. 74 EBEP). En cada RPT se definen las funciones de cada puesto, los empleados públicos a los que están reservados (por ejemplo, a los funcionarios de un concreto cuerpo) y las retribuciones. Tratándose de un concurso de méritos, para la provisión de concretos puestos de trabajo no se realizan pruebas de conocimientos o destrezas, sino méritos efectivos. Para poder asignar un concreto puesto de la RPT a un empleado público (funcionario o no) es necesario que ese puesto esté dotado presupuestariamente en la **plantilla** de la correspondiente Administración pública.

3.4. Crítica al sistema y adopción de nuevos modelos

76. La forma en que tradicionalmente se han venido concretando los procesos de selección de trabajadores públicos en España, dentro de los márgenes legales expuestos que contiene el EBEP, está siendo sometida recientemente a un proceso de **reevaluación y crítica** a la luz de no pocas deficiencias constatadas (BOIX PALOP y SORIANO ARNANZ, 2021): los procesos de selección son de una enorme complejidad y se dilatan mucho en el tiempo, la preparación para presentarse a los mismos requiere en demasiados casos de demasiado tiempo (años, incluso) que acaban siendo relativamente improductivos en términos sociales (y especialmente para los candidatos que no logran un puesto finalmente), la evaluación de la capacidad de las personas realizada por los medios tradicionales muchas veces no es capaz de detectar debidamente el talento y capacidad real para trabajar en un entorno laboral como el

actual, son sistemas que no compiten eficazmente con las técnicas de selección del mercado privado y, además, existen datos que acreditan que todos estos problemas acaban generando un efecto segregador en perjuicio de las personas en situación de una mayor vulnerabilidad socioeconómica (que ante las dificultades y obstáculos que supone un modelo como el referido, y que además obliga a pasar para muchos procesos varios años dedicado a la preparación de las pruebas sin poder obtener ingresos en el ínterin, obvian en gran medida estos procesos de selección).

77. Frente a esta situación, se han ido implantado ciertas **medidas paliativas**, como la concesión de algunas becas de preparación por parte de las Administraciones públicas, así como la transformación de algunos procesos selectivos (modificación y adecuación, así como actualización, de temarios; simplificación de algunas fases), pero en general, y hasta la fecha, el modelo como tal sigue siendo el clásico para casi todas las grandes oposiciones, sin que haya habido demasiados cambios, tampoco, a nivel de comunidades autónomas.

78. Hay propuestas de extender el modelo MIR (médicos internos residentes) y equivalentes de formación e iniciación profesional vigente en el ámbito sanitario, pero de momento no han pasado de ser propuestas. También contamos ya con algunas experiencias a nivel local, y algunas a escala autonómica, de reforma de las pruebas con sustitución de selección por contenidos por selección por habilidades, introducción de test psicotécnicos e incluso la posibilidad de emplear por primera vez con ambición períodos de prueba.

79. Como ha recordado recientemente SÁNCHEZ MORÓN (2022), hay dos informes de interés y con cierto grado de innovación en sus planteamientos, en los que además se plantean muchas propuestas por él mismo defendidas desde hace tiempo, en la línea referida: Orientaciones para el cambio en materia de selección en la Administración General del Estado (AGE, 2021); Informe del grupo de trabajo de estudio y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Administración de la Generalitat (GVA, 2021).

4. ESTATUTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS EN ESPAÑA

80. Como ya ha sido referido, el EBEP establece, tomando como marco general la regulación y régimen jurídico de los funcionarios de carrera, el marco general, con cierto grado de detalle, de los trabajadores públicos en España. Se indican a continuación sus rasgos generales, de forma esquemática. Téngase en cuenta, respecto de la programación y ordenación de la oferta de empleo público y demás, que las exigencias en esta materia son cada vez mayores, como, por ejemplo, para la Administración del Estado, ha establecido el Decreto-ley 6/2023 (arts. 106-111) a fin de lograr una correcta programación y estructuración de las ofertas de empleo público, su desarrollo y una mejor planificación estratégica de los recursos humanos en el seno de la Administración pública.

4.1. Situaciones administrativas

81. Adquirida la condición de trabajador público (art. 62 EBEP) los funcionarios, en concreto, pueden estar en **cinco situaciones administrativas diferentes** (art. 85 EBEP): servicio activo, servicios especiales, servicios en otras Administracio-

nes públicas, excedencia o en suspensión de servicios. Cada una de estas situaciones se corresponde, lógicamente, con un régimen de derechos y obligaciones diferenciado, que detalla el propio EBEP. La situación más usual, el **servicio activo** (art. 86 EBEP), se corresponde con prestar los servicios a la Administración de la plantilla de la cual el trabajador o trabajadora pública forma parte, en las condiciones de prestación del servicio ordinarias, y a las que se aplica el régimen general del EBEP.

82. Los **servicios especiales** (art. 87 EBEP) se refieren a la situación en que los funcionarios de carrera pueden pasar a desempeñar funciones representativas o trabajar en otras instituciones del Estado o en organizaciones internacionales conservando su puesto de trabajo a su regreso y gran parte de sus derechos como funcionarios de carrera, a efectos de no resultar perjudicados por prestar este tipo de servicios, que el ordenamiento jurídico trata de incentivar que no sean rechazados por razones de carrera profesional. Se encuentra en situación de servicios especiales, por ejemplo, un maestro de enseñanza secundaria que es elegido como alcalde de un ayuntamiento.

83. Este sistema funciona muy bien en el sentido de, efectivamente, incentivar la participación de funcionarios en este tipo de instituciones y actividades representativas, lo que tiene indudables ventajas pero también ha sido criticado por la diferencia de trato que comporta respecto de otros trabajadores y porque condiciona con un sesgo muy funcionarial el funcionamiento de algunas instituciones, dada la desproporcionada procedencia desde la función pública de muchos de sus miembros.

84. Los funcionarios pueden también estar en condición de **comisión de servicios en otras Administraciones públicas** (art. 88 EBEP), siempre y cuando ambas Administraciones, la de origen y de destino, así lo acuerden, aunque con límites temporales, o ser transferidos a otras Administraciones públicas. En estos casos se les garantiza el respeto a toda la carrera profesional realizada tanto en una como en otra Administración indistintamente.

85. Asimismo, el artículo 89 EBEP regula las posibles causas de **excedencia** (por interés particular, por agrupación familiar, por cuidado de familiares, por razón de violencia de género o de violencia sexual y por razón de violencia terrorista) a que los funcionarios de carrera pueden acogerse, estableciendo en cada caso tiempo, condiciones de reserva del puesto de trabajo y derechos que se mantienen en cada caso.

86. Por último, el artículo 90 EBEP regula sucintamente la situación de **suspensión** en que, por motivo de una sanción penal o disciplinaria que la conlleva durante un tiempo determinado, queda suspendido tanto en sus funciones como en el ejercicio de sus derechos (incluyendo los económicos, por lo que también deja de recibir sus retribuciones durante ese período de tiempo). Esta suspensión no supone la pérdida de la condición de funcionario, a diferencia de lo que ocurre con las sanciones que conllevan ser apartado del servicio.

4.2. Extinción de la relación

87. A diferencia de lo que ocurre con la situación administrativa de suspensión de la condición de funcionario, que no supone la pérdida de la misma, la sanción

disciplinaria de separación del servicio, una vez tiene carácter firme, o una condena penal cuya pena principal o accesoria conlleve la inhabilitación absoluta o especial para cargo público, también con carácter firme, conlleva la **extinción de la relación**. Excepcionalmente, una vez transcurrida la condena, puede haber supuestos de rehabilitación (art. 68.2 EBEP).

88. El resto de supuestos de **pérdida de la condición de funcionario de carrera**, en general menos problemáticos, son la renuncia a la condición de funcionario, que ha de ser expresa y por escrito y que no impide volver a presentarse a procesos selectivos (art. 64 EBEP) o la jubilación (art. 67 EBEP), ya sea voluntaria cuando se cumplan los requisitos previstos de servicios mínimos prestados, forzosa al cumplir la edad legal de jubilación (sesenta y cinco años, aunque existe la posibilidad legalmente prevista de continuar en servicio activo hasta los setenta años si así se solicita y la Administración estima que no resulta inconveniente para la mejor prestación del servicio) o por declaración de incapacidad permanente. Asimismo, el artículo 64 EBEP prevé el supuesto, poco habitual, de pérdida de la condición de funcionario por pérdida de la nacionalidad española, en los casos en que ésta sea requisito de la tal condición, por causa de dejar de poseer un requisito para desempeñar las funciones y realizar las tareas previstas de la manera querida por la norma.

4.3. Derechos de los trabajadores públicos

89. Como ha sido reseñado, el modelo de regulación del régimen jurídico de los trabajadores públicos del EBEP se fundamenta en una cierta **pretensión de homologación** de los derechos de todos los trabajadores públicos. La realidad, con todo, es que esta pretendida igualación no se cumple después totalmente. A este respecto, lo que sí contiene la norma es un **listado de esos derechos comunes**, con independencia de su regulación concreta, que puede diferir para los distintos tipos de empleados públicos. Respecto de los derechos individuales de los trabajadores públicos encontramos el listado en el artículo 14 EBEP, mientras que los derechos colectivos se encuentran en el artículo 15 EBEP.

4.3.1. Derechos individuales

90. El listado de derechos individuales de los trabajadores públicos (art. 14 EBEP) presta una especial atención al funcionario de carrera. Así, el artículo 14 a) EBEP se refiere expresamente a la **inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.**

91. El resto de los derechos individuales listados en el artículo 14 EBEP, y desarrollados para los funcionarios públicos en los artículos 16 a 30 EBEP, se refieren: por un lado, a **derechos al desempeño profesional, al desarrollo de la carrera y a la evaluación del desempeño** (arts. 16-20 EBEP); por otro lado, a los **derechos retributivos** (art. 21-30 EBEP); y, por último, a los **derechos relativos a la jornada de trabajo, vacaciones y permisos** (arts. 47-51 EBEP). Todos ellos conforman el núcleo básico de cualquier regulación de la contratación de fuerza de trabajo, ya sea en el sector público, ya en el privado, y permiten articular una regulación completa de esa relación, que además hay que completar con las previsiones en materia de carrera profesional, no solo vertical (posibilidad de ir cambiando de puesto de trabajo

y ascendiendo con ello) sino también horizontal (reconocimiento de ese crecimiento profesional y la mejora de las condiciones por medio de un sistema de tramos y evaluaciones periódicas, como por ejemplo el regulado recientemente para la Administración del Estado en el art. 122 del Decreto-ley 6/2023). En este sentido, reviste una cada vez mayor importancia la evaluación del desempeño, tanto para esta promoción vertical u horizontal como para poder obtener determinados reconocimientos o primas, que ha sido objeto recientemente de un mejor desarrollo normativo en los arts. 116 y 117 del Decreto-ley 6/2023 (el art. 199 del referido texto se refiere a sus consecuencias retributivas o de situación profesional), que además ha establecido las líneas básicas para la realización de esta evaluación en el seno de la Administración del Estado. Para la concreción de los derechos referidos a los trabajadores en régimen laboral, el EBEP establece una remisión a la LET, de manera que en el EBEP se desarrollan específicamente sólo los derechos para los funcionarios. Aunque en principio tenemos dos catálogos de derechos distintos (los de los funcionarios y los del personal laboral), en los últimos años estos dos regímenes se encuentran en proceso de confluencia. Por un lado, hay novedades importantes en los derechos funcionariales importadas del modelo privado de relaciones laborales (como la incidencia en la evaluación del desempeño, a la que se asocian los correspondientes incentivos salariales). Y en sentido inverso, las nuevas medidas de conciliación, permisos e incluso implantación del teletrabajo en las Administraciones públicas están sirviendo en parte de modelo para su paulatina extensión al mundo de las relaciones laborales privadas. Junto a esta confluencia normativa, recordemos, que se está produciendo también la equiparación por vía interpretativa y jurisprudencial.

92. Junto a estos derechos, el artículo 14 EBEP también reconoce a todos los trabajadores públicos el derecho a la defensa jurídica por procedimientos consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones; el derecho a la formación continua laboral; el derecho al respeto a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo; el derecho a la no discriminación por cualquier circunstancia personal o social; así como los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad en el uso de dispositivos puestos a su disposición o frente al uso de tecnologías de videovigilancia y geolocalización; y el derecho a la libre asociación profesional, entre otros que son reiteración de otros contenidos a lo largo del articulado del EBEP.

93. Del mismo modo, el EBEP establece los principios básicos a partir de los cuales ha de concretarse el principal derecho de todo trabajador en sus relaciones con su empleador: el cobro del correspondiente **salario**. La única referencia de la norma a los derechos retributivos de los trabajadores en **régimen laboral** (art. 27 EBEP) es una remisión en su caso a la legislación laboral, aunque respetándose el principio básico, que rige para todo el empleo público, de que las cuantías de las retribuciones básicas de los trabajadores públicos, así como sus posibles incrementos, han de venir reflejadas para cada ejercicio en la ley de presupuestos (art. 21 EBEP). Por lo demás, la norma establece que las retribuciones de los **funcionarios** públicos se dividen en básicas y complementarias (art. 22 EBEP). Las primeras dependen de la adscripción del funcionario a un subgrupo o grupo de clasificación profesional (lo que viene además determinado por el cuerpo o escala al que pertenezca) y de la antigüedad (que se cobra en forma de los conocidos "trienios") (art. 23 EBEP). Las retribuciones complementarias dependen en cambio de las características concretas del puesto

de trabajo, de la evaluación del desempeño o de los resultados que puedan haberse derivado del trabajo del funcionario y permiten desde el establecimiento de ciertos incentivos a compensar la especial dificultad o interés de una tarea a, por ejemplo, pagar también las posibles horas trabajadas fuera de la jornada normal de trabajo (art. 24 EBEP). Un régimen casi idéntico, y con tendencia creciente a la equiparación, es el previsto para los **funcionarios interinos** (art. 25 EBEP).

4.3.2. Derechos colectivos

94. Los trabajadores públicos tienen reconocidos en el artículo 15 EBEP una serie de derechos individuales de ejercicio colectivo que los son para todos ellos, con independencia de su condición laboral o funcionarial: a la **libertad sindical**, a la **negociación colectiva** y a la **participación en la determinación de las condiciones de trabajo**, al ejercicio de la **huelga**, con garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, así como el derecho de reunión. Si bien el EBEP establece las condiciones básicas de ejercicio de estos derechos (arts. 31-46) con unos principios comunes (art. 31 EBEP), lo hace con una remisión completa a la normativa laboral para este personal y una regulación propia, si bien inspirada por los principios de negociación colectiva laboral (con remisión incluida a ciertos preceptos de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical en su art. 33). Como consecuencia de esta regulación, tanto los procesos de negociación colectiva de funcionarios y personal laboral, como los órganos donde se llevan a cabo y sus efectos son distintos, algo aceptado por la STC 2/1998. También se ha aceptado, como gran peculiaridad de la aplicación del ejercicio de estos derechos al sector público que en última instancia el régimen estatutario de los funcionarios públicos provoca que quede siempre sometido antes a la voluntad del legislador, en caso de discrepancia, que al posible fruto de cualquier negociación colectiva.

95. Por último, ha de ser recordado que las tradicionales restricciones que históricamente se aplicaban a los funcionarios públicos en materia de sindicación y huelga han decaído en su gran mayoría tras un paulatino proceso de afianzamiento de los **derechos laborales de todas las categorías de trabajadores públicos**, común a todas las democracias occidentales, durante la segunda mitad del siglo pasado.

96. Aunque la Constitución española siga previendo la posibilidad de excepcionar o modular los derechos de **sindicación** (arts. 28.1 CE y 103.3 CE) e indirectamente de huelga para los funcionarios públicos y las fuerzas armadas y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, lo cierto es que sólo estos últimos, así como los jueces, siguen viendo estos derechos restringidos en alguna medida. Respecto del derecho de **huelga**, si bien la obligación del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad puede afectar en mayor medida a su ejercicio por trabajadores públicos que por otros colectivos, lo cierto es que tampoco es una limitación exclusiva de los empleados públicos, en la medida en que hay muchos otros trabajadores de sectores privados que tienen también reconocida la consideración de trabajadores esenciales y que, por ello, ven limitado en similar medida su derecho de huelga.

4.4. Deberes, principios éticos y normas de conducta

97. El EBEP regula los deberes, principios éticos y normas de conducta de todos los trabajadores públicos únicamente en tres preceptos, los artículos 52 a 54, a partir de una división entre los principios generales que determinan el **Código de conducta de los trabajadores públicos** (art. 52 EBEP: principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres) que se proyectan posteriormente en una serie de **principios éticos** (art. 53 EBEP) y **principios de conducta** (art. 54 EBEP) y cuya infracción da lugar a la comisión de faltas disciplinarias, que pueden ser sancionadas según su gravedad.

98. Los referidos **principios éticos y de conducta**, por su parte, se refieren al respeto a las normas, (obedeciendo las instrucciones de sus superiores jerárquicos que sean conformes a Derecho). Además, su actuación ha de ajustarse a la satisfacción del interés general con lealtad y buena fe y, ante todo, con estricto respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, evitando toda discriminación por cualquier condición personal o social. En un sentido en cierto modo relacionado, se establece también la obligación de tratar con respeto al personal y resto de ciudadanos, así como de informarles de sus derechos y obligaciones. Adicionalmente, se concretan algunos deberes éticos o de conducta más específicos, como el de abstención en los asuntos en que puedan tener un interés personal, no actuar en casos en que puedan existir conflictos de intereses ni aceptar tratos de favor (lo que incluye la obligación de rechazar cualquier regalo que vaya más allá de los usos sociales y de cortesía), así como no influir en la agilización o resolución de trámites privilegiando o perjudicando de forma injustificada a otros ciudadanos. El EBEP también establece la obligación de resolver diligentemente y en plazo y la obligación de guardar secreto respecto de las materias clasificadas y, en general, la debida discreción respecto de los asuntos a su cargo. Asimismo, establece el deber de colaborar con la buena gestión de los asuntos públicos y a formarse de manera actualizada. Por último, se establece expresamente el deber de garantizar la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite de entre las oficiales en el territorio en que se encuentre.

99. No estamos ante un listado de obligaciones ni muy exigente ni exhaustivo, habiendo muchas otras obligaciones para los trabajadores públicos dispersas en otras normas. Del mismo modo, la mayor parte de estos principios éticos y de conducta son desarrollados y completados de manera más exhaustiva en muchas otras normas de desarrollo, tanto en materia de función pública como de integridad pública, transparencia, buen gobierno o procedimiento administrativo.

4.5. Régimen de incompatibilidades

100. Por último, ha de hacerse referencia somera a la regulación específica en materia de incompatibilidades que, desde 1984, se encuentra en una ley específica (la Ley 53/1984 de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, LIPAP) probablemente necesitada de una actualización en profundidad, a pesar de lo cual sus contenidos no han sido integrados debidamente reconsidera-

dos en las sucesivas reformas en materia de función pública ni en el EBEP. La LIPAP establece con carácter general la **prohibición** de ocupar **simultáneamente dos puestos de trabajo o actividades públicas**, con la única posibilidad de excepciones específicas que puedan preverse legalmente por razones de interés público y las dos establecidas por la propia norma: la compatibilidad del ejercicio de un trabajo en la Administración pública con la labor representativa en asambleas autonómicas o corporaciones locales, de una parte; y la posibilidad de simultanear ciertas ocupaciones, previa declaración de compatibilidad, en los ámbitos de la docencia universitaria o la investigación (arts. 5 y 6 LIPAP).

101. Respecto de las **actividades privadas**, la LIPAP **prohíbe la compatibilidad de aquellas que puedan suponer un conflicto de intereses** con los quehaceres públicos del funcionario o trabajador público (arts. 12-13 LIPAP), pero permite el ejercicio de actividades profesionales que no generen este riesgo si no colisionan con el horario ni ponen en peligro la correcta prestación del trabajador para con la Administración, algo que ésta ha de evaluar previamente a petición de aquél, autorizando la compatibilidad (arts. 13-14 LIPAP). Aquellos funcionarios con complementos retributivos asociados al desempeño de funciones altamente especializadas y que puedan cobrar por exclusividad, en cambio, no pueden compatibilizar sus funciones con trabajos privados, como regla general.

102. Por último, el artículo 19 LIPAP establece un listado de **actividades que se consideran en todo caso compatibles**, como la impartición de ciertos cursos o la colaboración puntual con medios de comunicación, la gestión del patrimonio personal o familiar o el ejercicio de actividades artísticas o literarias.

4.6. Incumplimiento de deberes y obligaciones y medidas disciplinarias

103. El incumplimiento de cualesquiera de los deberes o principios éticos y de conducta referenciados, de las normas en materia de incompatibilidades, así como de cualquier otra norma u obligación jurídica prevista en las normas en materia de empleo público general, en las normas de desarrollo estatales o autonómicas o en la legislación sectorial, dará lugar a la apertura de los correspondientes **procedimientos sancionadores de tipo disciplinario**, a salvo de que además puedan concurrir otro tipo de sanciones, en los términos expuestos en la lección correspondiente (*supra* § 27) y de acuerdo con los procedimientos y garantías propios del Derecho administrativo sancionador.

104. A estos efectos, y por imperativo del principio de legalidad en materia sancionadora, el propio EBEP (arts. 93-98) establece un esquema básico de principios (legalidad y tipicidad, irretroactividad de disposiciones sancionadoras desfavorables y retroactividad de las favorables, proporcionalidad tanto de infracciones como de sanciones, culpabilidad y presunción de inocencia) y una gradación básica de infracciones y sanciones, a efectos de que se pueda desplegar esta potestad sancionadora cuando se detecten los referidos incumplimientos, con independencia de que las normas de desarrollo, y en especial

las normas autonómicas que han desarrollado para sus ámbitos competenciales las normas en materia de empleo público, contengan previsiones adicionales que serán de aplicación en su caso (art. 93.1 EBEP).

105. El EBEP prevé la responsabilidad de todos aquellos que cometan las infracciones, ya sea como autores, cómplices o inductores y encubridores (arts. 93.2 y 93.3 EBEP). Por lo demás, su artículo 95 sólo establece las **faltas** que entiende muy graves y que, además del abandono del servicio, están compuestas por las más graves quiebras en el sentido de afección a los derechos de los ciudadanos (discriminación, violación de sus derechos) o de dejación en el servicio y desatención de sus funciones, dejando la determinación de las faltas graves y leves a las normas de desarrollo. Asimismo, el artículo 96 EBEP contiene el listado de **sanciones**, que van desde la separación del servicio del personal funcionario al despido disciplinario del personal laboral (sanciones ambas reservadas a las infracciones muy graves) a la suspensión de funciones, empleo y sueldo (con un máximo de seis años), el traslado forzoso, el demérito o cualquier otra que contemplen otras leyes, dejando la concreta determinación de qué sanciones corresponderán a cada infracción a las normas de desarrollo.

106. Por último, el artículo 97 EBEP regula la **prescripción** de infracciones y sanciones (las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses), completando así el cuadro básico de previsiones en materia sancionadora a partir de las cuales las normas de desarrollo han de completar el régimen para disciplinar las infracciones cometidas por los trabajadores públicos.

5. LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y FRACTURA DE CARA AL FUTURO EN EL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL

5.1. La influencia de otros modelos y especialmente del Derecho europeo

107. A modo de conclusión, hay que señalar que el **modelo de empleo público español** se encuentra a estas alturas muy **estabilizado** en sus rasgos más característicos, tanto por la sucesión de textos legales coherentes con una serie de planteamientos y principios, especialmente el principio constitucional de mérito y capacidad, como por una consolidada práctica de nuestras Administraciones públicas tendencialmente homogénea. Incluso los proyectos en curso de reforma del régimen legal vigente son plenamente conciliables con estas bases.

108. Con todo, pueden detectarse algunas **líneas de crisis y fractura**, alimentadas esencialmente a partir de la influencia comparada y en concreto del Derecho europeo. El primero de ellos tiene que ver con la **tendencia a la igualación de derechos** de todo el personal al servicio de las Administraciones públicas a partir de criterios funcionales y no de tipologías de trabajadores públicos. Una tendencia que, si bien incoada por el EBEP, está lejos de ser completa y que está siendo acelerada por la aprobación de normas europeas, y en especial la Directiva 1999/70/CE. El Derecho español deberá tarde o temprano adaptarse a esta realidad. El segundo de los elementos que está en estos momentos en cierta crisis y donde se atisban ya cambios que probablemente irán a más en el futuro tiene que ver, como ha sido ya expuesto, con los necesarios cambios en el sistema de **selección de los trabajadores públicos** para hacerlos más ágiles y eficientes, más capaces de competir con el sector privado para atraer talento, pero

además más justos socialmente al fomentar una mayor igualdad de oportunidades, pudiendo seleccionar mejor a los trabajadores públicos a partir de un análisis de sus posibilidades de desempeño más moderno, centrado también en competencias y que pueda evaluar su concreta capacidad de trabajo con períodos de prácticas. Como se ha dicho, ya hay interesantes ejemplos a nivel local y algunas comunidades autónomas e incluso del propio Estado, que están comenzando a iniciar procesos con parámetros diferentes para testar sus resultados.

5.2. Adaptación a los retos de la digitalización y de la transformación social y económica en curso

109. Por último, y en conexión con algunos de estos cambios, el empleo público español ha de mejorar urgentemente la selección que hace de sus trabajadores porque éstos van a tener que trabajar en breve, lo están haciendo ya, en un entorno social, económico y tecnológico que obliga al conocimiento y uso diestro de herramientas muy diferentes a las que eran las únicas necesarias años atrás. Lo que va a requerir, además, dedicar esfuerzos y fondos a la **formación y recualificación** de los trabajadores ya integrados en el seno de las Administraciones públicas españolas y a cambios organizativos no menores. La automatización de muchas funciones, así como la creciente digitalización de procesos, e incluso el empleo de inteligencia artificial en un futuro ya no muy lejano (*supra* § 21.2) son retos para los que el modelo de empleo público español no está aún preparado y sobre el que ni siquiera se ha reflexionado demasiado respecto de lo que pueda suponer en términos de qué perfiles profesionales van a pasar a ser superfluos y qué otros, en cambio serán cada vez más necesarios. La regulación del empleo público no ya del futuro, sino de nuestro presente, ha de empezar a ocuparse de estas cuestiones.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía citada

Andrés BOIX PALOP y Alba SORIANO ARNANZ, "Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 20 (2021), pp. 52-73.

María Emilia CASA BAAMONDE, "Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2024 (2024), pp. 1-27.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Cap a una reforma del sistema d'accés a l'ocupació pública. Comentari a dos informes oficials recents", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 65 (2022).

6.2. Bibliografía complementaria recomendada

Andrés BOIX PALOP, "La querella laboral-administrativa de las investiduras de trabajadores indefinidos no fijos e incluso fijos. Una propuesta de conciliación de las exigencias europeas con el marco constitucional español en materia de empleo público", *Labos*, núm. 5(3) (2024), pp. 196-223.

Andrés BOIX PALOP y Alba SORIANO ARNANZ, *El acceso al empleo público en España. Estudio comparado y propuestas de mejora*, PUV, 2020.
Josefa CANTERO MARTÍNEZ, *Claves para la modernización de la estructura funcionarial: la coexistencia ordenada de cuerpos y puestos de trabajo*, Aranzadi, 2016.
Josefa CANTERO MARTÍNEZ, *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons, 2001.
Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General,* Tomo X: La Administración del Estado, 2ª edición, BOE, 2017.
Alberto PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 13ª edición, Dykinson, 2021.
Ramón PARADA VÁZQUEZ y Jesús FUENTETAJA PASTOR, *Derecho de la Función Pública*, Civitas, 2019.
Remedios ROQUETA BUJ, *Derecho del empleo público,* 2ª ed, Tirant lo Blanch, 2021.
Remedios ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2019.
Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, 14ª ed., Tecnos, 2021.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 809-840
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L32
© Gabriel Doménech Pascual
© Luis Medina Alcoz
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 32

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València

Luis Medina Alcoz
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. CONCEPTO, DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES Y FUNCIONES.—2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—3. CARÁCTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN VIGENTE.—4. REQUISITOS: 4.1. El daño; 4.2. El funcionamiento de los servicios públicos; 4.3. El nexo causal: *4.3.1. La causalidad y su prueba; 4.3.2. Causalidad adecuada y criterios funcionalmente equivalentes; 4.3.3. Concurrencia de causas; 4.3.4. Fuerza mayor;* 4.4. El problema de la culpa.—5. LA INDEMNIZACIÓN: 5.1. El principio de reparación integral y sus excepciones; 5.2. Modalidades y cuantificación.—6. VÍAS DE EXIGENCIA: 6.1. Vía judicial; 6.2. Vía administrativa previa; 6.3. Prescripción.—7. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: 7.1. Responsabilidad por error judicial; 7.2. Responsabilidad por prisión preventiva no seguida de condena; 7.3. Responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; 7.4. Responsabilidad por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional.—8. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL LEGISLADOR: 8.1. Responsabilidad por leyes ajustadas a Derecho; 8.2. Responsabilidad por leyes inconstitucionales.—9. RESPONSABILIDAD CONFORME AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.—10. RESPONSABILIDAD CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL.—11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS.—12. BIBLIOGRAFÍA: 12.1. Bibliografía citada; 12.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. CONCEPTO, DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES Y FUNCIONES

1. La **responsabilidad civil extracontractual** de las Administraciones públicas recibe habitualmente la denominación de **responsabilidad patrimonial de la Administración** (en adelante, RPA). La expresión es ciertamente ambigua, pues, en realidad, son patrimoniales tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, tanto la de los particulares como la de la Administración; en todas ellas el obligado ha de reparar un daño con cargo a su patrimonio. En cualquier caso, por encima de la mayor o menor precisión del significante, lo importante es que nuestra comunidad jurídica (no así las de otros países) está de acuerdo en emplearlo para referirse a la **obligación de reparar el daño** extracontractual causado por una Administración.

2. La fórmula "responsabilidad civil de las Administraciones públicas", usada con frecuencia hasta los años setenta del siglo pasado, ha desaparecido prácticamente. Ello tiene que ver con una reticencia doctrinal a calificar como civil la responsabilidad de un sujeto público y que está regulada por el Derecho administrativo. El propio legislador utilizó por vez primera a estos efectos la expresión "responsabilidad patrimonial". Lo hizo en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso–administrativa de 1956 [art. 3.b)], que evitó calificar como civil una responsabilidad cuyo conocimiento quería negar a la jurisdicción civil. En cualquier caso, la responsabilidad *patrimonial* de la Administración es tan *civil* como la de los particulares; una y otra se oponen a la penal o sancionadora porque consisten, no en cumplir un castigo por la comisión de un comportamiento reprochable, sino en proporcionar al perjudicado los medios económicos necesarios para contrarrestar la pérdida de bienestar en que se basa el daño causado.

3. A fin de perfilar más precisamente el concepto de RPA, conviene diferenciarlo de una serie de **instituciones o figuras afines**, en las que la Administración debe abonar una cuantía económica para compensar un daño (expropiación forzosa, ayudas públicas para la reparación de daños), para restablecer el ordenamiento jurídico o para evitar enriquecimiento sin causa, lo que no es siempre fácil.

4. La **expropiación forzosa** constituye una privación coactiva de un derecho justificada por razones de interés público que debe ser compensada (*supra* § 26.3). También aquí la Administración causa un daño y debe indemnizar a quien lo sufre. La diferencia estriba en que el daño concreto que da lugar a la RPA es normalmente accidental y provoca una pérdida neta de bienestar, mientras que el derivado de la expropiación se causa deliberadamente con el objeto de hacer posible una operación que debe incrementar el bienestar social en términos netos.

5. Las dos figuras se aproximan mucho cuando la Administración responde objetivamente por la imposición de un sacrificio especial, que puede consistir en un daño prácticamente cierto *ex ante* (p. ej., ejecución correcta de obras públicas que, sin embargo, impiden el acceso del público a un local comercial) o en un riesgo, que se materializará con toda seguridad en algunos casos, si bien no se sabe de ante mano quiénes sufrirán los daños resultantes (p. ej., los causados por el uso de armas de fuego por parte de la policía y los derivados de vacunas impuestas o recomendadas por el poder público) (*infra* § 32.32, 77-88 y 124-131).

6. La **reintegración o restablecimiento del ordenamiento jurídico** o de posiciones jurídicas subjetivas consiste en la remoción o cesación de un estado de cosas contrario a Derecho (p. ej., anulación de una sanción ilegal, condena judicial al

otorgamiento de la licencia reglada ilegalmente denegada, *supra* §§ 6.4 y 7.31). Las acciones de restablecimiento no pretenden remover el daño causado, sino la contradicción de una situación de hecho con la normativa vigente. No se dirigen a un sujeto considerado responsable de un acto lesivo ilícito, sino frente a quien se halla en la posición jurídica adecuada para poner fin a un estado de cosas contrario a Derecho (p. ej., los ayuntamientos que han cobrado ilegalmente el impuesto municipal sobre incremento de valor de terrenos de naturaleza urbana deben devolver a los particulares el importe pagado, aunque sea el Estado quien provocó la ilegalidad al aprobar una regulación del impuesto que ha sido declarada inconstitucional).

7. La **restitución del enriquecimiento sin causa** es una medida específica de reintegración. Consiste en la restitución de una ventaja patrimonial obtenida sin título. Sus requisitos (enriquecimiento, empobrecimiento, correlatividad entre uno y otro y falta de justificación o causa) tampoco son los de la responsabilidad civil (REBOLLO, 1995).

8. Por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que pueden darse los presupuestos de una acción de este tipo si un trabajador presta servicios antes de su nombramiento como funcionario, de modo que, a pesar de la falta de título jurídico válido, la Administración debe abonar las prestaciones realmente realizadas (STS de 12 de julio de 1994, ECLI:ES:TS:1994:5347).

9. Las **ayudas públicas para la reparación de daños** son fondos otorgados por la Administración con la finalidad de compensar a las víctimas de determinadas pérdidas por razones puramente asistenciales o para fomentar actividades de interés público (*supra* § 24.1-5). Los hay para transportistas internacionales damnificados por acciones violentas; víctimas de siniestros con vehículo no identificado, robado o no asegurado; víctimas del terrorismo o de otros delitos dolosos; contagiados de sida o hepatitis C en el marco del sistema público de salud; enfermos de talidomida, etc. El legislador no está obligado a establecer estas ayudas —por más que ello sea deseable en muchos casos— y, al hacerlo, cuenta con amplias posibilidades para configurarlas. Su régimen, en fin, puede y suele ser diferente del de la RPA: la cuantía de la compensación no alcanza a veces la totalidad del daño sufrido; este no tiene por qué haber sido causado por la Administración obligada a compensarlo, etc.

10. La RPA no debe confundirse tampoco con la **responsabilidad sancionadora**. Una sanción (penal o administrativa) consiste en un mal impuesto a quien ha incurrido en un comportamiento reprochable tipificado como delito o infracción administrativa (*supra* § 27.1). Su función primordial consiste en prevenir la realización de conductas lesivas para la sociedad. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil, no hay responsabilidad penal sin culpa, pero sí sin daño. La magnitud de la sanción no tiene por qué ser equivalente al resultado lesivo, que puede no haberse producido efectivamente. La responsabilidad sancionadora no puede ser objeto de transmisión o aseguramiento, etc.

11. La RPA cumple primariamente la **función de restaurar el equilibrio roto por un daño**, trasfiriendo su coste desde el patrimonio de la Administración que lo ha causado al de la víctima que lo ha padecido injustamente. Al determinar quién ha de soportar (y en qué medida) el coste de los daños causados, las **reglas de RPA**

pueden producir diversos efectos prácticos, es decir, cumplir (mejor o peor) varias **funciones adicionales**:

12. **Aseguramiento de riesgos**. Al prescribir que la Administración ha de resarcir ciertos daños, dichas reglas aseguran a las potenciales víctimas frente al riesgo de sufrirlos. Les garantizan la obtención de una compensación bajo determinadas condiciones. La responsabilidad patrimonial cumple así una función similar a la de los seguros públicos y privados. Hay, no obstante, importantes diferencias. En contraste con las indemnizaciones debidas en concepto de RPA, las prestaciones de la seguridad social: no requieren que la Administración que las otorga haya causado el daño; no tratan de compensarlo integralmente, sino solo parcialmente; pueden variar en función de la riqueza de la víctima, etcétera.

13. **Prevención de daños**. La probabilidad de que se produzca un accidente depende fundamentalmente de los niveles de cuidado y actividad adoptados por las personas que pueden causarlos. Cuanto menos cuidado lleven y mayor sea el volumen de su actividad, más probable es que causen un accidente. La amenaza de tener que resarcir o soportar ciertos daños conforme a las reglas de RPA establecidas da a esas personas incentivos económicos para ajustar sus niveles de cuidado y actividad con el objeto de prevenir daños. Es muy probable, no obstante, que la responsabilidad civil no produzca sobre las Administraciones públicas y sus agentes el mismo efecto incentivador que sobre las organizaciones y personas privadas. En primer lugar, porque los agentes públicos prácticamente nunca pagan las correspondientes indemnizaciones de su bolsillo. En segundo lugar, el coste político y reputacional que para ellos puede tener la RPA se diluye si esta se hace efectiva cuando han dejado de ocupar el cargo en cuyo ejercicio causaron los daños, lo cual es relativamente frecuente. En tercer lugar, los agentes públicos tampoco soportan todos los costes sociales de las medidas de precaución que toman para prevenir accidentes y eventuales responsabilidades, lo que puede inducirles a tomar precauciones con este objetivo excesivamente costosas desde el punto de vista de los intereses públicos ("medidas autodefensivas").

14. **Prevención de conductas socialmente disvaliosas**. La RPA reduce los incentivos que pudieran tener las potenciales víctimas para tomar medidas de "autodefensa" socialmente disvaliosas y dirigidas a evitar daños que, a falta de esa responsabilidad, quedarían sin compensación. Por ejemplo, la RPA por daños causados al ganado por lobos (u otras especies protegidas) enerva los incentivos que los ganaderos tienen para matarlos. *Vid*. las SSTS de 2 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3819) y 11 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:367).

15. **Generación de información**. En los pleitos sobre RPA se produce normalmente información valiosa acerca de las medidas de cuidado que las Administraciones implicadas podían y en su caso debían haber tomado con el objeto de evitar los daños en cuestión. Esa información puede ser aprovechada por las personas potencialmente implicadas en casos similares a fin de tomar precauciones adecuadas.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

16. Durante el **siglo XIX**, la Administración quedaba obligada a reparar "a título de equidad" daños causados **sin culpa** por razones del interés general. Hubo además una serie nada desdeñable de casos en los que la jurisprudencia aceptó que el Estado había incurrido en responsabilidad civil **por culpa**.

17. Se indemnizaron sin fundamento en la culpa, por ejemplo, pérdidas causadas por la abolición del diezmo a quienes hubieran adquirido a título oneroso participaciones en aquel tributo; perjuicios sufridos por combatir en guerras o realizar prácticas militares; daños derivados de la ejecución de obras públicas, el derribo de edificaciones o la nacionalización de empresas (MEDINA, 2022). La jurisprudencia obligó a la Administración a reparar en concepto de responsabilidad por culpa, por ejemplo, pérdidas causadas por el derribo como ruinosas de fincas en buen estado de conservación (SSTS de 15 de junio y 2 de octubre de 1877), la revocación de licencias de obras otorgadas ilegalmente con falta municipal (Real Orden de 15 de julio de 1878) o la incautación indebida de fincas (Real De-

creto sentencia de 20 de mayo de 1885). Aprobado el Código civil de 1889 (CC), sus artículos 1902 (responsabilidad por hecho propio) y 1903 (responsabilidad por hecho ajeno) podían fundamentar la obligación de la Administración de indemnizar los daños derivados de la culpa funcionarial o del mal funcionamiento de los servicios públicos, lo que de hecho fue declarado en algún caso (p. ej., STS de 17 de diciembre de 1902).

18. Sin embargo, acabó estableciéndose una suerte de **inmunidad patrimonial de la Administración**. En primer lugar, se rechazaba, por lo general, la compensación de daños a título de equidad en ausencia de previsiones legislativas que la establecieran específicamente bajo la consideración de que solo el incumplimiento de obligaciones preestablecidas y la culpa podían fundar la responsabilidad. En segundo lugar, el Tribunal Supremo elaboró durante los últimos años del mil ochocientos una **jurisprudencia contraria a la responsabilidad civil** de la Administración, incluso ante acciones claramente culposas o negligentes.

19. Un ejemplo elocuente de lo primero es el caso resuelto por el Real Decreto Sentencia de 14 de diciembre de 1859. No se discutía que el reclamante sufrió daños "á consecuencia del incendio ocurrido en una finca de su propiedad con motivo de la Orden dada por el Comandante general del Maestrazgo, estableciendo un riguroso bloqueo para destruir la facción que recorría el país". Sin embargo, el Consejo de Estado consideró improcedente la indemnización solicitada, pues esta "no se funda en ninguna obligación contraída explícitamente por el Gobierno; y aun cuando se supusiera fundada en la implícita, que según el interesado tiene de resarcir los perjuicios causados por las medidas adoptadas por sus delegados en interés común, no es posible concurrir con los fondos públicos á semejantes indemnizaciones sin que así se ordene por una disposición legislativa".

20. Respecto a lo segundo, el Tribunal Supremo limitó la responsabilidad por culpa de la Administración a los daños ocasionados por un "agente especial" (art. 1903.II CC), concebido como aquel que "recibe un mandato o comisión concreta y determinada, ajena al ejercicio de su cargo si es funcionario público". Todo ello bajo la consideración de que solo en este caso "cabe presumir en el Estado la culpa o negligencia, que es la base generadora de esta clase de obligaciones" (Sentencia de 18 de mayo de 1904). Se rechazaban así tanto la responsabilidad civil del Estado por hecho propio *ex* artículo 1902 CC como su responsabilidad civil por la acción del común funcionario *ex* artículo 1903 CC.

21. Esta situación empezó a cambiar durante la segunda mitad del siglo xx. En línea con lo previsto en la Constitución de 1931 (art. 41) y la Ley Municipal de 1935 (art. 209), la Ley de Régimen Local de 1950 dispuso que los entes locales responderían directamente "cuando los daños [hubiesen] sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes" (art. 406.1.2º); y subsidiariamente, "cuando los daños [hubiesen] sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo" (art. 409).

22. El **hito fundamental**, sin embargo, lo constituye el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF), que estableció que "dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos…".

23. Esta cláusula general se recoge luego, casi en los mismos términos, por los artículos 40.1 del texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957 (LRJAE); 106.2 de la Constitución Española de 1978 (CE); 139.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

miento Administrativo Común (LRJPAC); y 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

3. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN VIGENTE

24. Actualmente, los aspectos sustantivos de la RPA se regulan en la LRJSP (arts. 32-37); y los procedimentales, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) [arts. 24.1.II, 35.1.h), 61.4, 65, 67, 81, 82.5, 91, 92, 96.4 y 114.4]. Se ha dicho que estas dos leyes establecen un **sistema unitario de responsabilidad directa y objetiva**. Esta caracterización general debe explicarse y matizarse.

25. El régimen de la RPA es **unitario** por cuanto que se establece mediante legislación estatal general aprobada al amparo del artículo 149.1.18 CE y aplicable, en principio, a todas las Administraciones públicas y a todas las víctimas respecto de cualquier daño en cualesquiera sectores o actividades. Ahora bien, algunos supuestos de RPA cuentan con una **regulación específica** contenida en otros textos legislativos.

26. Por ejemplo, la RPA en el ámbito urbanístico (art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, TRLSRU), la reparación de los daños derivados de actos delictivos (arts. 120 y 121 del Código Penal de 1995, CP) o causados por el funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292-296 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ) o por la ejecución o inejecución de sentencias contencioso–administrativas (arts. 108.3 y 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa, LJCA).

27. La responsabilidad patrimonial es **directa** en el sentido de que de los daños causados por los servidores públicos en el desempeño de sus funciones responden directa y exclusivamente las Administraciones a cuyo servicio se encuentran (arts. 36.1 LRJSP y 296.1 LOPJ), sin perjuicio de que luego estas puedan repetir contra aquellos la indemnización satisfecha a las víctimas (*infra* § 32.141-144). Los perjudicados no pueden dirigirse contra los agentes que causaron inmediatamente los daños. Solo tienen la posibilidad de reclamar contra la correspondiente Administración.

28. La responsabilidad (vicaria) de la Administración tiene varias **ventajas** y algún inconveniente en comparación con la responsabilidad (personal) de sus agentes. En cuanto a las primeras: 1.ª) Reduce el riesgo de que el responsable sea insolvente y, por lo tanto, de que la responsabilidad no pueda cumplir efectivamente sus funciones de prevención y seguro, pues la solvencia económica de la Administración suele ser muy superior a la del personal a su servicio. 2.ª) Reduce los costes de identificar a los individuos causantes del daño, precisar si actuaron negligentemente y exigirles responsabilidad. Por lo común, a las víctimas les resulta más fácil identificar a la organización pública en cuyo seno se ha producido un daño y litigar contra ella que hacer lo propio contra dichos individuos (piénsese, por ejemplo, en un accidente producto de un bache en la calzada). Además, esa organización está mejor situada que las víctimas y que los tribunales para identificar a los causantes del daño, juzgar su actuación y adoptar medidas tendentes a prevenir daños análogos futuros. 3.ª) A la Administración le cuesta menos que a sus agentes soportar el riesgo de tener que resarcir el daño causado, en la medida en que su capacidad económica es prácticamente siempre mayor; y su aversión al riesgo, menor. La responsabilidad vicaria de la Administración presenta el **inconveniente** de que debilita los incentivos que los agentes públicos tienen para prevenir daños. Este problema será tanto más grave y hará más desaconsejable dicha responsabilidad cuanto más difícil le resulte a la Administración observar, controlar y dirigir la conducta de sus agentes.

29. También esta regla tiene **excepciones**. El artículo 121 CP establece, para los casos en que las víctimas de un delito ejerzan su acción de responsabilidad civil en un proceso penal, que las Administraciones públicas responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables cuando estos sean autoridades, agentes, contratistas de estas o funcionarios públicos y la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados. El artículo 120 CP dispone que, en determinados supuestos, serán responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, ciertas "personas naturales o jurídicas", entre las que la jurisprudencia penal ha entendido comprendidas a las entidades públicas (SURROCA, 2016).

30. En cuanto a la caracterización de la RPA como **objetiva**, es verdad que la cláusula general de RPA, a diferencia del artículo 1902 CC, no pivota alrededor de la culpa. Desde hace décadas la jurisprudencia viene afirmando por ello que la legislación española consagra la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas. Sin embargo, en la práctica, por encima de las apariencias, ha aplicado y sigue aplicando aquí una **regla general de responsabilidad por negligencia**. Y hay razones para entender *de lege lata* que el sistema establece positivamente la indicada regla. Lo explicaremos con detenimiento más adelante (*infra* § 32.77-88).

4. REQUISITOS

4.1. El daño

31. Un daño es una **pérdida de bienestar** o, dicho con otras palabras, el menoscabo de un bien de los que integran el patrimonio de la persona, entendida la palabra patrimonio en un sentido amplio, comprensivo de todos los medios a través de los cuales alguien puede satisfacer sus necesidades, de cualquier naturaleza (pecuniaria, corporal, material, inmaterial, etc.) que estos sean. A diferencia de la responsabilidad penal, que puede nacer sin daño, pero no sin culpa, la responsabilidad civil puede surgir sin culpa, pero no sin daño.

32. Piénsese en el **agente de policía** que, aplicando rigurosamente el protocolo y sus exigencias de proporcionalidad, causa daños patrimoniales en un establecimiento a fin de arrestar a un peligroso delincuente. Habiendo daño, habrá RPA por sacrificio especial. Ahora bien, en ausencia de culpa, no habrá responsabilidad disciplinaria o sancionadora. Ciertamente, la culpa es y debe ser un criterio fundamental para establecer la responsabilidad patrimonial en la mayoría de los casos (*infra* § 32.77-88). Sin embargo, lo que nunca ocurre es que se afirme la RPA en ausencia de daño, como sí pasa en el ejercicio del *ius puniendi* estatal (p. ej., cuando se castiga la tentativa frustrada de homicidio).

33. El legislador ha establecido que los daños causados por las Administraciones públicas, para desencadenar responsabilidad patrimonial, han de ser efectivos, evaluables económicamente, individualizados con relación a una persona o grupo de personas (art. 32.2 LRJSP) y antijurídicos, por no tener la víctima el deber jurídico de soportarlos de acuerdo con la ley (arts. 32.1 y 34.1 LRJSP). Examinemos cada uno de estos **requisitos**.

34. El requisito de la **efectividad** significa que no son indemnizables los daños hipotéticos o eventuales, que podrían producirse, pero que no se han producido ni es seguro que vayan a producirse. La mera exposición al riesgo de sufrir un

daño no hace surgir la RPA, sin perjuicio de que esa exposición pueda causar por sí un daño de índole psicológica resarcible. Ahora bien, el perjuicio efectivo puede ser tanto **actual** como **futuro**. En particular, tan indemnizable es el lucro cesante pasado (el que la víctima habría obtenido verosímilmente antes de la liquidación administrativa o judicial) como el lucro cesante futuro (el que el perjudicado habría obtenido normalmente después, en ausencia de la lesión).

35. Un ejemplo de **exposición al riesgo sin daño efectivo**: la Administración sanitaria no incurre en responsabilidad por el hecho de que un médico haya incrementado la probabilidad de que un paciente sufra cáncer al exponerlo negligentemente a radiación, si la patología no se ha desarrollado todavía. En cuanto al **daño futuro efectivo**, piénsese en una pianista que el año pasado sufrió la amputación de una mano como consecuencia de una negligencia médica. A los efectos de la RPA, las ganancias que habría obtenido razonablemente durante los años siguientes de no haber sufrido la amputación son una pérdida tan efectiva como la de la extremidad.

36. El requisito de la **evaluabilidad económica** tenía sentido dentro del régimen establecido en la LEF de 1954, conforme al cual solo merecía compensación la "lesión que los particulares [sufriesen] en los bienes y derechos a que esta Ley se [refería]" (art. 121), esto es, los daños "económicos" o "patrimoniales" (arts. 1 y 4). De ahí que el daño resarcible debiera ser evaluable económicamente en el sentido de que pudiera cuantificarse objetivamente a partir de valoraciones de mercado (art. 122.1). Sin embargo, aquella limitación desapareció para siempre en la LRJAE de 1957, que reiteró aquella cláusula general precisando, no obstante, que las víctimas podían ser indemnizadas de toda lesión que sufriesen en "cualquiera de sus bienes y derechos" (art. 40.1), incluidos, por tanto, los de carácter no patrimonial, lo que fue así reconocido por la jurisprudencia. De modo que el requisito de la evaluabilidad económica, aunque sigue apareciendo en la LRJSP, carece hoy de toda significación práctica.

37. El **caso de los "novios de Granada"** es el emblemático en punto al reconocimiento judicial del daño moral. Una pareja de novios paseaba por delante de un psiquiátrico cuando súbitamente un enfermo mental que intentaba suicidarse cayó sobre el chico, causando su muerte. La Audiencia Territorial de Granada ordenó la reparación de los daños morales padecidos por la novia y los padres del fallecido en una sentencia luego confirmada por el Tribunal Supremo (STS, Sala 3.ª, de 12 de marzo de 1975).

38. La LRJSP, al igual que sus predecesoras, exige que el daño sea **individualizado** en relación con una persona o grupo de personas. Este requisito está llamado a operar principalmente respecto de la responsabilidad por "funcionamiento normal" de los servicios públicos, basada en el sacrificio especial. La legítima imposición de cargas generales (cuya justificación radica en que reporta más beneficios que perjuicios para al conjunto de la comunidad) no engendra responsabilidad objetiva.

39. Resultaría absurdo que un perjuicio sufrido por la **generalidad de los ciudadanos** fuera resarcido por el Estado, pues serían esos mismos ciudadanos los que, a través del sistema tributario, tendrían que sufragar no solo el pago de las correspondientes indemnizaciones, sino también el coste de los procedimientos que habría que tramitar para depurar la RPA. El absurdo se acentúa cuando la imposición deliberada de ese perjuicio ha permitido lograr un beneficio mayor para toda la ciudadanía. El problema es cómo interpretar dicho requisito en la práctica. Es difícil que una actuación administrativa perjudique o beneficie a todos los ciudadanos por igual. Lo normal es que aquí existan diferencias entre ellos. Pero, por otro lado, no parece razonable incurrir en los enormes costes —p. ej., de procedimiento— que entraña resarcir daños de muy elevada generalidad. Así se desprende de la STC 148/2021 (FJ

11.c), en relación con la inconstitucionalidad del "confinamiento domiciliario" decretado para luchar contra la covid-19 y que sufrimos, en mayor o menor medida, prácticamente todos los residentes en España. *Vid*., en esta línea, la STS de 31 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4431), que niega la responsabilidad de la Administración por los daños derivados del cierre de un hotel impuesto en virtud del primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19.

40. Los artículos 32.1 y 34.1 LRJSP disponen que no generan la RPA los daños que la víctima tiene el deber de soportar de acuerdo con la ley, es decir, los daños que no son **antijurídicos**. Con esta indeterminada cláusula general, la legislación estatal, en primer lugar, deja sentado que hay supuestos en los que la Administración no responde a pesar de que el daño causado cumple los restantes requisitos para ser resarcible y, en segundo lugar, remite la determinación de estos supuestos a otras normas jurídicas.

41. Algunos de estos supuestos en los que la víctima no tiene derecho a ser indemnizada han sido previstos inequívocamente por normas de rango legal. Piénsese, por ejemplo, en las leyes que otorgan a la Administración la potestad de recaudar tributos o imponer sanciones. Otros supuestos pueden deducirse de disposiciones legales que no contemplan específicamente la posibilidad de que la Administración imponga tal deber de soportar. Cabe entender, por ejemplo, que algunas **causas de justificación** reguladas en el Derecho penal pueden servir en el ámbito de la RPA para excluir la antijuridicidad. El daño causado en legítima defensa (art. 20.5 CP) por un agente de policía al defenderse de un criminal no es antijurídico ni, por tanto, genera la obligación de indemnizar (aunque en este caso la exoneración puede fundamentarse también en la culpa exclusiva de la víctima).

42. Algún autor ha sostenido que del tenor literal de los artículos 32.1 y 34.1 LRJSP "resulta de manera clara y evidente una reserva de ley en materia de antijuridicidad del resultado lesivo causado por la Administración". Aquel deber solo existe "si el Parlamento establece de manera expresa una carga general, y obliga al lesionado a soportar con su propio patrimonio el resultado lesivo de la actividad administrativa" (BLANQUER, 2020: 365). En nuestra opinión, ese deber puede deducirse de otras normas y principios del ordenamiento jurídico.

43. Los tribunales admiten también causas de justificación del daño **no previstas específicamente en leyes**. Sirva el ejemplo de la arraigada pauta jurisprudencial conforme a la cual el inequívoco daño moral que alguien sufre por la muerte de su hermano no es resarcible si el fallecido deja cónyuge viudo, hijos o ascendientes, pues se quiere concentrar la indemnización en el núcleo familiar estricto.

44. En la práctica judicial, **el requisito de la antijuridicidad esconde frecuentemente el de la negligencia**. Si la Administración adoptó las medidas de cuidado exigibles, la víctima tiene el "deber de soportar" el daño sufrido, que no sería "antijurídico". Se trata, sin embargo, de requisitos distintos que no debieran confundirse.

45. Este es el criterio observado, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria: si el médico cumplió la llamada ***lex artis ad hoc***, esto es, si actuó correctamente, los órganos judiciales suelen afirmar que los daños resultantes no son antijurídicos (STS de 10 de diciembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6820). Un criterio similar se aplica a los daños causados por actos administrativos ilegales (p. ej., autorización incorrectamente denegada). Con arreglo a la llamada "doctrina del margen de tolerancia", la RPA queda excluida cuando el **acto administrativo ilícito** es el resultado de una aplicación razonable y razonada del ordenamiento jurídico (STS de 20 de febrero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1221).

4.2. El funcionamiento de los servicios públicos

46. Producido el daño, para que haya RPA es preciso que la conducta o hecho que lo causó sea **imputable a la Administración**. Si es así, la Administración responderá directamente por hecho propio, como autora del acto lesivo; y el particular no podrá en ningún caso dirigirse contra el empleado público interviniente, salvo que en la vía penal reclame su responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 120-121 CP). Si, en cambio, el hecho lesivo no puede imputarse a la Administración, la responsabilidad habrá de ventilarse con sujeción a las normas del Derecho privado y será solo, en su caso, la de la persona física que propició el daño, nunca de la Administración.

47. A este respecto, el artículo 32 LRJSP se limita a establecer que un hecho lesivo puede generar responsabilidad patrimonial si se produce como consecuencia del "funcionamiento de los servicios públicos". Se ha dicho que este concepto ha de ser interpretado en un sentido amplísimo, como sinónimo de **cualquier tipo de actividad de las Administraciones públicas**, inclusive la desarrollada con arreglo al Derecho privado (interpretación que corrobora el art. 35 LRJSP). El problema es que la norma no aclara mínimamente en qué condiciones un hecho o conducta puede considerarse imputable a una Administración determinada.

48. Con arreglo a una interpretación teleológica y sistemática de los artículos 32.9 y 36 LRJSP, 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 121 CP y 1903.V CC, cabe entender que son imputables a una Administración las conductas —acciones u omisiones— realizadas por las personas integradas en su organización en el desempeño de sus funciones o por otras personas bajo la dirección de aquella (MIR, 2000). En realidad, el criterio determinante es este último: **la circunstancia de que la Administración pueda observar, dirigir y controlar de manera lo suficientemente estrecha la actividad considerada**.

49. Como ya hemos visto, solo en ese caso resulta oportuna la responsabilidad vicaria de la Administración, pues solo entonces puede mantenerse en un nivel aceptable el riesgo de que los sujetos que realizan la actividad en cuestión no tomen las debidas precauciones en atención a que en principio no van a responder de los daños resultantes (*supra* § 32.28). Así, por ejemplo, los daños causados por notarios y registradores de la propiedad en el ejercicio —independiente y sin sometimiento al poder de dirección de la Administración— de sus funciones públicas no dan lugar a RPA (*vid*. los arts. 296-312 de la Ley Hipotecaria y PARRA, 2007). En cambio, el Tribunal Supremo considera que la Administración sí responde de los daños causados por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad al usar **armas de fuego** reglamentarias fuera de servicio. Pero nótese que la razón por la que se imputa este daño a la Administración es que esta permite a dichos agentes que porten tales armas fuera de servicio, creando así un riesgo anormal para la vida e integridad física de las personas del que debe responder (objetivamente) en el caso de que se materialice (SSTS de 31 de diciembre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:10456; y 8 de febrero de 2005, ECLI:ES:TS:2005:721).

50. El régimen de responsabilidad por los daños causados a terceros con ocasión de la ejecución de **contratos públicos** se ajusta al criterio expuesto (*supra* § 19.126-127). De acuerdo con la LRJSP (art. 36.9) y la LCSP (art. 196), el contratista será el obligado a indemnizar, salvo que el daño sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o traiga causa de vicios del proyecto elaborado por ella,

en cuyo caso esta será quien incurra en responsabilidad. Esta regla estaba ya formulada con pocas variaciones en la LEF 1954 (art. 121.2), el Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955 (RSCL, art. 128.13ª) y en las anteriores leyes reguladoras de la contratación pública.

51. Tal criterio domina en la jurisprudencia (por todas: SSTS de 30 de abril de 2001, ECLI:ES:TS:2001:3572, y de 25 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4625). No obstante, el Tribunal Supremo ha aplicado a veces una **regla opuesta**, conforme a la que la Administración contratante responde siempre, debiendo, en su caso, ejercer la acción de repetición contra el contratista. La sentencia emblemática, exponente de esta discutible doctrina, es la STS de 5 de mayo de 1989, ECLI:ES:TS:1989:2879.

4.3. El nexo causal

4.3.1. La causalidad y su prueba

52. El artículo 32.1 LCSP exige que la lesión sea "consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", esto es, condiciona la responsabilidad patrimonial a la existencia de un **nexo causal** entre el hecho imputable a la Administración y el daño. Se dice que hay causalidad cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado la conducta examinada, resulta que el daño no se habría producido (teoría de la *condicio sine qua non*). Cuando aquel hecho es la omisión de una conducta debida, la determinación de si hubo nexo causal obliga a figurarse qué habría ocurrido de no faltar la acción positiva omitida. La **supresión mental** del hecho enjuiciado (método de la eliminación) es, en realidad, en estos casos, la **agregación mental** de la conducta debida (método de la sustitución).

53. Piénsese en el paciente de un hospital público que fallece después de sufrir un **error de diagnóstico**. Para establecer la relación causal entre el fallecimiento y el error es preciso asegurar que, en las circunstancias del caso, el médico estaba obligado a diagnosticar adecuadamente la patología (conducta debida) y que, de haberlo hecho (esto es, con la conducta omitida), la víctima habría sanado (causalidad omisiva).

54. La determinación del nexo causal consiste, más precisamente, en suprimir (o agregar) mentalmente el hecho considerado (o la conducta debida) y "comprobar" con arreglo a la sana crítica o lógica inductiva si el daño se produce o desaparece. En este segundo caso, cabe concluir la existencia de una relación de causalidad. El problema es que, en la realidad, prácticamente nunca puede afirmarse con absoluta certeza que el daño hubiera desaparecido o se hubiera producido igualmente. Tan solo es posible estimar una probabilidad de que ello hubiera ocurrido. De ahí que, tradicionalmente, se afirme o niegue la conexión causal en función de que la probabilidad estimada supere un umbral más o menos exigente y, en caso de duda, en función de que la regla de cierre (la llamada "carga probatoria") favorezca a la Administración demandada o a la víctima demandante. El umbral o estándar de prueba establecido con carácter general es el de la "**certeza razonable" o "probabilidad preponderante**", conforme al cual la causalidad se considera probada si su existencia es más verosímil que su no existencia. Si hubiera dudas en torno a si la probabilidad

causal supera el indicado umbral, la regla de cierre establecida con carácter general favorece a la Administración (art. 217.2 LEC), salvo que sea ella quien esté en mejores condiciones para probar porque le resulta más fácil producir y traer al proceso información sobre la concurrencia del nexo causal (art. 217.7 LEC; STS de 17 de mayo de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3266).

55. Por ejemplo, en el caso de **diagnóstico incorrecto** expuesto *supra* § 32.53, si la probabilidad de curación con el tratamiento correcto es baja, no podrá establecerse el nexo causal ni, a la postre, la responsabilidad patrimonial. Si tal probabilidad es alta, podrá establecerse la conclusión contraria. Si hay dudas en torno a si la probabilidad causal supera el umbral de la certeza razonable, comoquiera que es la Administración quien estaba en mejores condiciones para probar, podrá afirmarse la conexión causal y la responsabilidad.

56. En algunos casos, el ordenamiento jurídico rechaza que, ante la duda, haya de aplicarse un estándar de certidumbre y una regla de cierre para afirmar o negar la causalidad y toda la responsabilidad. Frente a la lógica binaria de "todo o nada" resultante de esas normas, establece una regla de "**responsabilidad proporcional**" en cuya virtud ambas partes han de compartir el coste del daño: la víctima obtiene una indemnización "parcial", resultante de ponderar o multiplicar el valor total del daño por la probabilidad estimada de que la Administración lo haya causado. Esta indemnización refleja así las dudas en torno a la verdad del nexo causal derivadas de un juicio de valoración probatoria que no arroja resultados concluyentes ni en un sentido ni en el otro. Esta solución ha prosperado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

57. En el caso de diagnóstico incorrecto expuesto *supra* § 32.53, si la probabilidad de curación no es desdeñable, pero el juzgador no sabe si alcanza el umbral de la certeza razonable, la regla de responsabilidad proporcional justificaría que la Administración indemnizase solo en parte el daño moral que padecen los allegados del fallecido.

58. Tradicionalmente, los tribunales han interpretado que el régimen binario de todo o nada es la única solución admisible al problema de la incertidumbre causal, esto es, que, ante la duda, no queda más remedio que afirmar o rechazar la existencia del nexo causal. Lo cierto es, no obstante, que han aplicado materialmente la regla de responsabilidad proporcional a través de un artificio: la **doctrina de la pérdida de oportunidad**. Consiste en decir que la culpa o infracción de la *lex artis* sacrificó la oportunidad de obtener un bien o evitar un menoscabo, como si tal oportunidad fuera una cosa en sí misma cuya pérdida configura un daño emergente de causalidad segura diferenciable del perjuicio real de causalidad incierta (p. ej., STS de 25 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3935). En la actualidad, hay sentencias del Tribunal Supremo que aplican a las claras la regla de responsabilidad proporcional, que llaman "imputación probabilística": SSTS (Civil) de 16 de enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279), 19 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:576) y 20 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:99), y (Cont.-Adm.) de 20 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1096).

59. Esta última, abordó un caso de retraso en el diagnóstico y tratamiento adecuado de una patología cerebral, sin que existiera certeza en torno a si, en ausencia de mala praxis, la víctima hubiera evitado una serie relevante de secuelas (hemiparesia derecha grave, afasia mixta, parálisis del nervio facial, pérdida de campo visual izquierdo, parestesias de partes acras, depresión reactiva). El Tribunal Superior de Justicia de Valencia había reconocido el derecho de la víctima a ser indemnizada en concepto de pérdida de oportunidad. El Tribunal Supremo lo confirmó, si bien realizó precisiones adicionales de interés a fin de motivar adecuadamente la RPA. Señaló primero que "la doctrina de la pérdida de oportunidad existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma" y que consiste en una "una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad", esto es, un "régimen especial de

imputación probabilística". Conforme a este criterio, procede indemnizar en función de la probabilidad causal: "según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se consideran que son muchas las posibilidades de curación si no se hubiese producido la perdida de oportunidad y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades […]. En resumen, se indemniza siempre por el daño causado al estado de salud del paciente. Pero con la doctrina de la pérdida de oportunidad dicha indemnización es solo parcial por falta de probabilidad suficiente para tener por cierto el nexo causal".

60. La aplicación de la regla de **responsabilidad proporcional** se ha justificado a partir del principio de igualdad y por razones de eficiencia (MEDINA, 2007 y 2019). Se ha señalado a este último respecto que, si la probabilidad acreditada en juicio de que la Administración haya causado ciertos daños queda sistemáticamente por debajo del umbral de certeza, la responsabilidad proporcional da a la Administración mejores incentivos para actuar diligentemente que el sistema binario tradicional. Supongamos, por ejemplo, que esa probabilidad es siempre del 40 por 100, que la Administración ha causado realmente el daño con negligencia en el 40 por 100 de las ocasiones y que el umbral aplicable en todos los casos se corresponde con el 50 por 100. En este escenario, conforme a la regla del todo o nada, la Administración nunca respondería, lo que seguramente minaría sus incentivos para tomar las debidas medidas de cuidado. De acuerdo con la regla de la responsabilidad proporcional, por el contrario, su responsabilidad esperada sería en principio igual a los daños esperados derivados de su actividad negligente, lo que normalmente la induciría a llevar un nivel adecuado de precaución.

4.3.2. Causalidad adecuada y criterios funcionalmente equivalentes

61. Hay supuestos en los que la prueba de la causalidad no presenta dificultades y, sin embargo, la Administración no debe por ello responder, aunque haya culpa y aunque se den los requisitos restantes. Dicho de otro modo: **la causalidad demostrada** (*condicio sine qua non*) **puede ser jurídicamente insuficiente** para imputar causalmente el daño resultante del funcionamiento de los servicios públicos. Piénsese en los casos siguientes:

62. El señor López está internado en un hospital público por una dolencia cardíaca. Su médico se salta el protocolo y, pese a que su cuadro clínico aconseja mantener el internamiento, cursa el alta. Al salir del hospital, el señor López cruza la calzada y es arrollado por un vehículo que circulaba a toda velocidad. En este caso, hay culpa médica y es seguro que sin ella el paciente habría estado en su cama hospitalaria cuando aquel vehículo rodaba demasiado rápido. Sin embargo, no parece que la Administración sanitaria deba responder por ello.

63. Un ladrón de poca monta ingresa en prisión para cumplir condena de tres años y medio. A los pocos días, escapa por la negligencia de un funcionario de prisiones, que olvidó cerrar su celda. Tres años después, el penado, que sigue en libertad, asesina a una pareja. En este caso, hay culpa de la Administración y es seguro que sin ella el criminal hubiera seguido entre rejas sin posibilidad de cometer el doble asesinato. Sin embargo, es cuando menos dudoso que la Administración penitenciaria tenga que indemnizar a los allegados de los fallecidos por el daño moral resultante.

64. Supuestos como estos ponen de relieve que, de entre los infinitos factores que componen la cadena causal que conduce a un daño, el proporcionado por la Administración puede ser, desde la perspectiva de la RPA, mucho menos importante que otros y, en consecuencia, que puede haber razones para no atribuirle jurídicamente a ella el resultado lesivo. A fin de aislar esas razones, viene manejándose la **teoría de la adecuación**, conforme a la cual la causalidad solo puede ser relevante

a los efectos de la responsabilidad patrimonial si resulta "normalmente idónea" para generar daños como el acontecido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (p. ej., STS de 28 de noviembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:7123).

65. Partiendo de la doctrina penal y civil, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (p. ej., STS de 28 de junio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2671) y algunos administrativistas (BELADIEZ, 1997; MIR, 2000) han propuesto criterios adicionales, como el del **fin de protección de la norma** y el de **incremento del riesgo**. De acuerdo con el primero, un daño no puede imputarse a una conducta culposa si la norma de cuidado concretamente infringida no estaba específicamente orientada a evitar perjuicios como el producido. Según el segundo, el daño será imputable a la Administración solo si el funcionamiento de los servicios públicos incrementó significativamente el riesgo de que el resultado dañoso se produjera y ese riesgo acabó materializándose en ese resultado. Desde la perspectiva de la prevención, el criterio clave es, posiblemente, este último: solo tiene sentido obligar a una persona a resarcir los daños derivados de una falta de cuidado cuando esta, en el momento en el que tuvo lugar, incrementó el riesgo de que se produjera el concreto resultado dañoso finalmente materializado. Y solo si hubiera merecido la pena adoptar la medida de cuidado en cuestión para prevenir específicamente dicho resultado.

66. En el ejemplo propuesto *supra* § 32.62, cabría razonar que las altas indebidas no generan normalmente atropellos (criterio de la adecuación causal) o que el protocolo médico incumplido no pretendía evitar accidentes de circulación (criterio del fin de protección de la norma) o que la culpa profesional incrementó el riesgo de muerte asociada a la dolencia diagnosticada, pero en modo alguno el de ser arrollado por un vehículo a motor (criterio del incremento del riesgo). En el siguiente caso (*supra* § 32.63), cabría argumentar que facilitar por negligencia la fuga de un ladrón de poca monta no es normalmente causa de un brutal asesinato como el acontecido, o que la finalidad que justifica mantener en prisión a un penado no es impedir que este delinca mientras cumple su condena, sino disuadir a la gente en general de cometer delitos similares a los que motivaron esta (DOMÉNECH, 2024). Véase, en sentido contrario, las SSTS de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725) y 18 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3137), que declaran la RPA por daños derivados de acciones delictivas realizadas por condenados que se habían fugado o mientras disfrutaban de un beneficio penitenciario.

67. Téngase en cuenta, en fin, que es frecuente que los tribunales, tras afirmar que la RPA tiene siempre y en todo caso carácter objetivo, apliquen una regla de responsabilidad por negligencia, pero sin decirlo explícitamente, sirviéndose al efecto de varios artificios (*supra* § 32.44-45, *infra* § 32.83-86). Uno de ellos consiste en ocultar la culpa bajo la "máscara" del nexo causal. Si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño no fue causado por el funcionamiento de los servicios públicos (STS de 19 de junio de 1998, ECLI:ES:TS:1998:8602).

4.3.3. Concurrencia de causas

68. Según acabamos de ver, siempre que la Administración causa un daño lo hace junto a una infinidad de factores, esto es, de hechos sin los cuales no se habría producido el resultado lesivo (*condiciones sine quibus non*). El sistema de RPA establece diversas reglas de moderación o distribución de la indemnización que toman en consideración la existencia de **factores naturales o humanos concurrentes** en la causación del daño:

69. Si la **propia víctima** contribuyó relevantemente a causar su propio daño, la indemnización debida en concepto de RPA habrá de moderarse en función del alcance de su aportación causal (p. ej., SSTS de 15 de marzo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:1621; y 2 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5327), salvo

que pueda establecerse que el daño es, en realidad, exclusivamente imputable a ella, en cuyo caso habrá de exonerarse a la Administración. Algunos preceptos legales excluyen categóricamente la RPA "si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado" (art. 48 TRLSRU) o si el evento dañoso tiene "por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado" (art. 295 LOPJ).

70. Para el caso de que los sujetos a los que resulta atribuible el daño sean **Administraciones públicas**, la LRJSP establece como regla general la responsabilidad solidaria (art. 33). Ciertamente, exige que el daño resultante derive de "fórmulas conjuntas de actuación", pero la jurisprudencia interpreta este concepto con notable flexibilidad, incluyendo prácticamente todos los supuestos imaginables de concurrencia coordinada, en aras de la seguridad jurídica y para facilitar el ejercicio de la acción resarcitoria por parte la víctima (STS de 15 de noviembre de 1993, rec. 5403/1990; no obstante hay sentencias que, inversamente, defienden una interpretación rigurosa, por todas: STS de 3 de mayo de 1999, ECLI:ES:TS:1999:2985). Además, cuando el daño no deriva de alguna de aquellas fórmulas, la responsabilidad sigue siendo solidaria si no puede determinarse fácilmente la cuota que corresponde a cada una de las Administraciones implicadas, que es lo frecuente (art. 33.2 LRJSP).

71. Si quien contribuyó a la producción del daño no es la víctima, sino **un tercero que no es Administración**, no hay un criterio jurisprudencial claro. Algunas sentencias moderan la indemnización, como en los casos de culpa de la víctima (STS de 25 de mayo de 2000, ECLI:ES:TS:2000:4234), mientras que otras aplican la regla de la solidaridad, como en los casos de responsabilidad concurrente de varias Administraciones públicas (STS de 5 de noviembre de 1997, ECLI:ES:TS:1997:6588, respecto de la muerte de un recluso causada por otro recluso). Cabe pensar que esta última regla es la que mejor cohonesta todos los intereses en juego, especialmente en aquellos casos en los que la víctima difícilmente puede saber, antes de que se pronuncien los tribunales, en qué medida el daño ha sido causado por la Administración, por un tercero o por ambos.

72. Si el factor concurrente es un **hecho natural o no humano**, no hay una doctrina judicial que lo tome en consideración para minorar la indemnización, como sí ocurre con la culpa concurrente de la víctima y, a veces, con la intervención de tercero. No obstante, hay una "práctica no escrita de distribución" (BARRERO, 2009), que a veces se explicita.

73. Por ejemplo, el Consejo de Estado advierte que ciertos daños "se produjeron a resultas de una concurrencia de diversas causas: de una parte, causas de índole natural —caídas de aguas pluviales y movimientos sísmicos—, que pudieron contribuir al deslizamiento de la ladera; de otra, la falta de cuidado exigible por parte de la Administración, que no adoptó las medidas tendentes a asegurar la seguridad de la obra. Ello "obliga a ponderar la gravedad de cada una de las causas concurrentes y, en consecuencia, a moderar responsabilidades" (Dictámenes 1406/2006 y 1350/2006).

4.3.4. Fuerza mayor

74. Si uno de los factores que concurre en la producción del daño es un **suceso imprevisible o irresistible** que, en cuanto tal, escapa de la esfera de actuación de la Administración, se habla de fuerza mayor y a ella ha de atribuirse el daño con exclusión correlativa de la responsabilidad patrimonial (art. 1105 CC; STS de 11 de julio de 1995, ECLI:ES:TS:1995:4106). La virtualidad liberatoria de la fuerza mayor, establecida expresamente en la CE (106.2) y la LRJSP (art. 32.1), se justifica en términos de justicia y de prevención. Bajo este segundo punto de vista, ningún sentido tiene hacer responder a la Administración por un daño que esta no podía haber evitado (de ahí lo dispuesto en el art. 34.1 *in fine* LRJSP, que recoge la llamada cláusula de riesgos de desarrollo).

75. La **fuerza mayor** puede consistir en un **suceso natural** o en un **hecho humano**. Por ejemplo, si la propia víctima o un tercero contribuyeron decisivamente a la producción del daño mediante comportamientos que la Administración no podía prever ni evitar, a ellos habrá de imputarse el daño, sin que, en consecuencia, pueda establecerse la responsabilidad de aquella (STS de 4 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3999).

76. Un caso de intervención de terceros constitutiva de fuerza mayor: la SAN de 15 de abril de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:1479) negó la responsabilidad patrimonial de AENA por los daños derivados del cierre del espacio aéreo provocado por una "huelga salvaje" de controladores aéreos, al estimar que esta constituyó una situación absolutamente imprevisible, excepcional, grave, inevitable y ajena a la planificación propia de cualquier empresa, generada de manera premeditada y voluntaria por dichos controladores.

4.4. El problema de la culpa

77. En un régimen de **responsabilidad por culpa o negligencia**, el causante de un daño solo debe resarcirlo si infringió el deber de llevar el cuidado exigible. En cambio, bajo un régimen **responsabilidad objetiva** el causante de un daño debe resarcirlo con independencia de que su actuación fuera diligente o negligente, es decir, con independencia del nivel de cuidado que hubiera adoptado al desarrollar la actividad que lo causó.

78. La **culpa o negligencia** es la infracción de un deber de cuidado. La LRJSP no establece una cláusula general para determinar cuál es el cuidado exigible a las Administraciones públicas (al estilo de la prevista en el art. 1104 CC para los particulares). El criterio subyacente en muchas sentencias es que son exigibles aquellas precauciones cuyos beneficios sociales esperados (consistentes en la disminución del riesgo de accidentes derivada de adoptarlas, riesgo que resulta de multiplicar la probabilidad de causar un accidente por la magnitud de los daños que este produciría) son superiores a sus costes. La STS de 21 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:8344), por ejemplo, declara la responsabilidad de un Ayuntamiento por las lesiones sufridas por la actora al chocar con una puerta de cristal transparente por la que se accedía a un edificio municipal. La cuestión subyacente era si la Administración había cometido una negligencia al no señalizar la puerta con algún elemento visible. Los beneficios de señalizarla eran, obviamente, muy superiores a sus costes.

79. Para ilustrar la **responsabilidad objetiva** cabe tomar en consideración el caso siguiente: un camarero de treinta y siete años se desplazó a un centro de salud para recibir la vacuna antigripal, materializándose a los diez días un riesgo del que no fue informado, una dolencia muy grave, pero infrecuente (entre uno y nueve casos de cada 10.000 pacientes). Se trataba del síndrome de Guillain–Barré, que le provocó una disminución funcional del 85 por 100 determinante de que le concedieran la invalidez absoluta. El Tribunal Supremo subraya en primer término que el servicio sanitario funcionó correctamente, pues en estos casos no hay obligación de informar sobre riesgos como el desencadenado: "una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna". Destaca, en segundo término, que, aunque la vacunación era formalmente voluntaria y la víctima no estaba siquiera en alguno de los grupos de riesgo para los que se recomienda fuertemente, no puede perderse de vista que la Administración la ha promovido y favorecido "en la búsqueda del interés general" a sabiendas de que unos pocos padecerán reacciones adversas graves. Por eso la "carga social" que ha afectado al reclamante "ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanan de la programación" de estas campañas. Se estima íntegramente el recurso, otorgando los 468.699,42€ solicitados (STS de 9 de octubre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:6645). En el mismo sentido, refiriéndose a la vacuna de la COVID-19, la STSJ de Extremadura de 3 de mayo de 2024, ECLI:ES:TSJEXT:2024:394.

80. Una de las principales innovaciones de la cláusula general establecida inicialmente por el artículo 121 LEF fue admitir la responsabilidad objetiva, denominada literalmente **"responsabilidad por funcionamiento normal"**. Sin necesidad de que una ley la hubiera previsto específicamente, con el solo soporte de esa nueva cláusula de RPA, podía ordenarse la reparación del llamado **"sacrificio especial"**, entendido como daño deliberada y lícitamente causado en beneficio del interés general. Además de los daños vacunales producidos en casos como el expuesto en el párrafo anterior, cabe señalar a modo de ejemplo los perjuicios personales o patrimoniales ocasionados por las fuerzas de seguridad a terceros para combatir proporcionadamente una actividad delictiva; o las pérdidas patrimoniales de establecimientos comerciales causadas por las obras públicas, cuando estas no produzcan un beneficio igualmente significativo que las compense.

81. La nueva responsabilidad por funcionamiento "normal" canalizaba también la aplicación de la teoría del **riesgo específico**, doctrinalmente muy elaborada ya por entonces y, en cierto modo, manifestación de la del sacrificio especial. Se refiere a actividades particularmente peligrosas, que entrañan riesgos adicionales al general de la vida, actividades que llevan consigo una potencialidad dañosa extraordinaria y susceptible de actualizarse, aunque se adopten todas las cautelas debidas. De acuerdo con la teoría del riesgo específico, el legislador, aunque sepa de antemano que serán muchos y frecuentes los daños derivados de esas actividades, puede permitirlas y promoverlas en atención al interés general, pero protegiendo a las víctimas con cargo al patrimonio de los concretos beneficiarios, esto es, de aquellos sujetos que desplegaron el riesgo permitido y actualizado a la postre. Se justifica así una responsabilidad objetiva basada en el riesgo especial autorizado o promovido, que surge aun sin culpa o negligencia de la Administración, salvo que el menoscabo provenga de una fuerza mayor exógena, extraña al peligro desplegado; el caso fortuito o fuerza mayor endógena (interna al riesgo) carece de virtualidad exoneradora. Hay expresiones legislativas concretas de esta responsabilidad objetiva por riesgo (p. ej., en materia de circulación de vehículos a motor, navegación aérea o energía nuclear). La jurisprudencia administrativa ha basado igualmente en el riesgo la responsabilidad de la Administración derivada del uso de armas de fuego por parte de agentes de policía (*supra* § 32.49).

82. Una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia acabaron interpretando, no ya que el sistema admite la responsabilidad objetiva por sacrificio especial, sino que proscribe en todo caso la subjetiva, como si la culpa no tuviera nada que decir

en caso alguno, es decir, como si no hubiera supuestos cuya regla de responsabilidad es la basada en el incumplimiento de un deber de cuidado (**panobjetivismo**). En este sentido se interpretaron durante largo tiempo los preceptos legislativos que desde 1954 disponían que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos siempre que esta sea "consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" (arts. 121 LEF, 139.1 LRJPAC y 32.1 LRJSP). Incluso el Tribunal Constitucional ha llegado a sostener que ese carácter objetivo viene impuesto por el artículo 106.2 CE (SSTC 112/2018 y 79/2019).

83. Sin embargo, aquí existe una falta de correspondencia sistemática y profunda entre lo que **nuestros tribunales** dicen y lo que realmente hacen, entre los argumentos que dan para motivar sus decisiones y el contenido de estas. Salvo en contadas ocasiones, **aplican *de facto* una regla de responsabilidad por culpa**: solo condenan a la Administración cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso del servicio público, cuando sus agentes han omitido el cuidado exigible.

84. Para introducir esta regla, los tribunales se sirven de varios artificios argumentales. En ocasiones, **ocultan el requisito de la culpa bajo el del nexo causal**. Si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, declaran que el daño sufrido por la víctima no fue causado por el funcionamiento de los servicios públicos (STS de 19 de junio de 1998, ECLI:ES:TS:1998:8602). Otras veces, simplemente dicen que el criterio de la objetividad ha de "modularse" en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique convincentemente por qué hay que hacer una excepción (STS de 15 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1084). La estrategia más frecuentemente utilizada consiste en recurrir a la "antijuridicidad del daño": si la Administración adoptó las medidas de cuidado exigibles, la víctima tiene el "deber de soportar" el daño sufrido, que, por ende, no sería "antijurídico" (*supra* § 32.44-45).

85. La STS de 23 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6848) ofrece un ejemplo entre cientos. Se trata de un caso de **muerte por caída en el interior de una antigua mina** al ceder la cubierta que ocultaba la entrada. Señala el Tribunal que la RPA es "objetiva o de resultado"; que "lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado"; y que "es indiferente la calificación" del funcionamiento del servicio de la que deriva el daño, porque este genera responsabilidad tanto si es normal como anormal. Sin embargo, no resuelve en coherencia con estos postulados, pues, al confirmar el criterio del órgano judicial *a quo* y declarar la antijuridicidad del daño producido, fundamenta materialmente la condena al Ayuntamiento de Boiro (Galicia) en la culpa o negligencia, esto es, en el incumplimiento de "su obligación de mantener un terreno abierto al uso de los vecinos, según los estándares mínimos necesarios para la seguridad de estos y más cuando era conocedor de que el suelo por su anterior destino podía presentar oquedades, pozos ocultos o desniveles y precisamente de ese incumplimiento se derivó el fallecimiento del esposo de la actora que se precipitó al interior de una mina como consecuencia de ceder bajo sus pies la cubierta que ocultaba la bocamina que no estaba debidamente señalizada ni asegurada, como hubiera debido estarlo".

86. Actualmente, la doctrina mayoritaria defiende que la RPA por negligencia ha de tener un importantísimo espacio dentro del sistema vigente, que, al fin y al cabo, se refiere también a la **"responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos"**. De modo que, aunque hay discrepancias en torno a qué ámbitos han de regirse por la responsabilidad subjetiva y cuáles han de hacerlo por la responsabilidad objetiva, la academia está respaldando sustancialmente la práctica judicial, si bien insiste en que la culpa debiera aplicarse abiertamente, sin acudir a la serie indicada de artificios.

87. Se ha **justificado de dos maneras diferentes**, aunque complementarias, que la regla de la responsabilidad objetiva ("por funcionamiento normal", art. 32.1 LRJSP) tenga un limitado ámbito de aplicación y, por tanto, que la culpa ("funcionamiento anormal") gobierne la mayoría de los casos de RPA. La **primera** consiste en destacar que la responsabilidad objetiva no es sin más una responsabilidad basada en la simple causación de un daño, sino un régimen que sustituye la culpa por otra buena razón (o título de imputación), que es la **cosificación o instrumentalización de un individuo**. La hay cuando el poder público utiliza legítimamente a una persona como un medio para beneficiar a otros (interés general) o, más precisamente, cuando causa coactivamente un mal (o impone un riesgo extraordinario materializado a la postre) con la finalidad de obtener ventajas sociales a expensas de una víctima que no ha cometido acto de agresión alguno, siempre que los beneficios generales derivados de la vida comunitaria o los especiales que, eventualmente, resulten de la intervención lesiva no compensen el daño causado. En estos casos, la responsabilidad objetiva sin culpa sirve, justamente, para contrarrestar la cosificación, esto es, para devolver a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva (art. 10.1 CE). Si no hay daño deliberado ni imposición de riesgos extraordinarios o si, habiéndolos, responden a agresiones o amenazas de la propia víctima, no hay cosificación ni, por tanto, responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos. Se entiende por ello que no haya responsabilidad objetiva en la mayor parte de los daños cuya reparación se reclama, que derivan de medidas destinadas a evitar comportamientos perjudiciales (p. ej., denegación de licencia, prohibición de inmisiones contaminantes, daño causado en defensa propia por un agente de policía) o son puramente accidentales (p. ej., fallecimiento propiciado por un error de diagnóstico, caída causada por obstáculos en la calzada, incorrecta denegación de prestaciones públicas). La única responsabilidad posible será entonces la basada en el mal funcionamiento de los servicios públicos (MEDINA, 2012 y 2023; RODRÍGUEZ, 2021 y 2022; MEDINA y RODRÍGUEZ, 2019).

88. La **otra justificación** resulta de que, en la mayoría de los casos, la **responsabilidad por culpa produce más beneficios sociales** netos que la responsabilidad objetiva. Bajo una regla de responsabilidad por culpa, las víctimas soportan el coste de los accidentes ocurridos cuando todas las personas implicadas han llevado el cuidado exigible. Esta regla, por lo tanto, encarece la actividad de las potenciales víctimas y reduce los incentivos que estas tienen para desarrollarla. Correlativamente, propicia que los potenciales causantes aumenten su actividad por encima del nivel socialmente óptimo, en la medida en que se benefician del aumento y no soportan aquel coste. Por el contrario, en un régimen de responsabilidad objetiva, son los causantes los que soportan dicho coste. Esta regla, en consecuencia, encarece la actividad de estos y minora sus incentivos para llevarla a cabo. Correlativamente, propicia que el volumen de actividad de las potenciales víctimas resulte excesivo, pues estas en principio se benefician del exceso y no han de cargar con el referido coste. Así las cosas, la responsabilidad objetiva resulta preferible cuando el riesgo de que los potenciales causantes se excedan en su nivel de actividad (p. ej., uso de armas de fuego por la policía) es peor que el riesgo de que las potenciales víctimas incurran en un exceso análogo o cuando conviene fomentar la actividad de estas por las externalidades positivas que genera (p. ej., vacunaciones). En caso contrario, la responsabilidad por culpa resulta preferible. Piénsese, por ejemplo, en los daños que puede ocasionar la Administración al ejercer ilegalmente, pero sin negligencia, sus poderes de control de una instalación industrial contaminante. Esta última regla tiene, además, la ventaja de que, a través de los correspondientes pleitos, genera información acerca de las medidas de cuidado que los agentes públicos deberían haber adoptado para prevenir los correspondientes daños, información que puede ser utilizada con este fin por todas las personas que se encuentren en una situación análoga. Además, el hecho de que los agentes públicos no internalicen totalmente los costes sociales de la RPA (*supra* § 32.13) mina la eficacia preventiva de la responsabilidad objetiva. Y esta también acentúa el riesgo de que los agentes públicos adopten medidas de "autoprotección", dirigidas a evitar la RPA y contrarias a los intereses generales (DOMÉNECH, 2022).

5. LA INDEMNIZACIÓN

5.1. El principio de reparación integral y sus excepciones

89. En el caso de que concurran los requisitos de la RPA, la víctima tiene derecho a obtener una **compensación económica por el daño** sufrido. Como su nombre indica, esta compensación ha de dejar indemne a la víctima, ha de restablecer el nivel de bienestar en el que esta se encontraría de no haber intervenido el hecho lesivo. Con arreglo al denominado **principio de indemnidad o reparación integral**, la magnitud de esa compensación debe equivaler a la del daño experimentado por la víctima, ni más ni menos. Este principio tiene varias manifestaciones, entre ellas la *compensatio lucri cum damno* y el principio valorista.

90. ***Compensatio lucri cum damno***. Conforme a este principio deben ponderarse las ventajas obtenidas por el perjudicado como consecuencia (directa, indirecta o incidental) del hecho dañoso para impedir que su resarcimiento suponga un incremento patrimonial carente de justificación (enriquecimiento injusto), pues se trata de consecuencias perjudiciales que, por razón de tales beneficios, dejan de serlo, total o parcialmente.

91. Piénsese en el empresario obligado a cerrar su local comercial como consecuencia de la remodelación de la vía pública, pero que gracias a esta **obtendrá mayores ingresos**; el funcionario o trabajador por cuenta ajena que, durante el período de su incapacidad temporal, sigue percibiendo total o parcialmente su sueldo; o el incapacitado permanente que deja de percibir su nómina (lucro cesante, al dejar de trabajar), pero que, no obstante, es beneficiario de una **pensión social** (STS, Social, de 17 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6502).

92. **Principio valorista**. El principio de reparación íntegra exige que se valore el daño atendiendo a la fecha en que se produjo (fue entonces cuando surgió la obligación de repararlo), pero actualizando la cantidad a la fecha de la sentencia. Si el dinero pierde valor, el mantenimiento de este exige la elevación de su nominal para que la indemnización cumpla por completo su función restauradora. No se trata de cobrar o pagar más, sino lo mismo que si el abono hubiera tenido lugar en la fecha del siniestro. Aparece expresamente consagrado en el artículo 34.3 LRJSP.

93. **En ocasiones**, sin embargo, hay buenas razones para que la **compensación exigible sea inferior o superior al daño sufrido**. Lo primero ocurre, por ejemplo, cuando: se aplica la responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (*supra* § 32.56-60); el daño ha sido causado por las culpas concomitantes de la víctima y de la Administración (*supra* § 32.69); o se trata de un daño moral, es decir, de una pérdida de bienestar que ni el dinero ni bienes intercambiables por este pueden compensar de manera perfecta (*supra* § 32.36-37). Lo segundo ocurre cuando los tribunales imponen compensaciones punitivas (*punitive damages*), típicamente con el objeto de incrementar la eficacia preventiva de la RPA en casos en los que esta es insuficiente, por ejemplo, cuando se trata de: daños dolosos o gravemente negligentes; casos en los que la Administración tiene una elevada probabilidad de eludir su responsabilidad porque la mayoría de las víctimas no reclama, etc. La legislación administrativa española, sin embargo, no contempla explícitamente estas compensaciones punitivas, que en la práctica judicial son infrecuentes.

94. De acuerdo con una antigua doctrina jurisprudencial hoy abandonada, cuando la Administración expropiaba ilegalmente un bien y su devolución al expropiado no resultaba posible, este

tenía derecho a una indemnización equivalente al justiprecio expropiatorio incrementado en un 25 por 100. *Vid*. las SSTS de 25 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5836) y 18 de enero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:171). Esta doctrina se abandona por la STS de 12 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2176), en aplicación de la DA 2.ª LEF, redactada con arreglo a la disp. final 2ª de la Ley 17/2012.

95. Da la impresión de que algunas de las indemnizaciones por daños morales extraordinariamente elevadas que los tribunales imponen en ocasiones a las Administraciones públicas **"esconden" en realidad una sanción** por actuaciones administrativas que los jueces estiman especialmente reprochables. *Vid*., por ejemplo, el AAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:APSE:2005:1436A).

5.2. Modalidades y cuantificación

96. Como regla general, la indemnización debe consistir y, de hecho, casi siempre consiste en una **cantidad alzada de dinero pagada de una sola vez**. Solo si concurren cumulativamente tres condiciones puede satisfacerse en especie o mediante pagos periódicos: cuando "resulte más adecuado para lograr la reparación debida", "convenga al interés público" y "exista acuerdo con el interesado" (art. 34.4 LRJSP).

97. La indemnización pecuniaria es prácticamente siempre el modo en que la Administración responde patrimonialmente por el daño causado. El gran problema que presenta su cuantificación es que el daño —la pérdida de bienestar sufrida por la víctima como consecuencia del correspondiente accidente— es un fenómeno intrínsecamente subjetivo y no directamente observable. La **dificultad de la cuantificación** se acentúa cuando se trata de daños no patrimoniales, que afectan a bienes que carecen de un precio de mercado que pueda servir como valor razonablemente aproximado. El legislador y la jurisprudencia han establecido algunos criterios con el fin de lograr un equilibrio entre varios objetivos: precisar el daño que ha sufrido realmente la víctima; minimizar el tiempo y el esfuerzo que hay que invertir en la cuantificación; y evitar que se otorguen indemnizaciones dispares en casos sustancialmente iguales.

98. El artículo 34.2 LRJSP establece, en relación con los **daños patrimoniales**, que la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. Y, en relación con los casos de **muertes o lesiones corporales**, contempla la posibilidad, que ya había reconocido anteriormente la jurisprudencia, de tomar como referencia la valoración prevista en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social. En ambos casos, la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión se produjo efectivamente, sin perjuicio de su actualización (art. 34.3 LRJSP).

6. VÍAS DE EXIGENCIA

6.1. Vía judicial

99. Hubo un momento en el que los órganos de hasta cuatro órdenes jurisdiccionales se estimaban competentes para conocer de pretensiones de RPA en casos muy similares, lo cual generaba el riesgo del llamado "peregrinaje de jurisdicciones" (la posibilidad de que las víctimas cometiesen costosos errores en la elección de la jurisdicción competente) y el riesgo de que se produjesen divergencias jurisprudenciales en la interpretación de las normas sustantivas aplicables.

100. Con el objeto de evitar estos y otros problemas, el legislador ha tratado en las últimas décadas de **unificar en la jurisdicción contencioso–administrativa la competencia** para juzgar todos los casos de RPA (art. 9.4 LOPJ). Sin embargo, la unificación no se ha logrado completamente. Todavía hay pretensiones de RPA cuyo conocimiento se atribuye a otros órdenes jurisdiccionales. Los supuestos más relevantes son los previstos en los artículos 120 y 121 CP. Este último permite que, en el proceso penal seguido contra autoridades y funcionarios públicos por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones, las víctimas ejerzan una acción de responsabilidad civil contra aquellos y, subsidiariamente, contra las Administraciones correspondientes.

101. En favor de esta acumulación se han aducido razones de economía procesal y la necesidad de evitar sentencias contradictorias. En contra, el riesgo de que los servidores públicos acusados acaben siendo condenados, a pesar de ser inocentes, para que las víctimas puedan ser indemnizadas sin tener que acudir a un posterior proceso contencioso–administrativo (DOMÉNECH, 2009).

102. Otro supuesto importante es el de la atribución a la **jurisdicción social** del conocimiento de las pretensiones de RPA relativas a daños derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las Administraciones públicas [art. 2.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; STS de 10 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4190].

103. Ocurre a veces que las víctimas, en lugar de reclamar a la Administración en las vías administrativa y contencioso–administrativa, prefieren ejercer en la jurisdicción civil la acción directa **contra la aseguradora** de la responsabilidad patrimonial de aquella, típicamente en casos de daño médico–sanitario, pues estiman que el orden civil es más generoso o proclive a aceptar la existencia de responsabilidad.

6.2. Vía administrativa previa

104. Para obtener la declaración de RPA y la indemnización correspondiente, antes de acudir a la jurisdicción contencioso–administrativa, las víctimas deben formular una **solicitud** en vía administrativa ante la entidad pública causante del daño. Las víctimas no están obligadas a formular esta solicitud previa cuando plantean sus pretensiones de RPA ante la jurisdicción penal o social, ni tampoco cuando reclaman

en vía contencioso–administrativa una indemnización por los daños ocasionados por una actuación administrativa —ya se trate de un acto singular, disposición general o vía de hecho— ilícita. En este segundo caso, pueden acumular una pretensión indemnizatoria a la pretensión de que se declare la ilicitud de la actuación impugnada (arts. 31, 32, 34, 35 y 65 LJCA). El procedimiento administrativo de RPA puede iniciarse también de oficio, aunque esto rara vez ocurre.

105. Cuando las indemnizaciones reclamadas superan cierta cuantía, es **preceptivo el dictamen** del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano autonómico homólogo (art. 81.2 LPAC). Cuando se trata de reclamaciones por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ha de informar además el Consejo General del Poder Judicial (art. 81.3 LPAC).

106. En el caso de que el órgano competente considere inequívocas la existencia de RPA y la valoración del daño y la indemnización, podrá acordar la tramitación de un procedimiento **simplificado** (art. 96.4 LPAC).

107. El **plazo** para resolver expresamente y notificar la resolución adoptada es de seis meses, transcurridos los cuales la víctima puede entender desestimada su solicitud por silencio administrativo (art. 91.2 LPAC). La **resolución** adoptada agota la vía administrativa. Cabe, no obstante, la terminación mediante acuerdo entre la Administración y los interesados (art. 86.5 LPAC).

108. Hay que hacer referencia, en fin, a las especialidades procedimentales de la responsabilidad por daños causados a terceros con ocasión de la ejecución de los **contratos públicos**. El perjudicado puede tener dificultad para identificar el sujeto al que dirigir su pretensión resarcitoria, la Administración contratante o el contratista. La legislación viene permitiéndole por ello que en el plazo de un año presente ante el órgano de contratación un requerimiento con el fin de que la Administración, oído el contratista, aclare a cuál de las partes resulta imputable el hecho lesivo (hoy, art. 196.3 LCSP). Si se atribuye en exclusiva al contratista, el perjudicado tendrá abierta la vía civil. Si, en cambio, se imputa a la Administración (en exclusiva o en concurrencia con el contratista), habrá de formular la reclamación administrativa y, en su caso, el correspondiente recurso contencioso–administrativo [arts. 32.9 LRJSP, 82.5 LPACAP y 2 e) LJCA].

109. No han faltado pronunciamientos jurisprudenciales que declaran la responsabilidad de la Administración por no aclarar en la forma expuesta la parte contratante a la que debía imputarse el hecho lesivo, sin perjuicio de la acción de repetición contra el contratista, si el daño no derivase de una orden o irregularidad de aquella (por ejemplo, STS de 7 de abril de 2001, ECLI:ES:TS:2001:2949).

6.3. Prescripción

110. El legislador español contempla para las pretensiones de RPA un plazo de prescripción de **un año**, coincidente con el previsto con carácter general en el Código Civil (art. 1968.2) y notablemente más breve que el establecido en otros países cercanos. Para determinar cuándo comienza a correr este plazo, la LPAC dispone, a modo

de regla general, que "el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motiva la indemnización o se manifiesta su efecto lesivo" (art. 67.1.I). Seguidamente, contempla **tres reglas especiales**: 1ª. Respecto de los daños de carácter físico o psíquico a las personas, "el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas" (art. 67.1.I *in fine* LPAC); 2ª. En los casos en los que el daño deriva de la anulación de un acto o disposición de carácter general, el derecho prescribe al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva (art. 67.1.II LPAC); 3ª. En los casos de RPA por daños derivados de leyes inválidas, el plazo termina un año después de la publicación oficial de la sentencia del TC o del TJUE que declara la invalidez (art. 67.1.III LPAC).

111. Un ejemplo de los cuestionables resultados a los que, en ocasiones, conduce la interpretación literal de esas reglas lo ofrece la STS de 10 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2774), que declara que, "como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado". Nótese que, en el momento en el que la sentencia anulatoria adquiere firmeza, es muy probable que el titular del inmueble todavía no haya sufrido el daño efectivo requerido para exigir la RPA. Normalmente, ese daño solo se hará efectivo con la posterior demolición, que, además, puede no tener lugar, por ejemplo, si se declara la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia anulatoria (art. 105.2 LJCA).

112. Estas cuatro reglas plantean numerosos **problemas interpretativos y aplicativos**, para cuya resolución el Tribunal Supremo ha desarrollado algunos criterios jurisprudenciales. Con cierta frecuencia, invoca, de manera un tanto tópica e inconsistente, la llamada doctrina de la *actio nata*, reflejada en artículo 1969 CC, donde puede leerse que "el tiempo para la prescripción de las acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". Sin embargo, como ocurre en otros aspectos de la RPA (*supra* § 32.44-45, 58, 67 y 83-86), el criterio aplicado *de facto* en la mayoría de las ocasiones es otro: el plazo comienza a correr cuando la víctima tiene la posibilidad jurídica y fáctica de ejercer la pretensión de RPA y, además, conoce o puede razonablemente conocer, empleando la diligencia exigible, los hechos que la fundamentan (*vid.* el art. 1968.2º CC y la STS de 22 de septiembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3534). Este criterio permite cohonestar de manera más equilibrada que el anterior todos los intereses legítimos implicados (CANO, 2019).

113. A los efectos de aplicar dicho criterio, conviene tener en cuenta que los daños pueden manifestarse y, por lo tanto, conocerse en **distintos momentos**. Los denominados daños inmediatos se manifiestan en el momento en el que se produce el hecho lesivo, mientras que los diferidos o tardíos lo hacen posteriormente. Hay daños que se prolongan durante un tiempo y no se sabe cómo van a evolucionar, por lo que todavía no es posible precisar su alcance. Otros, los denominados permanentes, ya se han estabilizado o manifestado definitivamente, por lo que ya pueden ser determinados con el suficiente grado de certeza. Por eso puede ocurrir que, una vez reclamados, reconocidos y liquidados los daños padecidos en un accidente, puedan reclamarse, reconocerse y liquidarse otros, si se han manifestado o estabilizado después.

7. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

114. El artículo 121 CE dispone que "los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración

de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley". Este precepto ha sido desarrollado en los artículos 292-296 LOPJ, que contemplan tres supuestos de RPA.

7.1. Responsabilidad por error judicial

115. El Tribunal Supremo ha interpretado el concepto de **error judicial** en un sentido muy restrictivo. Este error: 1º) tiene que haber sido cometido en una resolución judicial; 2º) no puede ser rectificado mediante recursos; 3º) debe ser determinante del contenido de la decisión judicial errónea; 4º) puede ser de hecho o de derecho; y 5º) ha de ser "craso, patente, indubitado, incontestable", etc. De hecho, muy rara vez se declara su existencia.

116. *Vid.*, p. ej., las SSTS de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3302 y ECLI:ES:TS:2015:3398). Con esta **concepción restrictiva del error judicial**, el Tribunal Supremo trata seguramente de contener el número de casos en los que los justiciables pretenden que se declare una RPA que, en nuestra opinión, es muy cuestionable fuera del **ámbito penal**, cuando menos desde una perspectiva *de lege ferenda*. En este ámbito, las condenas erróneas son mucho más costosas que las absoluciones erróneas. De ahí que las primeras, a diferencia de las segundas, siempre pueden ser revisadas cuando aparecen nuevas pruebas que evidencian la equivocación (art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Dichas condenas generan dos tipos de costes sociales: los que conlleva directamente el cumplimiento de la pena y los que supone la pérdida de eficacia preventiva del Derecho penal, provocada por el hecho de que castigar a los inocentes reduce los beneficios esperados de respetar la ley. La corrección de las condenas erróneas es siempre preferible a la RPA, pues aquella elimina ambos costes, mientras que esta solo neutraliza el segundo. La RPA es un remedio razonable, pero solo con carácter subsidiario, en la medida en que no sea posible la corrección (por ejemplo, porque el condenado ya ha cumplido íntegramente la pena impuesta). De hecho, numerosos ordenamientos jurídicos consagran la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados por sentencias firmes que impusieron indebidamente una pena. Esta es la solución que prevé también el artículo 3 del Protocolo núm. 7 del CEDH, así como el artículo 14.6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El referido requisito jurisprudencial de que el error judicial sea craso y evidente resulta incompatible con estos preceptos y, por consiguiente, debe ser abandonado al menos en los casos de sentencias penales condenatorias

117. Los errores judiciales cometidos **fuera de la esfera penal** generan típicamente dos resultados socialmente disvaliosos: el enriquecimiento injusto de una persona y el empobrecimiento injusto de otra. Rectificar estos errores es siempre preferible a resarcirlos con cargo al erario, pues la rectificación neutraliza ambos efectos, mientras que el resarcimiento solo elimina el segundo. Ahora bien, el legislador no permite, por regla general, que las sentencias no penales firmes sean revisadas y eventualmente corregidas (p. ej. art. 102 LJCA), porque los costes —de procedimiento y para la seguridad jurídica— de la revisión exceden normalmente de sus beneficios esperados. Pues bien, si revisar y corregir una sentencia firme eventualmente errónea es posible pero ineficiente, revisarla para compensar eventualmente a las víctimas con cargo a los contribuyentes todavía lo será más. Si la rectificación es posible, pero se excluye por razones de seguridad jurídica y eficiencia, con mayor razón debería excluirse la RPA (DOMÉNECH, 2016).

118. La reclamación de indemnización por error judicial debe ir **precedida de una declaración judicial** que expresamente lo reconozca. Esta puede resultar de una sentencia dictada en virtud de un recurso extraordinario de revisión o pretenderse ante el Tribunal Supremo a través de un procedimiento autónomo (art. 293 LOPJ).

7.2. Responsabilidad por prisión preventiva no seguida de condena

119. En su redacción original, el artículo 294 LOPJ disponía que tendrían derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, fuesen **absueltos** "por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa" hubiese sido dictado auto de sobreseimiento libre. La STC 85/2019, sin embargo, declaró inconstitucional, por vulnerar los principios de igualdad y presunción de inocencia, el inciso de este precepto que limitaba la RPA a los casos de inexistencia (objetiva) del hecho imputado. No tiene mucho sentido tratar desigualmente aquí a los inocentes que fueron absueltos porque no existieron los hechos delictivos que se les imputaban y a los inocentes que fueron absueltos porque los hechos imputados, aun existentes, no fueron cometidos por ellos.

120. Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha venido a extender dicha RPA a todos los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución, sobreseimiento libre (STS de 10 de octubre de **2019**, ECLI:ES:TS:2019:3121) o incluso sobreseimiento provisional (STS de 22 de septiembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3757), si bien las indemnizaciones reconocidas suelen ser muy bajas.

7.3. Responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

121. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, este supuesto tiene un **carácter residual**. Comprende cualquier tipo de funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia que no consista en una apreciación errónea de los hechos o del Derecho cometida en una resolución jurisdiccional. Los casos más frecuentes en la práctica son los de deterioro o pérdida de objetos valiosos depositados en las oficinas judiciales y, sobre todo, el del retraso en la realización de actuaciones procesales.

7.4. Responsabilidad por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional

122. La STS de 26 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7422) declaró que del artículo 9.3 CE "deriva directamente" una "garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular" y, en particular, las **dilaciones indebidas** en que este pueda haber incurrido al resolver un recurso de amparo.

123. El procedimiento de exigencia de esta responsabilidad se regula en el artículo 32.8 LRJSP. Para declararla, se requiere que el Tribunal Constitucional aprecie su funcionamiento anormal en la tramitación de algún recurso de amparo o cuestión de inconstitucionalidad, lo cual resulta cuestionable, pues parece difícil que el Tribunal pueda juzgar con la debida objetividad su propia actuación (COBREROS, 2010).

8. RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL LEGISLADOR

124. Esta responsabilidad tiene un origen jurisprudencial. El Tribunal Supremo la declaró a pesar de no haber sido prevista específicamente por la Constitución ni por el legislador, que luego ha tratado de someterla a condiciones muy estrictas. Según las SSTS de 26 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7422) y 27 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7515), aquella puede entenderse comprendida en la "responsabilidad de los poderes públicos" garantizada en el artículo 9.3 CE.

8.1. Responsabilidad por leyes ajustadas a Derecho

125. El Tribunal Supremo ha declarado la RPA en varios casos en los que una ley en sí misma ajustada a Derecho imponía a determinadas personas un **sacrificio** que debía ser compensado porque así lo exigían ciertos principios constitucionales, como el de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas (arts. 14 y 31.1 CE) o el de protección de la confianza legítima o seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

126. Por ejemplo, el artículo 13.3 de la Ley extremeña 8/1990, de 21 de diciembre, prohibió el **ejercicio de la caza** en los parques naturales, si bien contempló la posibilidad de hacer excepciones puntuales mediante autorización administrativa. La STS de 20 de enero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:183) condenó a la Junta de Extremadura a indemnizar a la actora, propietaria de terrenos enclavados en el Parque Natural de Monfragüe, por considerar que se le había impuesto un "sacrificio especial" consistente en la "privación del reconocimiento del derecho de caza".

127. Si el legislador excluye inequívocamente la indemnización, la ley será **inconstitucional** por vulnerar dichos principios. Si la ley calla al respecto, los tribunales ordinarios pueden interpretar el silencio legislativo de conformidad con la Constitución, es decir, pueden entender que el legislador ha querido que los afectados queden indemnes y, en consecuencia, estimar sus reclamaciones sin necesidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 28/1997, FJ 7, y 248/2000, FJ 4).

128. El artículo 32.3.I LRJSP, sin embargo, dispone que "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen".

129. En nuestra opinión, este precepto no puede ser interpretado en el sentido de que las Administraciones responden de las lesiones causadas a los particulares por leyes ajustadas a Derecho *solo* cuando así se establezca en esas leyes y en los términos previstos por ellas, pues semejante interpretación sería inconstitucional. Si ciertos principios constitucionales exigen que la Administración resarza determinados daños causados por una ley, **el legislador no puede excluir este resarcimiento**. Dicho precepto debe ser interpretado de conformidad con la Constitución, en el sentido de que no excluye la responsabilidad de la Administración por tales daños.

130. Una ley en sí misma ajustada a Derecho que impone a determinadas personas, de manera deliberada, el sacrificio especial de un derecho o interés legítimo (de índole patrimonial) puede ser considerada, en realidad, como una **expropiación legislativa** (*supra* § 26.5), que debe venir acompañada de una indemnización (art 33.3 CE). El problema de precisar en qué casos debe responder o no la Administración por los daños causados por tales leyes es, en realidad, el problema de distinguir entre una regulación expropiatoria y una delimitación de la propiedad no indemnizable. Los criterios aplicables para resolver ambos problemas son sustancialmente los mismos.

131. La jurisprudencia y la doctrina han utilizado, de modo ecléctico y poco coherente, varios criterios con este objeto: el número de personas afectadas por la regulación; la intensidad de la restricción o privación de sus derechos; la existencia de beneficiarios, que se enriquecen como consecuencia de la regulación; la previsibilidad de esta; el carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita, etcétera.

8.2. Responsabilidad por leyes inconstitucionales

132. El Tribunal Supremo alumbra esta RPA en una serie de sentencias en las que declara que los ciudadanos afectados por la aplicación de una ley tributaria luego declarada inconstitucional pueden exigir de la Administración, en el plazo de un año desde la publicación oficial de la sentencia constitucional anulatoria, el resarcimiento de los perjuicios causados por la aplicación de esa ley, aunque no hubieran ejercido las acciones dirigidas al restablecimiento de sus derechos lesionados, o aunque las hubieran ejercido y hubieran obtenido una resolución administrativa o judicial desestimatoria firme (SSTS de 29 de febrero de 2000, ECLI:ES:TS:2000:1574; 13 de junio de 2000, ECLI:ES:TS:2000:4836; y 15 de julio de 2000, ECLI:ES:TS:2000:5880). Esta RPA supone, pues, una suerte de "**segunda oportunidad**" de tutela para los afectados por la ley inválida.

133. Esta RPA cuenta hoy con una regulación legislativa específica. Para que nazca, deben concurrir cumulativamente los siguientes **requisitos**: 1º) la aplicación de la ley debe haber ocasionado un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar; 2º) el daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado (art. 32.3.II LRJSP); 3º) la víctima debe haber obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa dictada en aplicación de la ley dañosa y, además, debe haber alegado la correspondiente infracción de la Constitución (arts. 32.4 y 32.5.I LRJSP); 4º) solo son resarcibles los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación oficial de la sentencia que anula la ley considerada, salvo que la sentencia disponga otra cosa (art. 34.1.II LRJSP); y 5º) el derecho a reclamar prescribe al año de la referida publicación (art. 67.1.III LPAC).

134. El **Tribunal Supremo** ha interpretado estos requisitos en un sentido muy favorable a la exigencia de RPA (SSTS de 14 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2922; 27 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3324; y 18 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3936).

9. RESPONSABILIDAD CONFORME AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

135. El Derecho originario de la Unión Europea no contempla la responsabilidad civil extracontractual de sus Estados miembros, sino solo la de la Unión (art. 340.II TFUE). El Tribunal de Justicia, sin embargo, ha entendido que esta responsabilidad se extiende también a dichos Estados cuando infringen el Derecho de la Unión (STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, C-6/90 y C-9/90, §§ 33-36).

136. Con arreglo a su consolidada jurisprudencia, debe declararse la indicada responsabilidad si concurren cumulativamente tres **requisitos**: 1º) la entidad responsable ha de haber infringido una norma europea que tiene por objeto conferir derechos a los reclamantes; 2º) la infracción ha de ser "suficientemente caracterizada" o, con otras palabras, suponer una "inobservancia manifiesta y grave" del Derecho de la Unión; y 3º) ha de existir una relación de causalidad directa entre la infracción y el daño (p. ej., STJUE de 5 de marzo de 1996, *Brasserie*, C-46/93 y C-48/93). A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español y en el de otros países europeos, "en el estado actual de la evolución" del Derecho de la Unión, ni esta ni sus Estados miembros responden patrimonialmente en caso alguno de los daños causados por actuaciones **lícitas** (STJUE de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM y otros*, C120/06 P y C121/06 P, § 176).

137. El TJUE ha elaborado esta doctrina con abstracción del tipo de autoridad nacional (administrativa, judicial o legislativa) causante la infracción lesiva del Derecho europeo, a modo de estándar mínimo de protección al que deben ajustarse los sistemas y procedimientos nacionales de exigencia de esta responsabilidad. Si el daño es atribuible a la Administración, se aplica el régimen general de la RPA (arts. 32.1 y 33-35 LRJSP), que, en principio, no solo cumple, sino que eleva el señalado estándar (p. ej., no requiere la infracción de una norma que confiera derechos a los particulares). Si el daño es imputable a una resolución judicial, se aplica lo dispuesto en los artículos 292 y 293 LOPJ. Si es imputable al legislador, se aplica el régimen especial previsto en los artículos 32, apartados 3.b) y 5 LRJSP, y 67.1.III LPAC, que, en algunos aspectos, ha sido declarado por la STJUE de 28 de junio de 2022 (C-278/20) contrario al Derecho de la Unión Europea por dificultar excesivamente la responsabilidad.

10. RESPONSABILIDAD CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

138. Algunos tratados otorgan a los tribunales internacionales encargados de conocer de las violaciones de determinados derechos el poder de condenar a los Estados infractores a **compensar a las víctimas** (p. ej., art. 41 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950).

139. Otros tratados establecen "comités" con poderes para emitir "dictámenes" mediante los que pueden declarar violaciones similares cometidas por las autoridades nacionales y dirigirles **"recomendaciones"** para que proporcionen a las víctimas re-

paraciones e indemnizaciones adecuadas. Todavía no está del todo claro el valor jurídico de estos dictámenes, ni si, en qué medida y cómo pueden desencadenar la RPA.

140. La STS de 17 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2747) otorga a la recurrente una indemnización en un caso en el que: su hija había sido asesinada por su antigua pareja; el propio Tribunal Supremo había declarado previamente que la actora no tenía derecho a ser indemnizada por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (STS de 15 de octubre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:5349); y luego el Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) declaró que las **autoridades españolas no la habían protegido suficientemente**, vulnerando así sus derechos consagrados en este tratado internacional, y recomendó, entre otras medidas, otorgar a la reclamante una "reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos" (Dictamen de 16 de julio de 2014, comunicación núm. 47/2012). La STS de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2842), en cambio, niega el carácter vinculante de los dictámenes del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas "a los efectos de constituir prueba suficiente y bastante de la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración".

11. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS

141. De los daños causados a terceros por los servidores de las Administraciones públicas en el desempeño de sus cargos responden estas, sin perjuicio de que tales Administraciones, después de haber indemnizado a las víctimas, puedan repetir contra aquellos en el caso de que su actuación hubiese sido dolosa o gravemente negligente (art. 36.2 LRJSP). Además, también pueden exigir responsabilidad a sus servidores por los daños que estos les hayan causado en sus bienes o derechos con dolo o negligencia grave (art. 36.3 LRJSP).

142. La ley dispone que, en ambos casos, las Administraciones públicas "exigirán de oficio" dicha responsabilidad, lo que podría dar la impresión de que están obligadas a ello. Sin embargo, esta supuesta obligación queda muy diluida, en primer lugar, porque no hay mecanismos procesales que permitan ejecutarla forzosamente y, en segundo lugar, porque el propio legislador contempla la posibilidad de que no se exija la referida responsabilidad en función de ciertas circunstancias (art. 36.2.II LRJSP). De hecho, **las Administraciones públicas prácticamente nunca la exigen**.

143. En nuestra opinión, esta práctica es plausible. **Los servidores públicos no deberían responder civilmente** de los daños causados con negligencia en el ejercicio de sus cargos. Tal responsabilidad tendría seguramente dos consecuencias negativas. En primer lugar, el riesgo de tener que afrontar cuantiosas indemnizaciones induciría a los potenciales responsables a ejercer inadecuadamente sus funciones públicas y, en particular, a tomar medidas de "autodefensa", dirigidas a prevenir su propia responsabilidad y excesivamente costosas para la sociedad. En segundo lugar, para seguir reclutando servidores de mérito y capacidad equiparables, la Administración tendría que o bien elevar sus retribuciones en la cuantía suficiente como para que estos pudieran contratar un seguro que cubriese su responsabilidad civil o bien contratarlo a favor de ellos. Pero a la Administración le sale más barato asumir directamente el coste de los daños causados negligentemente por sus servidores que subirles el sueldo para que puedan pagarse un seguro. Al inmunizarlos frente a esa responsabilidad, la Administración se ahorra la prima que directa o indirectamente tendría que pagar a las compañías aseguradoras. La Administración, además, dispone de otros mecanismos para compensar el desincentivo que esa inmunidad supone respecto del comportamiento diligente de sus servidores: la potestad disciplinaria, el otorgamiento de premios, etcétera.

144. La responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones debería limitarse a los casos de daños causados **dolosamente**. De hecho, esta es la regla que se observa en la práctica. A dicho personal sí se le suele exigir la llamada **"responsabilidad contable"** (*supra* § 29.64), la obligación de reparar los daños y perjuicios derivados del manejo de caudales públicos. Es improbable que en los casos en los que típicamente surge esta responsabilidad —alcances y malversaciones— los daños no sean dolosos.

12. BIBLIOGRAFÍA

12.1. Bibliografía citada

Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Fuerza mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

Margarita BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

David BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Edorta COBREROS MENDAZONA, "El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87 (2010), pp. 295-348.

Tomás CANO CAMPOS, "El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración", *Revista de Administración Pública*, núm. 210 (2019), pp. 175-216.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAl, "¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?", *Revista de Administración Pública*, núm. 180 (2009), pp. 103-159.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", *Revista de Administración Pública*, núm. 199 (2016), pp. 171-212.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia", *Revista de Administración Pública*, núm. 2019 (2022), pp. 59-106.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delincuentes que deberían haber estado en prisión", *InDret*, núm. 2 (2024).

Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Cizur Menor, 2007.

Luis MEDINA ALCOZ, "El problema de la culpa en el Derecho de daños", en Raúl Letelier (ed.), *La falta de servicio*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012, pp. 363-456.

Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.

Luis MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español,* Marcial Pons, Madrid, 2022.

Luis MEDINA ALCOZ e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200 (2019), pp. 147-190.

Luis MEDINA ALCOZ, "A vueltas con la responsabilidad objetiva. A propósito de la prisión provisional y el daño vacunal", en Tomás PRIETO ÁLVAREZ y Fernando GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (Directores) y Luis MÍGUEZ MACHO y Mario AROSO DE ALMEIDA, (Coordinadores), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Presente y retos, XV Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2023, pp. 59-81.

Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

María Ángeles PARRA LUCÁN, "La responsabilidad civil de notarios y registradores: estudio jurisprudencial", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coordinador), *La responsabilidad civil y su pro-blemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 821-884.

Manuel REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento sin causa de la Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
Ana SÁNCHEZ LAMELAS, Nuria RUIZ PALAZUELOS y Federica COSTAGLIOLA, *La responsabilidad patrimonial del Estado y el impacto del Derecho Internacional*, Atelier, Barcelona, 2024.
Alfons SURROCA COSTA, "La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 69:1 (2016), pp. 100-151.

12.2. Bibliografía complementaria recomendada

Edorta COBREROS MENDAZONA, "Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización", *Revista de Administración Pública,* núm. 177 (2008), pp. 31-69.
Edorta COBREROS MENDAZONA, "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia", *Revista de Administración Pública*, núm. 219 (2022), pp. 21-58.
Javier BARCELONA LLOP y David A. CUESTA BÁRCENA, *Indemnización y responsabilidad patrimonial del Estado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2024.
Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156 (2012), pp. 59-86.
Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable", *InDret*, núm. 1(2012).
Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho", *InDret*, núm. 4 (2022), pp. 168-228.
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
Raúl LETELIER, "La Falta de Servicio en España", *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23 (2001), pp. 63-79.
Luis MARTÍN REBOLLO, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *Revista de Administración Pública,* núm. 150 (1999), pp. 317-371.
Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2005.
Luis MEDINA ALCOZ, "Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153 (2012), pp. 153-181.
Luis MEDINA ALCOZ, "El problema de la culpa en la responsabilidad por acto administrativo: Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Revista de Administración Pública,* núm. 213 (2020), pp. 69-91.
Luis MEDINA ALCOZ, "Imputación objetiva y Administración pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219 (2022), pp. 27-58.
Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Documentación Administrativa,* núms. 237-238 (1994), pp. 239-253.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 841-866
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L33
© Antonio Fortes Martín
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 33
CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN

Antonio Fortes Martín
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD DE CONTROL INTERNO: 1.1 Sentido y alcance del control interno; 1.2. Su delimitación con el control judicial y con otros controles externos.—2. EL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE SU ACTUACIÓN: 2.1. El control interno de la Administración; 2.2. El control interno de la actuación de la Administración y la revisión de actos en vía administrativa.—3. LA REVISIÓN DE OFICIO.—4. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD.—5. LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.—6. LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES Y ARITMÉTICOS.—7. LÍMITES A LA REVISIÓN.—8. EL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS: 8.1. El presupuesto necesario de los recursos administrativos; 8.2. La tramitación de los recursos administrativos: *8.2.1. La preparación e interposición del recurso; 8.2.2. La tramitación del recurso; 8.2.3. La resolución del recurso;* 8.3. Los tipos de recursos administrativos: *8.3.1. Los recursos ordinarios; 8.3.2. El recurso extraordinario de revisión.*—9. OTRAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS DE CONTROL.—10. BIBLIOGRAFÍA: 10.1. Bibliografía citada; 10.2. Bibliografía complementaria recomendada.

1. APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD DE CONTROL INTERNO

1.1. Sentido y alcance del control interno

1. El concepto convencional de control evoca la actividad de comprobación, fiscalización, intervención, según el Diccionario de la RAE. La categoría jurídica de control representa una **función de tutela o vigilancia** sobre la actuación o gestión de otro sujeto. Es por ello por lo que con el control un sujeto (u órgano) proyecta de manera activa esa facultad de inspección, investigación, comprobación, vigilancia, examen o revisión sobre otro sujeto (u órgano) que de forma pasiva es controlado.

2. El control se califica de **interno o externo** en función de la pertenencia de quien ejerce esta actividad y quien se somete a ella a una misma o a distinta organización. Dentro de un mismo sujeto u organización, como es el caso de la propia Administración en los términos que ya nos constan (*supra* § 8.43), el control interno permite que un órgano (controlante) fiscalice la actuación de otro órgano (controlado).

3. La actividad de **control interno** no es propia ni exclusiva de la Administración ni del Derecho administrativo. El sistema de control interno existe también en el mundo de la **empresa privada** donde se ha generalizado el establecimiento de programas de autocontrol de la calidad de los procesos y de los productos industriales, de la seguridad e higiene de productos alimentarios, de la gestión medioambiental o del cumplimiento de todas las normas que afectan a la organización (mediante planes o programas de *compliance* o cumplimiento normativo).

4. En el caso de la **Administración pública**, y con independencia ahora de la evaluación de la gestión y el análisis de las políticas públicas, como medio para el control de responsabilidades y la rendición de cuentas a la sociedad, el control interno presenta un sentido y alcance distintos del propio del ámbito privado dada la especial entidad y significación del sujeto del que se predica (*supra* § 1.2). Porque dicho control interno constituye una **garantía de la legalidad y de la eficacia** exigidas tanto en la estructura interna como en la actuación de la Administración (*supra* § 14.7) en tanto que organización que, además, y como ya nos consta, bajo el mandato de la Constitución (*supra* § 4.1) actúa siempre al servicio del interés general.

5. El **control de la Administración** es uno de los elementos más importantes del sistema administrativo. El alumbramiento del **Estado de Derecho** trajo consigo (*supra* § 4.13 y 14) la sujeción de la Administración y de su entera actuación al principio de legalidad y el consiguiente control de la misma.

6. No nos resulta ajeno, por esta misma razón, que, a diario, los ciudadanos interpongan recursos ante la propia Administración cuestionando la legalidad de alguna decisión administrativa contraria a sus intereses (en las más diversas materias de tráfico, urbanismo, medio ambiente, seguridad ciudadana, transportes, energía, comercio, etc.). O que, incluso, sea la propia Administración la que habiendo dictado un acto administrativo proceda a su ulterior revisión, de oficio y por ella misma, al comprobar que dicho acto incurre en alguna tacha de ilegalidad (por ejemplo, porque la propia Administración advierte que ha concedido una licencia de apertura de un bar musical sin haber concedido audiencia a los vecinos que van a resultar afectados por el ruido).

1.2. Su delimitación con el control judicial y con otros controles externos

7. El control interno de la Administración es un **control administrativo**. Es importante enfatizar esta idea comoquiera que el estudio del control administrativo es un control desplegado internamente sobre la Administración, pero por la propia Administración.

8. En paralelo a ese control interno puede constatarse la existencia de otros controles distintos, siendo el **control judicial** el más relevante como control externo de la Administración bajo el fundamento constitucional del art 106.1 de la Constitución Española, CE (*infra* § 34). Pese a que el control judicial actuado por los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el más destacado de la panoplia de controles externos existentes no es, empero, el único. Es posible reconocer otros controles externos no judiciales actuados por otros sujetos que no integran ni forman parte del Poder Judicial.

9. Nos podemos referir a un primer tipo de **controles externos** desarrollados por **órganos constitucionales o estatutarios**, como el control ejercido en la defensa del conjunto de derechos reconocidos por el Título I CE por el Defensor del Pueblo (art. 54 CE) y sus homónimos autonómicos y locales [como el Justicia de Aragón o la Sindicatura de Greuges del Ayuntamiento de Barcelona]; o el control de la gestión económico-financiera de las Administraciones públicas y demás sujetos integrantes del Sector Público desplegado por el Tribunal de Cuentas (art. 136.1 CE) y los órganos autonómicos correspondientes [la Sindicatura de Cuentas en Cataluña y Valencia]. Junto a los anteriores, proliferan en la actualidad los controles externos desarrollados por **autoridades administrativas independientes**, como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal y Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y las más recientes Autoridad Independiente de Protección del Informante y Autoridad Administrativa Independiente para la Investigación Técnica de Accidentes e Incidentes Ferroviarios, Marítimos y de Aviación Civil, entre otros.

10. La finalidad principal de los controles mencionados es la de garantizar la **legalidad** de la actuación administrativa, pero también la de garantizar la correcta gestión de recursos públicos y evitar la corrupción. El control de legalidad de la actuación de la administración se suma al **control político** que ejerce el parlamento (en relación con la respectiva administración estatal o autonómica) y el pleno del ayuntamiento (en relación con la administración local) y al **control social** que pueden ejercer directamente los ciudadanos mediante los trámites participativos y de información y consulta pública (arts. 82, 83 y 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPAC]).

2. EL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE SU ACTUACIÓN

11. El control del aparato administrativo (MODERNE, 1982) nos sitúa ante una doble realidad representada en la doble faz de la Administración como "organi-

zación" y "actividad". En buena lógica, el control interno desplegado y actuado sobre la Administración debe abarcar necesariamente ambas vertientes o perspectivas por lo que resulta oportuno diferenciar el control de la Administración (como organización) del control del funcionamiento de la Administración (como actividad).

2.1. El control interno de la Administración

12. El control interno de la Administración como organización es aquél que se despliega **desde y hacia la propia estructura organizativa** de la Administración.

13. Tratándose del caso concreto de la Administración General del Estado (AGE), el artículo 19 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado contempla la existencia de la **Oficina de Conflictos de Intereses** (adscrita actualmente a la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública) para, entre otras cuestiones, garantizar la transparencia del control del régimen de incompatibilidades así como los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos. Otra fórmula organizativa de control interno en la AGE aparece constituida por la comisión de control, en el seno del consejo rector de cada agencia estatal, para controlar la ejecución del contrato de gestión y la gestión económico-financiera (art. 108 ter. 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [LRJSP]).

14. Dentro del complejo sector público es posible localizar manifestaciones de control interno a partir de la tutela ejercida por las Administraciones generales sobre las entidades integrantes del sector público institucional (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias). Una interesante muestra la encontramos en el art. 85 LRJSP que instaura un control de eficacia y de supervisión continua para todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal (*supra* § 9.43). Con el **control de eficacia**, los entes pertenecientes al sector público institucional estatal quedan sometidos a la disciplina de control ejercida, a través de las inspecciones de servicios, por los departamentos ministeriales de los que dependan o estén vinculados debiendo acreditar "el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad específica de la entidad y la adecuada utilización de los recursos, de acuerdo con lo establecido en su plan de actuación".

15. El ministerio que ejerza la **tutela funcional** sobre una sociedad mercantil estatal (*supra* § 9.67 y 70) está llamado a desplegar sobre la misma un control funcional y de eficacia (arts. 176 y 177 en relación con el art. 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas [LPAP]). Desde otro ámbito más específico, el artículo 40.4 del RD-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, reconoce una específica función de control interno actuada por la entidad Puertos del Estado sobre el entero sistema portuario estatal con el fin de analizar la seguridad de los activos, la fiabilidad de la información financiera y el cumplimiento de la normativa que resulte aplicable.

16. Este control de eficacia resulta complementario de la **fiscalización y del control contable y de la gestión económico-financiera** (*supra* § 29.57) ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, tanto a través del control financiero permanente y la auditoría pública (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria [LGP]) como por medio del seguimiento del déficit público, el control de las subvenciones y las ayudas públicas y la lucha contra la morosidad en

las operaciones comerciales de las entidades del sector público (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria [LGT]).

17. Una manifestación muy concreta y actual del papel de la Intervención General de la Administración del Estado como autoridad de control la encontramos en la ejecución de los fondos *EU Next Generation* (art. 21 del RD-Ley 36/2020, de 30 de diciembre). La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia, a través del Plan Estatal de Recuperación, Transformación y Resiliencia, obliga a los Estados miembros a establecer un **sistema de control interno eficaz y eficiente** lo que ha provocado diversas adaptaciones de los mecanismos clásicos de control, basados principalmente en la certificación del gasto, para pasar a sustentarse en sistemas de información de gestión y seguimiento así como el cumplimiento de ciertos hitos y objetivos (arts. 11 y 3 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). La incorporación de una mayor flexibilidad en la gestión presupuestaria y en la fiscalización previa de los procedimientos de control relacionados con la utilización de los fondos conduce a la instauración de nuevos controles internos, como la aprobación obligatoria de un plan de medidas antifraude por parte de la entidad, decisora o ejecutora que participe en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre), cuya coordinación corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado.

18. Junto al control de eficacia, el artículo 85 LRJSP contempla la llamada **supervisión continua**. Esta supervisión continua de las entidades del sector público institucional estatal es desplegada por el Ministerio de Hacienda, a través de la Intervención General de la Administración del Estado (adscrita a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos de dicho ministerio), prolongándose durante toda la vida jurídica del organismo o entidad en cuestión. La supervisión continua alcanza, además de a la sostenibilidad financiera de la entidad, a la constatación de la pervivencia de las circunstancias que motivaron la creación del ente institucional y a la de la concurrencia de la causa de disolución del ente en cuestión en caso de incumplimiento de los fines que motivaron su creación o en caso de que su mantenimiento no resulte propicio para la consecución de aquellos.

2.2. El control interno de la actuación de la Administración y la revisión de actos en vía administrativa

19. El **control interno del funcionamiento** de la Administración es un control completamente formalizado como **control jurídico** en términos administrativos. Este control interno de la actuación de la Administración entraña una garantía de la legalidad y la oportunidad de todas las decisiones que adopta la Administración y abarca a la entera actuación administrativa y, por ende, a todos los tipos de actividad administrativa fundada en el principio de responsabilidad por la gestión (*supra* § 14.21). Una garantía, en todo caso, representada en: i) la eficacia en la actuación administrativa; ii) la reconducción del poder público desviado de su función al servicio del interés general; y iii) el restablecimiento de los derechos de los ciudadanos eventualmente vulnerados por una actuación administrativa que, tras su control, queda corregida y, en su caso, eliminada.

20. Los instrumentos de control interno de la actuación administrativa se estudian en sede de la denominada **revisión de actos en vía administrativa**, que incluye

los mecanismos de reacción de la Administración frente a la supuesta invalidez de un acto (*supra* § 17.75). La formalización jurídica del control interno presenta la particularidad de encontrar acomodo en sede administrativa a través de la propia actuación (función) revisora de la Administración. Es la propia Administración autora del acto la que, internamente, bien decide revisarlo para pasar a eliminarlo del ordenamiento jurídico, bien conoce (y decide) de los recursos administrativos interpuestos contra un acto que, en uno u otro caso, se estima contrario a Derecho.

21. La revisión de actos administrativos ha encontrado tradicionalmente en el **Derecho positivo** la misma regulación normativa desde la vieja Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo (LPA), pasando por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hasta la actual LPAC. Las tres disposiciones mencionadas incluyen un Título (en la actualidad, Título V de la LPAC) dedicado a **"la revisión de los actos en vía administrativa"** donde se vertebra una doble posibilidad de revisión, a saber, la **revisión de oficio**, en sentido amplio (regulada en la actualidad en el Capítulo I, arts. 106 a 111 de la LPAC) y los **recursos administrativos** (Capítulo II, arts. 112 a 126 de la LPAC). Ambas posibilidades constituyen las especies del *genus* revisión de actos donde aparece comprometida la legalidad de un acto que es revisado de nuevo por la propia Administración autora del mismo —a iniciativa propia o del sujeto destinatario del mismo que procede a su impugnación—.

22. La revisión de actos en vía administrativa y la consiguiente **anulación** de un acto administrativo tiene lugar por **motivos de legalidad**. Existe en el acto algún defecto (ha sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente o sin respetar algún trámite esencial del procedimiento) que lastra su legalidad y, por ende, lo hace inválido. Ante esta situación, la propia Administración autora del acto decide o viene obligada a anular ese acto inválido al concurrir en el mismo un vicio de nulidad o de anulabilidad. Dejando para más adelante la anulación de un acto como consecuencia de su impugnación a través de la vía administrativa de recursos, la **facultad de revisión de oficio** tendente a la pretendida anulación del acto varía o presenta diversos condicionantes en función, primero, del tipo de vicio que arrastre el acto que la Administración pretende anular; y, paralelamente, y en segundo término, como consecuencia del alcance que dicho acto presente en la esfera jurídica del destinatario del acto. Así, se pueden plantear dos posibilidades diferentes coincidentes con la regulación contenida en los artículos 106 y 107 LPA que regulan, respectivamente, la **revisión de oficio de actos nulos** (*infra* § 33.24) y la **declaración de lesividad de actos anulables** (*infra* § 33.33). En ambas, el órgano competente puede acordar la suspensión de la ejecución del acto si la misma puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 108 LPAC).

23. Con independencia de lo anterior, tanto la LPAC, como la legislación anterior a la misma, introducen indebidamente, dentro del capítulo dedicado a la revisión de oficio, un precepto referido a la **revocación** y a la **rectificación de actos** (art. 109 LPAC). El tenor literal de la disposición y su ubicación sistemática inducen a interpretar que la revocación y la rectificación de actos constituyen también manifestaciones de la genérica revisión administrativa de actos y, más en concreto, de la revisión de oficio. Empero, la revocación no representa una suerte más de revisión de oficio en la que quede com-

prometida la legalidad del acto, por más que se haya sostenido la existencia de la mal llamada revocación por motivos de legalidad, donde la Administración actúa una facultad extintiva del acto (*infra* § 33.39). Como tampoco lo es la pura y mera corrección de errores materiales o aritméticos que no comprometen la validez del acto y donde no se entra realmente en una revisión administrativa con toda la carga sustantiva que la misma supone (*infra* § 33.45). Se demuestra con ello, en los términos apuntados por CHINCHILLA MARÍN (2024: 25 y 26), la falta de coherencia del legislador a la hora de utilizar categorías que son completamente distintas pero que llegan a utilizarse con tal grado de flexibilidad que se consideran incluso, si bien de forma indebida, intercambiables.

3. LA REVISIÓN DE OFICIO

24. La revisión de oficio constituye una facultad de la Administración formalizada como una auténtica **potestad administrativa** (claramente en el caso de las entidades locales en los términos que reconocen los arts. 4.1.g) y 53 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: LBRL). Dicha potestad habilita a la Administración para volver a examinar un acto previamente dictado por ella misma con el fin último de eliminarlo del ordenamiento jurídico porque dicho acto adolece de algún vicio de invalidez. La revisión de oficio, como especie dentro del *genus* revisión de actos, nos sitúa en una manifestación de poder de la Administración conforme al cual ella misma (de oficio) decide potestativamente (o porque venga, incluso, obligada) suprimir un acto por otro posterior de sentido contrario.

25. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 106 LPAC, **si el acto ha puesto fin a la vía administrativa o no ha sido recurrido en plazo**, ganando consecuentemente firmeza, pero arrastra algún vicio de **nulidad de pleno derecho**, la Administración debe emprender obligatoriamente su revisión ("declararán") en el caso de los actos y puede ("podrán declarar") proceder a la revisión tratándose de disposiciones. El ejercicio imperativo de esta potestad de revisión manifiesta una evidente tensión entre, por un lado, el principio de seguridad jurídica al mantenimiento de un acto que, además, es firme de cara a los efectos jurídicos llamados a producir y, por otro lado, el principio de legalidad como consecuencia de los vicios (de nulidad) que arrastra y que impiden que, pese al transcurso del tiempo, el acto pueda sanar (STS de 17 de enero de 2006, ECLI:ES:TS:2006:365).

26. La facultad de revisión puede ejercerse **en cualquier momento**, comoquiera que la acción de nulidad es imprescriptible, aunque en este sentido, la jurisprudencia ha limitado la facultad revisora en casos de transcurso excesivo de tiempo cuando dicho lapso de tiempo puede llegar a comprometer el interés de terceros ante la falta de acción desde que se tuvo conocimiento del dictado del acto o se evidencia mala fe; en definitiva, la revisión de oficio no puede convertirse en un modo de eludir el régimen de plazos para la interposición del recurso correspondiente (STS de 3 de julio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2715). Ahora bien, lo anterior no obsta para reconocer, de acuerdo con una reciente línea jurisprudencial, una singularidad en relación con los actos administrativos consentidos que no han sido objeto de recurso en el plazo establecido y que ulteriormente se demuestran nulos de pleno derecho por infracción del Derecho europeo. En esos casos, y pese al tiempo transcurrido, los actos nulos pue-

den ser removidos a través del procedimiento de revisión de oficio del artículo 106 LPAC (STS de 25 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4314, entre otras dictadas en la misma fecha y STS de 29 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:5135).

27. El procedimiento de revisión de oficio puede iniciarse por iniciativa propia de la Administración (**revisión de oficio *stricto sensu***) o a solicitud de interesado (ejerciendo la llamada **acción de nulidad**). Esta acción únicamente resulta válida para la revisión de oficio de actos administrativos comoquiera que el artículo 106.2 LPAC no reconoce legitimación a los interesados para ejercer una acción de nulidad tendente a la revisión de oficio de disposiciones generales (STS de 25 de febrero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:657 y STS de 30 de noviembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4393).

27 *bis.* La jurisprudencia no es unánime a la hora de determinar si, solicitada la revisión de oficio de un acto que se considera nulo de pleno derecho y la Administración no accede a la misma, los tribunales puedan declarar directamente en sus sentencias la nulidad del acto o bien procede retrotraer las actuaciones al momento de la petición no atendida por la Administración para que ésta, una vez tramitado el procedimiento de revisión de oficio, se pronuncie sobre la concurrencia de la causa de nulidad. A la vista de la ausencia de una regla general y clara habrá que atender a las circunstancias de cada caso en concreto para optar por una u otra alternativa (STS de 19 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4847 y todas las que en ella se citan en el FJ 3).

27 *ter.* Por otra parte, resulta necesario tener en cuenta que no puede utilizarse la acción de nulidad para reabrir la revisión del acto por los mismos motivos que ya hubiesen sido resueltos en la vía administrativa (e incluso judicial) agotada. Como lo que la Administración actúa con la facultad de revisión es un nuevo procedimiento de revisión de oficio, el transcurso de seis meses desde el inicio de dicho procedimiento sin que haya recaído resolución propicia la caducidad del mismo (en el supuesto de un procedimiento iniciado de oficio por la propia Administración) o la desestimación por silencio administrativo negativo (si el procedimiento de revisión fue instado por solicitud del interesado).

28. Conviene tener en cuenta que la posibilidad arbitrada por el artículo 106 LPAC para que la revisión de oficio sea **instada por un interesado** obliga a fundamentar convenientemente la solicitud de revisión de oficio en alguna de las **causas de nulidad** del artículo 47.1 LPAC y siempre y cuando no se hayan desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales con anterioridad, lo que incluye la interposición previa de un recurso administrativo sustentado en los mismos motivos de nulidad del acto. En esos casos, el órgano competente para la revisión de oficio puede decidir motivadamente la inadmisión de la solicitud sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico correspondiente. Y pese a que cabe recurso contencioso-administrativo contra aquella inadmisión, la eventual estimación del recurso a lo más que conduce es a imponer a la Administración la obligación de tramitar la revisión de oficio que fue instada en su momento por el interesado.

29. Con independencia de la forma de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, para poder declarar la nulidad del acto que se revisa, la Administración

debe obtener previamente un **dictamen favorable del Consejo de Estado** u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

30. Con estos presupuestos, la intención última no es otra que **declarar de oficio** la nulidad de pleno derecho del acto ante la concurrencia en el mismo de alguno de los supuestos tasados del art. 47.1 LPAC (*supra* § 17.71) constituyendo una obligación imperativa para la Administración al tratarse de una cuestión de orden público (LÓPEZ MENUDO, 2022: 27 y 42).

31. La Administración, al declarar la nulidad de una disposición o acto, puede establecer en esa misma resolución la indemnización que proceda reconocer al interesado si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 LRJSP para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (*supra* § 32.33). Ahora bien, tratándose de una disposición no quedan comprometidos los actos firmes dictados en aplicación de aquella (por ejemplo, una liquidación tributaria para el pago de una tasa municipal por ocupación del espacio público en el mercadillo semanal de una localidad girada a un comerciante y no recurrida en su día por éste y que trae causa de una ordenanza municipal para la regulación de la venta ambulante que posteriormente es declarada nula).

4. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

32. Para el supuesto de que el acto, favorable para el interesado, presente algún vicio ya no de nulidad sino de anulabilidad del artículo 48 LPAC, el artículo 107 LPAC incrementa, en buena lógica, los requisitos y condiciones de la revisión de oficio tendente a la anulación del acto. De modo que la principal diferencia con el artículo 106 LPAC es que ahora la Administración ya no puede declarar de oficio y por sí misma la anulación del acto, a salvo el supuesto de los actos de gravamen anulables, donde la Administración puede proceder libremente a su anulación, así como el de los actos de gravamen o desfavorables que, sin arrastrar vicios de invalidez y no tratándose por ello de un supuesto de anulación, la Administración puede revocar en cualquier momento (*infra* § 33.38 y 41). Por contra, y tratándose de actos favorables anulables, la Administración debe previamente formular una **declaración de lesividad** para el interés público contra esos actos favorables que sean anulables como presupuesto necesario para su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tal y como de igual modo prescribe el artículo 19.2 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

33. La declaración de lesividad es un **acto administrativo discrecional** que tiene como fin manifestar, por un lado, las causas que conducen a entender que el acto es anulable y, de otro lado, el quebranto o el menoscabo (de cualquier tipo y no sólo económico) para el interés público que produce la pervivencia del acto objeto de anulación. Esta declaración de lesividad se ha venido caracterizando tradicionalmente como una figura singular de nuestra legislación y constituye un **requisito de orden procesal** para la propia Administración autora del acto de cara a posibilitar

el ulterior **recurso de lesividad** en los términos de los arts. 45.4 y 46.5 LJCA (*infra* § 34.44 y 89).

34. La declaración de lesividad no puede producirse si han transcurrido ya **cuatro años** desde el dictado del acto. Se adopta a través del oportuno **procedimiento administrativo** incoado, tramitado y resuelto, en el caso de la AGE y de la Administración autonómica, por el órgano competente por razón de la materia y tratándose de una entidad local por el pleno o en su defecto el órgano superior de la entidad. Y en caso de que resulte procedente (por el no transcurso de ese período de tiempo) requiere la previa **audiencia** de todos cuantos sean interesados cumpliendo para ello con las prescripciones del trámite de audiencia recogidas en el artículo 82 LPAC (por ejemplo, la declaración de lesividad de un acto de concesión de la nacionalidad española a un ciudadano que —ya en el momento de la nacionalización— no cumplía con el requisito legal de buena conducta cívica, STS de 31 de mayo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2125).

35. Finalmente, la declaración de lesividad constituye un **pronunciamiento administrativo** cuya admisibilidad para la **acción de anulabilidad** puede ser objeto de enjuiciamiento en sede judicial. Pero al producir únicamente efectos en el ámbito procesal no puede impugnarse directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa aunque puede notificarse, a título meramente informativo, a los interesados. Por último, iniciado por la Administración el procedimiento tendente a declarar lesivo el acto administrativo para su ulterior impugnación judicial, el transcurso de seis meses sin que haya finalizado el procedimiento administrativo tendente a declarar la lesividad del acto determina su caducidad.

36. Es, por tanto, un **órgano jurisdiccional** el que, en última instancia, va a valorar si efectivamente concurre la lesión que provoca el acto y, en consecuencia, acordar la anulación de un acto favorable anulable. En ese escenario, la propia Administración autora del acto asume el rol de recurrente (*supra* § 34.44) impugnando el propio acto por ella dictado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a través del llamado recurso de lesividad (art. 45.4 LJCA), en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad (art. 46.5 LJCA). Por lo que nos encontramos realmente ante dos momentos temporales perfectamente definidos y diferenciados, a saber, el plazo en el que la Administración debe declarar lesivo el acto y el plazo en el que debe interponer el recurso contencioso-administrativo debiéndose cumplir imperativamente ambos.

5. LA REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

37. La **revocación de actos** ha suscitado el interés de la doctrina por el cúmulo de problemas que plantea, que tienen su origen en su regulación fallida en la LPA de 1958, sin que haya sido posible contar, todavía hoy en día, con una adecuada y satisfactoria solución normativa de la potestad revocatoria. En concreto, la ubicación sistemática de la revocación y la redacción de los preceptos que la regulan plantean

dudas sobre la posibilidad de revocar actos administrativos desfavorables o de gravamen por motivos de legalidad —como si se tratase de una manifestación de la revisión de oficio— y sobre la eventual extensión de la potestad de revocación a los actos administrativos favorables.

38. El estudio de la revocación de los actos administrativos, que se enmarca indebidamente por el legislador dentro de la sistemática de la revisión de oficio, obliga a hacer alguna advertencia inicial respecto de su sentido y verdadero alcance. Pese a que la revocación de actos ofrece un punto de partida aparentemente común con la anulación de actos, como un modo de extinción de estos, lo que ha propiciado su tradicional tratamiento normativo dentro de la revisión de oficio, realmente nos encontramos ante situaciones y, por ende, facultades distintas. Porque, mientras la anulación viene fundada en estrictos motivos de legalidad proyectándose sobre actos inválidos, por causa de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, por contra la revocación de un acto administrativo, que es válido, se produce por estrictos **motivos de oportunidad**, cuando la pervivencia de sus efectos se manifiesta en contradicción con los intereses públicos que la Administración debe siempre tutelar.

39. Esta distinción, sustentada en la mayor sensibilidad terminológica de la doctrina italiana (Alessi, Romanelli), no ha sido, empero, suficientemente nítida en nuestro país para diferenciar un caso de anulación o invalidación (la mal llamada también revocación por motivos de legalidad) y un supuesto, *stricto sensu*, de revocación de actos. Más bien y, por el contrario, como destacara LAVILLA (1961: 69 y 70) y más recientemente SANTAMARIA ARINAS (2000: 455 y 456), ésta ha sido una cuestión de la que se ha resentido tanto la jurisprudencia como la propia legislación y, por acción de ambas, la doctrina misma.

40. Detrás de la literalidad del concepto revocación se encuentra el propósito de "volver a llamar" a un acto administrativo con la intención de retirarlo del ordenamiento jurídico por motivos de interés público lo que implica previamente haber reconocido la existencia del propio acto y de sus efectos. La revocación responde, así pues, a una facultad extintiva de la Administración que, mediante un acto de contrario imperio y por exclusivos motivos de oportunidad, decide eliminar un acto previamente dictado por ella. No hay, a diferencia de la anulación o invalidación, ningún vicio de ilegalidad en el acto por lo que puede afirmarse, taxativamente, que la revocación opera **sobre actos válidos**. Tampoco se desencadena una verdadera revisión de oficio por esgrimirse simples motivos de oportunidad y, por ende, sin cuestionarse la adecuación o no a Derecho del acto, pero con unos márgenes decisionales muy amplios para la Administración, lo que ha movido a algunos autores a reclamar también, para la revocación de actos desfavorables, el dictamen del Consejo de Estado u órganos consultivos (CHINCHILLA MARÍN, 2024: 29). Y es que la clave de la potestad revocatoria de la Administración se encuentra en la tensión que se origina entre, por un lado, el interés público a la revocación de la situación existente y, de otro lado, la seguridad jurídica del particular al mantenimiento de su *status quo* intangible, aspecto éste que se sustenta en el principio de inmutabilidad, intangibilidad o irrevocabilidad de los actos que reconozcan derechos.

41. El régimen de la revocación es controvertido, no solo por su ubicación sistemática, sino también por una limitada e incorrecta regulación que actualmente encontramos contenida en el art. 109.1 LPAC. Este precepto habilita a las Administraciones públicas para ("podrán") revocar sus **actos de gravamen o desfavorables** "mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción" y "siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico". Con este tenor

literal, por un lado, a diferencia de la acción de nulidad del artículo 106.1 LPAC, en la revocación no se reconoce acción para los particulares y, por otro lado, únicamente se considera de forma explícita la revocación de los actos de gravamen o desfavorables, obviando cualquier mención a los actos favorables o declarativos de derechos.

42. El artículo 109.1 LPAC no menciona los **actos favorables o declarativos de derechos** lo que plantea la problemática admisión de su eventual revocación. La aparente exclusión, por ausencia de mención, de los actos favorables o declarativos de derechos deriva de la proyección implícita del principio de irrevocabilidad o inmutabilidad de los mismos, así como del respeto a los derechos adquiridos por parte del destinatario del acto que se pretende revocar. Conforme a esta tesis, y salvo que el acto adolezca de un vicio de ilegalidad (donde resulta procedente su anulación), o por incumplimiento de las condiciones marcadas por el propio acto (en lo que se ha dado en llamar como un supuesto de revocación-sanción como el que se contempla en los arts. 105.2.a) y 116.3.c) del RD-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de aguas), no puede reconocerse otra cosa que la posición de intangibilidad para el destinatario de ese acto declarativo de derechos ya que no resulta lógico que la Administración se dirija contra sus propios actos revocando una decisión favorable que adoptó previamente y sobre la que ha propiciado una situación jurídica de estabilidad, de certeza y, en definitiva, de confianza en la actuación administrativa previa.

43. Tradicionalmente, desde la teoría civilista de los actos propios, a partir de la máxima *venire contra factum proprium non valet*, se ha venido considerando que **la Administración no puede contradecirse** mediante el dictado de otro acto posterior de signo contrario, salvo que una norma habilite expresamente a ello en circunstancias muy concretas. Justamente, y de aceptarse la eventual revocación de actos administrativos favorables, la misma debe quedar sujeta a una serie de límites que resultan, interpretativamente y *sensu contrario*, de la limitada regulación del mismo artículo 109.1 LPAC. En este sentido, la eventual revocación de un acto administrativo favorable o declarativo de derechos: i) debe venir prevista por una norma con rango de ley, (como es el caso de la revocación del nombramiento de un funcionario recogida en el art. 96.1.a) del RD-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público —EBEP—), sin perjuicio de las llamadas "reservas de revocación" donde el propio acto incorpora una cláusula en la que expresamente se contempla su eventual revocación; ii) debe prever el reconocimiento de la indemnización procedente como resarcimiento por la lesión patrimonial sufrida por el ciudadano que ve limitada o restringida su esfera jurídica al eliminarse el acto que hasta entonces le beneficiaba; y iii) debe fundarse en la necesaria satisfacción de un interés público prevalente (como gráficamente se dispone en el art. 97 del RD-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) de modo que los motivos de oportunidad que legitiman la potestad revocatoria en modo alguno deben ser entendidos como simples motivos de conveniencia administrativa.

44. Es en el ámbito local donde la revocación de actos administrativos favorables o declarativos de derechos ha encontrado mayor recorrido y alcance conforme al artículo 16 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Este precepto, que sigue gozando de virtualidad, es el que modula la rigurosa aplicación del principio de irrevocabilidad de actos favorables. El mismo contempla los supuestos en los que las **licencias**, como actos administrativos favorables o declarativos de derechos, pueden quedar sin efecto (por incumplimiento de las condiciones en las que fueron otorgadas) o anuladas (cuando fueron otorgadas erróneamente) casos en los que, casualmente, no se emplea el término revocación. Pero también se ocupa de los verdaderos supuestos de revocación de licencias "cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y

podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación". Conforme a esto, un acto favorable declarativo de derechos puede ser revocado por estrictos motivos de oportunidad (**cambio de circunstancias o adopción de nuevos criterios de apreciación**) si bien sólo en la adopción de nuevos criterios de apreciación se reconoce para el interesado el resarcimiento indemnizatorio por los daños y perjuicios causados con la acción revocatoria (STS de 29 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2765). Piénsese, por ejemplo, en un ayuntamiento que decide revocar la licencia municipal con la que cuenta, desde hace años, el propietario de un kiosco de prensa o un puesto de flores en la acera de una calle que va a ser completamente remodelada para su completa peatonalización y en la que se tiene proyectado habilitar un nuevo carril-bici que va a transcurrir por el emplazamiento donde se ubica hasta el momento el kiosco o puesto que va a desmantelarse.

6. LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES Y ARITMÉTICOS

45. El artículo 109.2 LPAC recoge una mención a la **rectificación de errores materiales y aritméticos** si bien no constituye una manifestación real de la revisión de oficio. Tampoco se trata de una derivación de la revocación de actos pese a que ambas figuras compartan ubicación en el mismo precepto de la LPAC. Con la llamada rectificación de errores materiales y aritméticos la Administración puede rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho (no de Derecho o que precisen de interpretación o valoración jurídica) o aritméticos existentes en sus actos (puede citarse la STS de 21 de marzo de 2022 ECLI:ES:TS:2022:1188).

46. Se trata, así pues, de rectificar, sin consecuencias invalidantes en el acto, equivocaciones de nombres, fechas, operaciones aritméticas o simplemente cifras sin que la rectificación entrañe ni pueda suponer nuevas valoraciones o consideraciones jurídicas en el acto. Es por ello que, en la rectificación de errores materiales y aritméticos, el acto rectificado debe tener idéntico contenido que el acto objeto de rectificación, sin variación de su contenido objetivo o de su sentido inicial y sin que la Administración pueda desarrollar, bajo este pretexto y en fraude de ley, operaciones encubiertas de revisión de oficio o revocación de actos.

7. LÍMITES A LA REVISIÓN

47. Las facultades de revisión que puede emprender la Administración están sujetas a una serie de límites. Estos límites aparecen previstos en el artículo 110 LPAC, de modo que, a resultas de su ubicación sistemática y su tenor literal, podría pensarse que se proyectan también sobre la revocación de actos y sobre la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, a pesar de que, en puridad, estos dos últimos supuestos, como se ha dicho (*supra* § 33.23), no constituyen manifestaciones reales de revisión de oficio.

48. El artículo 110 de la LPAC se refiere sin embargo únicamente a las "facultades de revisión" y no a las "facultades de revisión o revocación" a las que se refería el artículo 137 del Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En los términos expuestos por el Dictamen 275/2015 del Consejo de Estado sobre el mencionado Anteproyecto, los límites regulados en este precepto no se aplican a la revocación "por cuanto la figura de la revocación (…) ya

cuenta con sus propios límites (que la revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico), que acotan debidamente su alcance y permiten que el empleo de esta técnica revisora se haga sin menoscabo de la seguridad jurídica. Ello excluye la necesidad de someterla, adicionalmente, a los límites que se aplican a la revisión de oficio".

49. Así las cosas, la revisión de un acto administrativo no resulta posible "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". Como ha dicho el Tribunal Supremo en la STS de 1 de diciembre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 4191, "(…) la correcta aplicación del artículo 110 de la LPAC exige dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u 'otras circunstancias' como la cosa juzgada que, aunque no se menciona expresamente en el artículo 110 LPAC, opera igualmente como límite a la potestad de revisión de oficio, en los términos precisados por CHINCHILLA MARÍN, 2024: 42); por otro, el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes". En todo caso, la aplicación del artículo 110 LPAC obliga a ponderar las circunstancias del caso concreto y los bienes jurídicos en juego (STS de 11 de enero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:57).

50. Cabe tener en cuenta que la **confianza legítima** no se encuentra enunciada expresamente como un límite más de las facultades revisoras. Ahora bien, esta omisión no dificulta su necesaria toma en consideración como límite a la función revisora tal y como resulta acrecentado por el reconocimiento que del mismo se hace en el artículo 3.1.e) LRJSP y la doctrina jurisprudencial (STS de 27 de diciembre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:8726 y STS de 17 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4174).

8. EL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

51. El estudio del control (interno) de las Administraciones públicas presenta una doble faz de modo que, además de la revisión de oficio, el control de los actos administrativos también puede producirse mediante un sistema de recursos administrativos donde es la propia Administración la que se controla a sí misma (control interno) frente a la acción (control) externa de los jueces y tribunales (*infra* § 34). Este sistema presenta, a diferencia de la revisión de oficio *stricto sensu*, una indudable **naturaleza impugnatoria** como fórmula reactiva en la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación administrativa. De ahí que quepa diferenciar, ya de entrada, los recursos administrativos de otras actuaciones (sin esa naturaleza impugnatoria) que pueden desarrollar también los ciudadanos frente a la Administración como son las peticiones, las quejas y las reclamaciones en las que, en ninguna de ellas, se pretende la anulación de ningún acto.

52. El control actuado a través del sistema de recursos constituye, por un lado, una garantía de los particulares comoquiera que, en un Estado de Derecho como el nuestro, la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad (sometimiento a la CE, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, *supra* § 4.14). De modo

que todas las decisiones tomadas por la Administración pueden ser recurridas (controladas). De otro lado, la interposición de un recurso administrativo constituye un requisito obligado para los particulares por cuanto la **vía administrativa de control** —proyectada también como una prerrogativa de la Administración— se erige en presupuesto necesario para la impugnación judicial del acto. Pero, al mismo tiempo, constituye una nueva oportunidad para que la Administración pueda reconsiderar o corregir su decisión previa, dando así satisfacción a las pretensiones del interesado, sin necesidad de un proceso judicial, siempre más largo y costoso.

8.1. El presupuesto necesario de los recursos administrativos

53. Con carácter previo al estudio de los distintos tipos de recursos administrativos interesa dar cuenta de una serie de notas características y presupuestos propios que singularizan el sistema de recursos administrativos. En primer lugar, para que pueda hablarse de recursos administrativos (con independencia ahora de las distintas clases de ellos) necesitamos de la existencia de un **acto administrativo previo**. Ese acto administrativo constituye el objeto del eventual recurso administrativo y, a partir de lo dispuesto en el artículo 112.1 LPAC, puede ser **definitivo o resolutorio** del procedimiento (incluido un eventual acto consensual sustitutorio del anterior) o un **acto de trámite cualificado**. En este último supuesto, la interposición de un recurso administrativo contra un acto de trámite es posible cuando dicho acto decide, directa o indirectamente, el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Es el caso, por ejemplo, de un procedimiento tramitado para el otorgamiento de una autorización ambiental solicitada para una instalación destinada a la cría intensiva de aves de corral o de cerdos: el informe urbanístico negativo del ayuntamiento del municipio donde se pretende localizar esa instalación obliga al órgano ambiental autonómico competente para decidir la concesión de la autorización ambiental a poner fin al procedimiento mediante resolución motivada con el consiguiente archivo de las actuaciones.

54. En segundo término, los recursos administrativos sólo tienen cabida frente a actos administrativos. **No caben recursos administrativos directos contra reglamentos** ni disposiciones administrativas generales tal y como, de forma taxativa, prescribe el artículo 112.3 LPAC. No obstante lo anterior, cabe la interposición (indirecta) de un recurso administrativo contra un reglamento cuando dicho recurso se sustancie únicamente contra la nulidad de una disposición administrativa de carácter general que, justamente, es la que da soporte normativo al acto recurrido. Entonces el recurso administrativo sirve para cuestionar, también e indirectamente, la nulidad del reglamento lo que permite su interposición ante el órgano autor de esta última disposición. Ahora bien, en la resolución de ese recurso, que puede conducir a la anulación del acto, la Administración no puede en cambio decidir la anulación de la norma reglamentaria sin perjuicio de plantearse su revisión de oficio por la vía que ya nos consta.

55. En tercer lugar, la interposición de un recurso administrativo tiene que realizarse por la persona que se encuentre legitimada. Una **legitimación** que se ostenta a partir de la titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo que el acto lesiona o vulnera por lo que la finalidad de la interposición de un recurso administrativo y, a través de ella, la pretensión ejercida con el mismo pasa por la modificación o anulación del acto recurrido.

56. Finalmente, es importante considerar que, a día de hoy, se entiende superada, en estrictos términos constitucionales, la **vieja regla del "paga y reclama"** (*solve et repete* en su alocución latina) por lo que, con carácter general, no resulta posible supeditar o condicionar la interposición de un recurso administrativo al previo pago de la cantidad exigida por el acto objeto de recurso (conteniendo la doctrina del TS al respecto: STS de 25 de septiembre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:6743).

8.2. La tramitación de los recursos administrativos

57. Dentro de la tramitación de los recursos administrativos debemos diferenciar hasta cuatro secuencias distintas que pasan por la preparación del recurso, su interposición, la tramitación *stricto sensu* y la resolución del recurso.

8.2.1. La preparación e interposición del recurso

58. La **preparación** no es un trámite o actuación habitual en el caso de los recursos administrativos, a diferencia de lo que sí acontece, por ejemplo, con las reclamaciones económico-financieras, así como con los recursos contencioso-administrativos. Sea como fuere, con la preparación del recurso administrativo el particular interesado solicita a la Administración que le ponga de manifiesto las actuaciones del expediente para obtener todos los datos y antecedentes precisos con el fin de poder interponer ulteriormente el recurso administrativo que proceda.

59. Una vez preparado el recurso administrativo, en los casos en que así fuera exigido o bien porque directamente dicha preparación no proceda, la interposición de un recurso administrativo implica la presentación del mismo mediante el debido escrito de interposición. Este **escrito de interposición** del recurso debe reunir los requisitos generales a los que se refiere el artículo 115.1 LPAC con identificación del recurrente, del acto contra el que se recurre y las razones de su impugnación, del órgano ante quien se recurre y las demás prescripciones en su caso exigidas.

60. Puede ocurrir que el interesado se equivoque o no califique el recurso convenientemente lo que no constituye un obstáculo para su ulterior tramitación siempre que del escrito presentado se pueda deducir cabalmente el verdadero carácter del recurso y el plazo para recurrir no haya transcurrido en función del recurso cuya interposición realmente proceda (art. 115.2 LPAC).

61. Finalmente, la interposición de un recurso administrativo desencadena una serie de **consecuencias** que podemos resumir en: i) obligación para la Administración de tramitar, resolver y notificar el recurso administrativo en plazo; ii) prohibición de la delegación de la competencia para resolver el recurso en el mismo órgano que haya dictado el acto objeto de recurso; iii) no suspensión, como regla

general, de la ejecución del acto recurrido salvo que el órgano competente para resolver, de oficio o a instancia del recurrente, acuerde la suspensión del acto, siempre que concurra una de las dos circunstancias señaladas en el art. 117.2 LPAC, ponderando razonadamente, y sin prejuzgar el fondo del asunto, el perjuicio que causa al interés público o a terceros la suspensión y el eventualmente ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.

8.2.2. La tramitación del recurso

62. La tramitación de un recurso administrativo no ofrece ninguna particularidad significativa o especialmente relevante que deba ahora destacarse. La interposición de un recurso administrativo por un particular determina el inicio de un nuevo procedimiento administrativo a solicitud de interesado. Es por ello por lo que resultan aquí aplicables las **normas generales de la instrucción y finalización** del procedimiento administrativo (*supra* § 15.63 y 79) donde puede advertirse la necesidad de que el órgano que resuelva el recurso administrativo recabe los informes previos de otros órganos de la misma o de distinta Administración, así como conceda trámite de audiencia al interesado (art. 118 LPAC).

8.2.3. La resolución del recurso

63. El órgano competente para resolver debe atender no sólo a lo pedido por el recurrente (congruencia) sino, además, a cuantas cuestiones plantee el expediente de recurso, tanto de forma como de fondo, hayan sido o no alegadas por los interesados. La resolución de un recurso puede serlo (art. 119.1 LPAC) en forma **estimatoria** (total o parcial), **desestimatoria o de inadmisión** del recurso (en esta última posibilidad por la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 116 LPAC, a saber, incompetencia del órgano ante el que se interpone el recurso por ser el competente perteneciente a otra Administración; falta de legitimación del recurrente; impugnación de acto no susceptible de recurso; transcurso del plazo para la interposición del recurso; y falta de fundamento del recurso).

64. Tratándose de la resolución de una **pluralidad de recursos** que traigan causa de un mismo acto administrativo, el artículo 120 LPAC recoge una regulación específica. Conforme a la misma, interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa expresa o contra la desestimación por silencio administrativo negativo el órgano administrativo competente para resolver el resto de recursos administrativos puede acordar la **suspensión** del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial. La suspensión acordada debe notificarse a los interesados que pueden recurrirla sin que la interposición de un recurso por parte de un interesado afecte al resto de procedimientos de recursos en suspenso. Una vez producido el pronunciamiento judicial el órgano administrativo lo debe comunicar a los interesados pudiendo ya resolver los recursos en suspenso sin necesidad de ningún trámite adicional, salvo el de audiencia.

65. La falta de resolución expresa en plazo determina la desestimación del recurso (por aplicación del **silencio administrativo negativo**) salvo en el caso del lla-

mado "doble silencio" en el recurso de alzada, en las circunstancias que apuntamos un poco más adelante (*infra* § 33.73). Finalmente, la resolución de un recurso administrativo impide a la Administración la aplicación de la llamada *reformatio in peius* recogida en el artículo 119.3 LPAC *in fine*. En este sentido, no resulta posible que, con ocasión de la interposición del recurso, la resolución del mismo pueda producir un agravamiento de la situación inicial del recurrente.

8.3. Los tipos de recursos administrativos

66. La vía administrativa de control obliga a precisar, de entrada, que no existe un único recurso administrativo. Por contra, pueden distinguirse tres grandes tipos de recursos administrativos que, de forma sistemática, se construyen en torno a las siguientes posibilidades: i) recursos ordinarios, donde a su vez cabe diferenciar entre recursos comunes o generales y recursos especiales; y ii) recurso extraordinario de revisión.

8.3.1. Los recursos ordinarios

67. Dentro de la tipología de recursos ordinarios cabe referirse, en primer lugar, a los **recursos comunes o generales** como los recursos "más normales" (por habituales y frecuentes) que la legislación administrativa pone a disposición de los ciudadanos a la hora de impugnar algún tipo de acto sobre la base de cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Dentro de estos recursos administrativos comunes distinguimos el recurso de alzada y el recurso de reposición.

68. El **recurso de alzada** (arts. 121 y 122 LPAC) constituye la modalidad de recurso administrativo más significativa de todo el entramado de vías de impugnación internas que conforman el sistema de recursos administrativos. La propia denominación del recurso ("de alzada") evoca de forma muy gráfica lo que supone el control interno dentro de la propia estructura de la Administración. El recurso de alzada, también representado como recurso "jerárquico", es manifestación precisamente del **principio de jerarquía administrativa** comoquiera que un órgano (jerárquicamente) superior fiscaliza la actuación del órgano inferior autor del acto administrativo impugnado.

69. Pese a que el control (interno) es actuado por un órgano administrativo superior a aquél que dictó el acto, la **interposición** del recurso de alzada puede tener lugar ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo (quien en el plazo de diez días debe remitirlo al órgano competente para resolver adjuntando un informe y una copia completa y ordenada del expediente) o ante su superior jerárquico que es quien, siempre y en todo caso, resuelve el recurso.

70. El recurso de alzada cabe contra **actos que no ponen fin a la vía administrativa.** Esta circunstancia es de todo punto determinante para la viabilidad del

recurso de alzada convirtiendo este recurso en **obligatorio**, a diferencia del recurso (potestativo) de reposición. Porque, para acudir a la vía judicial de control externo, resulta necesario haber agotado la vía administrativa de control, lo que se produce con la interposición y resolución (expresa o presunta) del recurso de alzada. Se dice entonces que el acto administrativo ha "causado estado", dejando expedita la vía judicial. En este sentido, la propia LPAC, en su artículo 114.1, dispone qué actos ponen fin a la vía administrativa entre los que se incluyen las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario, así como aquellos en que así se disponga por disposición legal o reglamentaria. Pueden mencionarse, en este sentido, los actos dictados por el pleno, los alcaldes y la junta de gobierno local de los ayuntamientos (todos ellos ponen fin a la vía administrativa conforme al artículo 52.2 a) LBRL), así como los actos dictados en ejercicio de una competencia delegada (art. 9.4 LRJSP) que, a todos los efectos, entre los que se incluye también el eventual agotamiento de la vía administrativa de recurso, se entienden dictados por el órgano delegante (*supra* § 14.42).

71. El **plazo de interposición** del recurso de alzada es de un mes si el acto es expreso de modo que el transcurso del mismo sin la impugnación del acto provoca que dicho acto devenga firme a todos los efectos sin que sea ya posible interponer recurso alguno salvo el extraordinario de revisión si concurre alguna de las causas para ello. Tratándose de actos no expresos el párrafo segundo del artículo 122.1 LPAC señala que el recurso podrá interponerse "en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo".

72. La inexistencia de un plazo preclusivo para recurrir en alzada el efecto desestimatorio del silencio negativo (lo que el artículo 24.1 LPAC denomina "silencio desestimatorio") constituye una significativa novedad de la LPAC, que viene a incorporar de este modo lo que ya había sido apuntado previamente por la jurisprudencia, respecto de la regulación anterior que condicionaba la interposición del recurso en el plazo de los tres meses siguientes a la producción del silencio administrativo negativo (*infra* § 34.85).

73. El **plazo de resolución y notificación** del recurso de alzada es de tres meses a cuyo transcurso el recurso se entiende desestimado por silencio administrativo negativo, a excepción del supuesto del "doble silencio" recogido en el párrafo tercero del artículo 24.1 LPAC. En este sentido, si la interposición del recurso de alzada lo fue en su momento contra un acto no expreso, la falta de resolución (expresa) del recurso de alzada provoca que al silencio administrativo negativo originario se le sume otro nuevo silencio administrativo que debe entenderse como positivo y, por ende, estimar el recurso de alzada, a salvo que con ocasión de la estimación por silencio del recurso de alzada se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, se posibilite el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente o se trate de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (*supra* § 15.89) Sea como fuere, la resolución (expresa o presunta) de un recurso de alzada pone fin a la vía administrativa (art. 114.1a) LPAC) quedando ya expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. De

este modo, contra la resolución de un recurso de alzada **no cabe interponer ningún otro recurso administrativo** salvo el recurso extraordinario de revisión.

74. El segundo de los recursos comunes o generales en el sistema de recursos administrativos es el **recurso administrativo de reposición** (arts. 123 y 124 LPAC). El recurso de reposición presenta, con carácter general, una **naturaleza facultativa o potestativa**, a excepción de cuando se interpone contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos locales y de los restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales, en cuyo caso el recurso de reposición es preceptivo, salvo, a su vez, en el caso de los municipios de régimen especial de gran población (arts. 108 LBRL y 14.2 del RD-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales).

75. Precisamente, dado el carácter potestativo del recurso de reposición, es decisión del interesado optar por interponer el recurso administrativo de reposición o interponer directamente el recurso contencioso-administrativo sin necesidad de presentar previamente el recurso de reposición. La explicación a este doble escenario que acaba de plantearse se encuentra en el tipo de acto contra el que cabe el recurso de reposición, **actos que ponen fin a la vía administrativa**. El agotamiento de la vía administrativa constituye la suerte de barrera a superar por los ciudadanos que quieran seguir discutiendo ante la jurisdicción contencioso-administrativa la legalidad de un acto administrativo (*infra* § 34.58 y 79). Es así como el interesado puede intentar una última oportunidad, en todo caso no prescriptiva ni obligada, dado el carácter potestativo del recurso, ante la propia Administración o bien dirigirse directamente a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ahora bien, si el interesado decide interponer el recurso potestativo de reposición no puede interponer simultáneamente el recurso contencioso-administrativo. Debe esperar a la resolución, expresa o presunta, del recurso de reposición para poder acudir ulteriormente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

76. Precisamente, el recurso de reposición encuentra su sentido en aquellos ámbitos, como en el **régimen local**, en los que, prácticamente, no cabe interponer recurso de alzada porque el acto administrativo a atacar ha sido dictado en origen por un órgano administrativo que carece de superior jerárquico. Téngase en cuenta, en este sentido, que de acuerdo con el artículo 52.1 a) LBRL, en el ámbito municipal agotan la vía administrativa el alcalde, la junta de gobierno, el pleno municipal y los demás cargos en que deleguen, lo que en la práctica hace que la mayoría de las decisiones municipales agoten directamente la vía administrativa y, por tanto, no serán recurribles en alzada.

77. A diferencia de lo que sucede con el recurso de alzada, la interposición y resolución del recurso potestativo de reposición se produce **ante el mismo órgano que dictó el acto recurrido**.

78. El **plazo de interposición** del recurso es de un mes si el acto es expreso de modo que el transcurso del plazo sin la mencionada interposición determina que, como en todo caso la vía administrativa ya se encuentra agotada, sólo quepa, aparte del recurso extraordinario de revisión, el recurso contencioso-administrativo, eso sí, siempre y cuando no hayan transcurridos los plazos previstos para su interposición (*infra* § 34.84). Y en el caso de actos no expresos, al igual que acontece con el recurso

de alzada, la LPAC (párrafo segundo del art. 124.1) no sujeta a plazo la interposición del recurso potestativo de reposición pudiendo producirse "en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto". Finalmente, el **plazo de resolución y notificación** del recurso de reposición es de un mes y una vez producida ésta no cabe contra la misma la interposición de un nuevo recurso de reposición.

78 *bis*. Interesa tener en cuenta que los plazos para interponer el recurso son **preclusivos** y no susceptibles de ampliación sobre la base del art. 32 LPAC. Es así que la obligatoriedad de los plazos constituye un principio rector del procedimiento administrativo al servicio del de seguridad jurídica, imponiendo consecuentemente al ciudadano la carga de actuar de forma tempestiva comoquiera que el incumplimiento de dicha obligación entraña la inadmisibilidad del recurso y la imposibilidad de obtener una resolución de fondo. Esto no supone, en última instancia, vulneración alguna del derecho de defensa, conforme ha precisado la jurisprudencia reciente de distintos TSJ (como la STSJ de Murcia de 9 de marzo de 2023, ECLI:ES:TSJMU:2023:674 y las que en la misma se citan).

78 *ter*. Finalmente, el **plazo de resolución y notificación** del recurso de reposición es de un mes y una vez producida esta no cabe contra la misma la interposición de un nuevo recurso de reposición.

79. Además de los recursos comunes o generales dentro de los recursos ordinarios encontramos también los **recursos especiales** por razón de la materia y que se encuentran previstos en determinada normativa específica. Resultan aplicables en variados ámbitos de la realidad sectorial (como los recursos corporativos interpuestos en el ámbito de la llamada Administración corporativa, los recursos contra los actos de la Seguridad Social y los recursos administrativos en los procedimientos disciplinarios contra funcionarios públicos). De todos los existentes, y de los que no es posible dar cuenta ahora de manera singularizada, nos ocupamos de **los más destacados** en el sistema administrativo de recursos.

80. En primer lugar, las **reclamaciones económico-administrativas** en el ámbito tributario (arts. 226 a 248 LGT) resueltas por órganos administrativos especializados (los Tribunales económico-administrativos, central para la AGE y autonómicos y locales). Estas reclamaciones económico-administrativas pueden presentarse contra la aplicación de los tributos del Estado o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias que realicen la AGE y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ella, así como de las Administraciones tributarias de las comunidades autónomas y de Ceuta y Melilla respecto de los actos y actuaciones enunciados en el artículo 227 LGT. La especialidad de estas reclamaciones se encuentra en que, una vez resueltas, contra las mismas es posible interponer alguno de los recursos previstos por la propia LGT (de alzada ordinario, extraordinario de alzada para la unificación de criterio, extraordinario para la unificación de doctrina, de anulación y extraordinario de revisión).

81. En segundo término, el **recurso especial en materia de contratación** (*supra* § 19.130) regulado en los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Se trata de un recurso de naturaleza potestativa y carácter gratuito que cabe, respecto de determinados contratos por razón de su cuantía mencionados en el artículo 44.1 LCSP, contra la actuación de Administraciones públicas o de sujetos que tengan la condición de poder adjudicador y que es resuelto, pese a su denominación formal de tribunales, por órganos administrativos que ostentan independencia funcional (el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la AGE y los tribunales autonómicos de recursos contractuales para la Administración autonómica en los que se ha procedido a su creación y los órganos designados por la legislación autonómica para la Administración local).

82. Finalmente, las **reclamaciones en materia de acceso a la información pública** (*supra* § 28.67 y 68) previstas en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG). Esta reclamación, potestativa y previa a la vía judicial, sustituye a los recursos administrativos ordinarios y se puede dirigir contra cualquier resolución en materia de acceso por la que se inadmite a trámite o se desestima, de forma expresa o por silencio administrativo negativo, una solicitud de información en ejercicio del derecho de acceso del artículo 12 LTBG. De la misma conoce el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, su equivalente autonómico o el organismo específico al que se le haya atribuido la competencia por la correspondiente comunidad autónoma en virtud de la posibilidad contemplada en la disposición adicional cuarta de la LTBG.

8.3.2. El recurso extraordinario de revisión

83. El recurso extraordinario de revisión, como su propio nombre indica, se diferencia de los recursos ordinarios porque sólo es posible su interposición en **supuestos concretos y tasados** por la propia ley (art. 125.1 LPAC). De esta forma, la naturaleza excepcional de este recurso condiciona, estrechamente, sus posibilidades de interposición, aunque la misma no obsta en modo alguno para instar la revisión de oficio del acto por causa de nulidad de pleno derecho o para solicitar la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos.

84. El recurso extraordinario de revisión sólo puede interponerse contra **actos firmes en vía administrativa**. Interesa tener presente que no sólo el acto contra el que eventualmente se interpone este recurso extraordinario ha agotado la vía administrativa. Además, dicho acto es firme, lo que significa que tiene consolidados sus efectos y no cabe recurso administrativo alguno contra el mismo. Ahora bien, si la firmeza del acto lo es en la vía contencioso-administrativa entonces lo que procede es el recurso extraordinario de revisión contra la resolución judicial que haya confirmado la validez del acto administrativo firme (*supra* § 17.78). Así las cosas, el recurso extraordinario de revisión permite reabrir una situación ya cerrada y consolidada por la firmeza del acto impugnado a partir de la concurrencia de una serie de circunstancias extraordinarias que, justamente, posibilitan la interposición del recurso.

85. A estas circunstancias, por la **concurrencia de datos o acontecimientos excepcionales y sobrevenidos** con posterioridad al momento en que el acto fue dictado, se refiere el artículo 125.1 LPAC: a) que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente; b) que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida; c) que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución; d) que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

86. La **interposición** del recurso extraordinario de revisión se produce ante el mismo órgano que dictó en su día el acto ahora recurrido quien es, además, el competente para resolver.

87. En cuanto a los **plazos** de interposición del recurso los mismos difieren en función de la circunstancia (de las cuatro expuestas *supra* § 33.85) que motiven la interposición del mismo. De este modo, cuando se trate de la causa del apartado a), el recurso debe interponerse dentro del plazo de los cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos (apartados b, c, y d), el plazo es de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la Sentencia judicial quedó firme.

88. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 LPAC, existe un **trámite de inadmisión** semejante al de la revisión de oficio. En este sentido, el recurso debe inadmitirse, sin que el órgano administrativo entre a conocer del fondo del mismo y sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, porque el recurso no se funda en alguno de los cuatro motivos tasados señalados o porque previamente se han desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.

89. Por último, el órgano administrativo que resuelve el recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso mismo sino también, y en su caso, **sobre el fondo** de la cuestión resuelta, en su día, por el acto recurrido. Todo ello dentro de un plazo máximo para resolver de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión, de forma que la falta de resolución expresa en dicho plazo provoca la desestimación del recurso, por silencio administrativo negativo, habilitando la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

9. OTRAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS DE CONTROL

90. El art. 112 LPAC prevé la existencia de **procedimientos alternativos** a los recursos administrativos, que pueden sustituir, si así lo establece una ley, el recurso administrativo de alzada y el recurso potestativo de reposición "en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique". Con la concurrencia de los anteriores presupuestos, los recursos administrativos ordinarios pueden, por tanto, sustituirse por procedimientos de **impugnación, reclamación**, conciliación, mediación y arbitraje. Algunas de estas otras fórmulas simplemente sustituyen la impugnación a través de los recursos administrativos por otros procedimientos en las materias así determinadas por la legislación sectorial que resulte aplicable, eso sí, con respeto a los principios, garantías y plazos que la LPAC reconoce de forma general en todos los procedimientos. Mientras que, tratándose de **la conciliación, mediación** y, sobre todo, del **arbitraje** nos situamos ante escenarios sustitutivos de la impugnación en los que el interesado pretende el arreglo de un conflicto con la Administración por alguna de estas vías que cuentan, sin duda, con un mayor recorrido en el ámbito privado que en el Derecho administrativo. No obstante esto, también comienza a vislumbrarse su viabilidad administrativa como lo atestigua la mediación o conciliación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación del artículo 40 de la Ley 15/2022, de 22 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

91. La aplicación general de estos otros medios alternativos, principalmente el **arbitraje**, a la Administración ha planteado tradicionalmente una serie de problemas que derivan de: i) la extensión del alcance de la autonomía de la voluntad de los su-

jetos privados a la Administración; ii) la consideración de una de las partes, concretamente la Administración, como una organización que actúa mediante el ejercicio de potestades administrativas y, por ende, no susceptibles de transacción en muchos casos; y iii) el sometimiento, por mandato constitucional, de la legalidad de su actuación al control judicial (art. 106.1 CE). Por estos y otros motivos, no puede trasladarse a la Administración, así sin más, la aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En el mismo sentido, y más recientemente, tampoco resultan aplicables los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional a "los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público" (artículo 3.2 de la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, sin perjuicio de lo señalado en su disposición final trigésima primera).

92. Ello no obsta para que ciertos sujetos públicos (corporaciones de Derecho público, entidades y organismos públicos, así como autoridades administrativas independientes) puedan desarrollar una **actividad administrativa arbitral** decidiendo controversias de sujetos privados de conformidad con sus propias normas reguladoras (art. 14.1.a) de la Ley 60/2003). Es más, que, incluso, puedan contemplarse sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas (art. 21.1 párrafo segundo de la Ley 60/2003). O, finalmente, que las controversias jurídicas en el seno de la AGE con cualquiera de sus organismos públicos y las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su ministerio de tutela se reconduzcan al mecanismo específico previsto en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la AGE.

93. A salvo ahora el creciente éxito del arbitraje administrativo en el comercio internacional, la admisión explícita a estas otras fórmulas alternativas de control la encontramos, por ejemplo, en el artículo 35.1.b) LPAC por el que se obliga a motivar, entre otros, además de los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio y de recursos administrativos, los de los procedimientos de arbitraje.

94. La legislación administrativa comienza a recoger algunas menciones a estas otras fórmulas alternativas de control. Así, i) el artículo 45 EBEP; ii) el artículo 31 LPAP); iii) el artículo 7.3 LGP; iv) el artículo 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas; v) la disposición adicional primera apartado tercero de la LCSP; y vi) el artículo 123 del RD-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en diversos sectores.

95. En otro orden de consideraciones es posible referirnos a manifestaciones de control interno mucho más específicas y singulares como mecanismos alternativos, por su especialidad *ratione materiae,* a los medios ordinarios de control. Estas otras fórmulas las encontramos en materia de función pública (*supra* § 31). Además del control disciplinario interno de los empleados públicos (Título VII del EBEP), la propia Ley incorpora una **evaluación del desempeño** como sistema de medición (y por tanto de control interno) tanto de la conducta profesional y el rendimiento de los empleados públicos como del cumplimiento de determinados objetivos individuales y colectivos al servicio último de la mejora de la productividad de las diferentes unidades administrativas y la calidad de los servicios públicos. De esta forma,

la evaluación del desempeño (art. 20 EBEP) constituye el medio de control interno que en la Administración existe para medir y valorar tanto la conducta profesional del empleado público como su rendimiento o el logro de determinados resultados con importantes consecuencias a efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y la percepción de retribuciones complementarias.

96. Por último, resulta ineludible una mención al *compliance*. Un concepto del que carecemos de un término equivalente en castellano y que ha venido a identificarse con los programas de cumplimiento normativo propios de la práctica empresarial privada (*supra* § 33.3). La instauración de programas de cumplimiento normativo al sector público, bautizada como ***public compliance***, transita de forma híbrida entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, proyectándose sobre la reputación de la organización y los agentes públicos (empleados públicos y cargos políticos). El objetivo último del *public compliance* no es otro que incentivar conductas y comportamientos adecuados en la gestión pública de cara a la evitación del fraude mediante la apuesta por el fomento de valores como la objetividad, la integridad, la rendición de cuentas (*accountability*) mediante el establecimiento de códigos de conducta y canales internos de denuncia, que coadyuven a mantener la confianza ciudadana en las instituciones públicas.

97. El *public compliance* encuentra reflejo, sobre todo, en materia de contratación pública y también en urbanismo. Y se evidencia como una fórmula de control y de vigilancia ante eventuales conductas fraudulentas dentro de la Administración a partir de una nueva cultura por el respeto al Derecho con el fin último de preservar la integridad administrativa y prevenir, principalmente, los casos de corrupción.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. Bibliografía citada

Renato ALESSI, *La revoca degli atti ammistrativi*, Giuffrè, Milano, 1956.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, "La revisión de oficio de los actos nulos y sus límites: una reflexión crítica", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 117 (2024), pp. 19-75

Landelino LAVILLA ALSINA, "La revisión de oficio de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública*, núm. 34 (1961), pp. 53-98.

Francisco LÓPEZ MENUDO, "La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad", *Revista de Administración Pública,* núm. 217 (2022), pp. 13-52.

Franck MODERNE, "El control del funcionamiento del aparato administrativo en Francia", *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 3 (1982), pp. 121-136.

Vincenzo M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milán, 1939.

René Javier SANTAMARÍA ARINAS, "La reforma del art. 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos", *Revista de Administración Pública*, núm.151 (2000), pp. 441-464.

10.2. Bibliografía complementaria recomendada

Carmen AGOUÉS MENDIZÁBAL, *La revisión de oficio de los actos administrativos en el marco del principio de buena administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024

José Francisco ALENZA GARCÍA, *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
Felio José BAUZÁ MARTORELL, *Revisión de oficio. Dudas, lagunas y controversias*, Iustel, Madrid, 2024
María Concepción CAMPOS ACUÑA, *Compliance en la administración pública: dificultades y propuestas*, Granada, CEMCI, 2017.
Federico A. CASTILLO BLANCO (coord.), *Compliance e integridad en el sector públic*o, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
Víctor ESCARTÍN ESCUDÉ, *El sistema de lesividad en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2022
Vicente ESCUÍN PALOP y Beatriz BELANDO GARÍN, *Los recursos administrativos*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011.
Marta GARCÍA PÉREZ, *Arbitraje y Derecho Administrativo,* Cizur Menor, Thomson Civitas, 2011.
Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, *La revocación de actos administrativos favorables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los límites a la potestad de revisión*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2019.
Juan ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo,* McGraw-Hill*,* Madrid, 1998.
José Manuel SALA ARQUER, *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974
Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Los límites en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 30 y 31, (2018-2019), pp. 179-194.

Manual de Derecho administrativo
Revista de Derecho Público: Teoría y Método
pp. 867-904
Madrid, 2025
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
DOI: 10.37417/ManDerAdm/L34
© Alejandro Huergo Lora
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

LECCIÓN 34

CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Alejandro Huergo Lora
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. Significado constitucional del control judicial de la Administración; 1.2. La opción por un orden jurisdiccional especializado.—2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 2.1. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa: *2.1.1. La cláusula general; 2.1.2. Materias incluidas; 2.1.3. Materias atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales;* 2.2. Organización: *2.2.1. Características del modelo elegido; 2.2.2. Secciones de lo contencioso-administrativo de los tribunales de instancia (hasta ahora, juzgados de lo contencioso-administrativo); 2.2.3. Salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia; 2.2.4. Sección de lo contencioso-administrativo del Tribunal Central de instancia (hasta ahora, juzgados centrales de lo contencioso-administrativo); 2.2.5. Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional; 2.2.6. Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.*—3. LAS PARTES: 3.1. Los sujetos del proceso contencioso-administrativo: *3.1.1. El recurrente o demandante; 3.1.2. La parte demandada; 3.1.3. Los codemandados;* 3.2. Requisitos generales de las partes: *3.2.1. Capacidad; 3.2.2. Legitimación; 3.2.3. Postulación.*—4. OBJETO DEL PROCESO: 4.1. Significado del objeto del proceso: pretensiones y actividad administrativa impugnada; 4.2. Las diferentes vías procesales: *4.2.1. El recurso contra actos administrativos; 4.2.2. El recurso contra reglamentos; 4.2.3. El recurso contra la inactividad; 4.2.4. El recurso contra la vía de hecho*; 4.3. La dinámica del objeto del proceso: *4.3.1. La cuantía; 4.3.2. Acumulación y ampliación del recurso.*—5. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 5.1. Elementos comunes previos al inicio del proceso: *5.1.1. El agotamiento de la vía administrativa previa; 5.1.2. El plazo de interposición del recurso; 5.1.3. El requerimiento interadministrativo;* 5.2. El procedimiento ordinario: *5.2.1. El escrito de interposición; 5.2.2. Remisión del expediente y emplazamiento de los interesados; 5.2.3. Demanda y contes-*

tación. Alegaciones previas; 5.2.4. Prueba; 5.2.5. Conclusiones; 5.2.6. Sentencia; 5.3. El procedimiento abreviado: *5.3.1. Ámbito de aplicación; 5.3.2. Especialidades;* 5.4. Los procedimientos especiales: *5.4.1. Para la protección de derechos fundamentales; 5.4.2. Cuestión de ilegalidad; 5.4.3. En caso de suspensión previa de acuerdos; 5.4.4. Extensión de efectos de las sentencias; 5.4.5. Otros procedimientos especiales.*—6. LAS MEDIDAS CAUTELARES: 6.1. Concepto y requisitos: *6.1.1. Clases de medidas cautelares; 6.1.2. Periculum in mora; 6.1.3. Ponderación de intereses; 6.1.4. Fumus boni iuris; 6.1.5. La caución o contracautela*; 6.2. Procedimiento: *6.2.1. Procedimiento ordinario; 6.2.2. Medidas cautelarísimas.*—7. LOS RECURSOS: 7.1. El recurso de reposición; 7.2. El recurso de apelación: *7.2.1. Resoluciones impugnables; 7.2.2. Procedimiento;* 7.3. El recurso de casación: *7.3.1. Características; 7.3.2. Resoluciones impugnables; 7.3.3. El interés casacional objetivo; 7.3.4. Procedimiento del recurso de casación.*—8. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS: 8.1. Concepto y parámetros constitucionales; 8.2. Procedimiento aplicable a la ejecución; 8.3. Medidas a disposición de los órganos judiciales para conseguir el cumplimiento de las sentencias.— 9. BIBLIOGRAFÍA: 9.1. Bibliografía citada; 9.2. Bibliografía complementaria recomendada

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Significado constitucional del control judicial de la Administración

1. El establecimiento de un sistema de **control judicial de la Administración** no es una opción para el legislador, sino que cumple una doble función constitucional. En un Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución española [CE]) en el que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en el que se garantiza el principio de legalidad y el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en el que la Administración tiene, específicamente, un sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), **resulta imprescindible** que existan vías para que los juzgados y tribunales, a los que corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), puedan tener la última palabra sobre si las distintas Administraciones Públicas y entes de Derecho público han respetado, o no, el ordenamiento jurídico en su actuación.

2. Así lo exige, por un lado, y con el máximo nivel de protección constitucional (derecho fundamental susceptible de recurso de amparo), el artículo 24.1 CE, que proclama el derecho a la **tutela judicial efectiva**. Por otro lado, y ya fuera del catálogo de derechos fundamentales, el artículo 106.1 CE dispone que "[l]os Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" (*supra* § 4.18). La jurisdicción contencioso-administrativa, a la vez que tutela los derechos e intereses de las personas físicas o jurídicas que solicitan esa tutela, consigue la finalidad —de interés público y no sólo particular— de controlar que la actuación administrativa —en sentido amplio, que incluye también la potestad reglamentaria— se ajuste al ordenamiento jurídico —también de forma amplia, lo que incluye que esa actividad no sólo se ajuste a la ley en su contenido sino que se lleve a cabo con la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico, excluyendo la desviación de poder—(*supra* § 5.43).

1.2. La opción por un orden jurisdiccional especializado

3. En España, como en muchos otros Estados de la familia europea continental *(civil law)*, el conocimiento de los litigios con las Administraciones corresponde, fundamentalmente, a un **orden jurisdiccional especializado**, denominado **contencioso-administrativo**. Mencionado en la CE [art. 153.*c)*], está regulado actualmente en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Esta ley, que ha sufrido reformas importantes, constituye en buena medida una actualización de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que, a pesar del contexto dictatorial en que fue aprobada, estableció gran parte de los postulados del actual sistema de justicia administrativa. En aquellos casos en que la competencia para conocer de un litigio de la Administración no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, entran en juego otros tribunales (civiles, sociales o penales, aunque éstos dirimen responsabilidades de personas físicas o jurídicas, pero no de la Administración, que como mucho puede comparecer como responsable civil subsidiario), en los que la Administración puede comparecer como demandada pero también como demandante. Así ocurre, por ejemplo, cuando la Administración es titular de un bien patrimonial (*supra* § 30.61).

4. Aunque el origen del contencioso-administrativo (en Francia) se fundamenta en la idea de que los tribunales no deben controlar a la Administración —y en este sentido el contencioso era una institución no judicial—, actualmente en España el orden contencioso-administrativo es un **orden jurisdiccional**, integrado a todos los efectos en el poder judicial. El orden contencioso-administrativo debe tener las mismas garantías que los demás, sin ser en ningún caso un fuero privilegiado para la Administración. Esto afecta, por supuesto, al régimen de los jueces y magistrados, que reúnen las mismas características de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente al imperio de la ley que en los demás órdenes jurisdiccionales, y también a la regulación del proceso, basada estrictamente en el principio de igualdad de partes. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) es supletoria de la LJCA (Disposición Final 1.ª LJCA y art. 4 LEC), lo que permite que esta última se remita a la primera, sobre todo en la regulación de cuestiones procesales como la práctica de la prueba, presentación de escritos y realización de actos procesales, etc.

2. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

2.1. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

2.1.1. La cláusula general

5. Frente a modelos históricos en los que sólo se permitía que los tribunales controlaran la actuación administrativa en algunas materias concretas ("sistema de

lista"), actualmente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se delimita a través de una **cláusula general** recogida en el artículo 1.1 LJCA: "Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la **actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo**, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación".

6. Por tanto, el contencioso no se ocupa de cualquier conflicto entre la Administración, en sentido estricto (es decir, cualquier ente de Derecho público) y un particular, sino de aquellas cuestiones que surjan en la actividad de un ente público que esté sometida al Derecho administrativo (no al Derecho privado), frente a un particular o frente a otro ente público. En consecuencia, muchos pleitos con la Administración se tramitan ante la jurisdicción civil o social.

7. Dicho de otro modo, para que sea competente la jurisdicción contencioso-administrativa deben darse **dos condiciones**: (1) que el litigio se produzca en relación con (o a partir de) una **actuación** de una **Administración pública**, que en la actualidad, conforme al artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) incluye no sólo a las Administraciones generales o territoriales, sino también a otras entidades instrumentales como organismos autónomos, agencias o entidades públicas empresariales, siempre que se trate de entes de Derecho público; y (2) que esa actuación esté **sometida al Derecho administrativo** (lo que no siempre sucede, porque el Derecho administrativo es un Derecho exclusivo de la Administración en el sentido de que sólo ella puede utilizarlo, pero no es un Derecho universal de la Administración, puesto que en algunos casos ésta actúa en régimen de Derecho privado) (*supra* § 2.29).

2.1.2. Materias incluidas

8. La expresión "**actuación** (…) sujeta al Derecho administrativo" incluye todo tipo de actuación administrativa y, por tanto, no solo los actos administrativos sino también (por supuesto), los planes, los contratos y los reglamentos o "disposiciones generales de rango inferior a la Ley". En cuanto a las normas con rango de ley aprobadas por el Gobierno (o los gobiernos autonómicos, cuando lo prevén los estatutos de autonomía), los decretos-leyes son recurribles exclusivamente ante el Tribunal Constitucional (TC), pero los decretos legislativos pueden ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa "cuando excedan los límites de la delegación" *(ultra vires)*, según el artículo 1.1 LJCA, que desarrolla lo que implícitamente dice el artículo 82.6 CE.

9. Se entiende por "**Administraciones públicas**" (art. 1.2 LJCA) todas las Administraciones territoriales o generales y los entes del sector público con forma de personificación jurídico-pública (Administraciones institucionales, instrumentales o especiales, *supra* § 1.21 y § 8).

10. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo también conoce de los actos y disposiciones de las **corporaciones de Derecho público** (por ejemplo, colegios profesionales) en la medida en que ejerzan **potestades administrativas** (como ocurre con las sanciones disciplinarias y con la admisión o expulsión del colegio, que determina la posibilidad, o no, de ejercer la profesión) (*supra* § 8.24).

11. Los **entes del sector público que tengan una forma de personificación jurídico-privada** (sociedades mercantiles y fundaciones públicas) no pueden ser, con carácter general, demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En aquellas materias, como los contratos, en las que se prevé que su actividad sea controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa, se establece un recurso previo ante una Administración Pública, cuya resolución será la que se recurra, en su caso, en vía contencioso-administrativa (artículos 44.6 y 321.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, —LCSP—) (*supra* § 19.139).

12. Normalmente, sólo las Administraciones públicas y entes de Derecho público pueden actuar en régimen de Derecho administrativo, por lo que, aunque hay supuestos de actuación administrativa en régimen de Derecho privado, la actuación de **sujetos privados en régimen de Derecho administrativo** es más limitada. Una excepción parcial es el caso de los concesionarios, que pueden ejercer potestades administrativas (en régimen, por tanto, de Derecho administrativo) por delegación de la Administración. Normalmente, su actuación será recurrible ante la Administración concedente, cuya actuación será, a su vez, recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero también es posible que la legislación sectorial permita el recurso contencioso-administrativo directo contra actuaciones del concesionario [art. 2.*d)* LJCA].

13. Es discutible en qué medida se está extendiendo la **aplicación del Derecho administrativo a las entidades privadas** que forman parte del sector público institucional y si esta extensión alcanza también a los sujetos privados que ejercen funciones públicas (*supra* § 2.32 y 33). Los autores que sostienen que se está produciendo esta extensión (CANALS, 2002, ESTEVE, 2012, GARCÍA-ANDRADE, 2020) defienden también la necesidad de ampliar de forma correlativa el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (CABALLERO, 2021: 54).

14. Hay **órganos del Estado (y de las comunidades autónomas**), que no son Administraciones públicas (Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo, así como las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) cuya actividad administrativa ("actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público") está sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.3 LJCA) (*supra* § 2.31). Ello se debe a la necesidad de proporcionar tutela judicial efectiva a quienes se relacionan con esos órganos (funcionarios, contratantes, sujetos que sufren daños imputables a los mismos), y a la semejanza de esa actividad con la actuación administrativa sometida a los tribunales contencioso-administrativos. Se trata, en todo caso, de una actividad secundaria o instrumental de tales órganos constitucionales (parlamentos, TC), en relación con su actividad principal (la legislativa, por ejemplo). El caso del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y, con

matices, de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales es algo diferente, porque tampoco son Administraciones, pero en ellos (sobre todo el CGPJ) la actividad "administrativa" no es secundaria o instrumental, sino principal, y está sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa [artículo 1.3.b) LJCA].

15. El artículo 2.*a)* LJCA rectifica la antigua exención de los **"actos políticos"** (típica "válvula de seguridad" que se coloca al contencioso-administrativo en un régimen autoritario o dictatorial). Por muy político (o discrecional) que sea un acto, es recurrible en todo caso y los tribunales podrán controlarlo en todo aquello que esté jurídicamente programado o predeterminado (por ejemplo, sus elementos reglados, el procedimiento, el fin, etc.) (*supra* § 5.39). Otra cosa son los actos gubernamentales que no están sometidos al Derecho administrativo sino a la Constitución (planteamiento de una cuestión de confianza, por ejemplo) o al Derecho internacional (como el *placet* del Gobierno a un diplomático extranjero: ATS de 19 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2075A)

16. Un ejemplo tradicional de "acto político" era la concesión de un **indulto** por el Gobierno. Al respecto, la jurisprudencia ha dejado claro que el real decreto que concede el indulto es impugnable ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, si bien el alcance real del control es limitado, pues en su actual regulación, la Ley del Indulto (Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto) ni siquiera exige expresamente la motivación del indulto, y apenas si contiene parámetros para la decisión gubernativa. En un asunto en el que el Gobierno concedió un indulto parcial a un conductor "suicida" sin que aparentemente hubiera ninguna razón de justicia o utilidad social que lo justificara, el Tribunal Supremo admitió a trámite un recurso contra el real decreto de indulto y consideró que dicho indulto era arbitrario (precisamente por carecer de toda justificación) y por tanto inconstitucional (por infracción del art. 9.3 CE) y nulo (STS de 20 de noviembre de 2013, ECLI:ES:TS:2013:5997).

17. En materia de **responsabilidad patrimonial o extracontractual**, actualmente es competente la jurisdicción contencioso-administrativa "cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas [las Administraciones públicas] por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad" [art. 2.*e)*].

18. Con frecuencia, para resolver la cuestión litigiosa, que es necesariamente de Derecho administrativo (art. 1.1), es preciso resolver una **cuestión previa** de otra naturaleza.

19. Por ejemplo, para saber si una sociedad mercantil tiene derecho a la **retasación de un bien** expropiado (cuestión jurídico-administrativa regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, LEF), es necesario saber si esa mercantil es realmente la sucesora de la que fue expropiada (cuestión mercantil, puesto que pueden haberse producido fusiones, escisiones o cesiones globales de activo y pasivo).

20. La jurisdicción contencioso-administrativa también es competente para resolver esas **cuestiones prejudiciales**, salvo que sean de carácter constitucional (aquí procede el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, art. 163 CE) o penal. En este último caso será necesario el pronunciamiento de los tribunales penales, puesto que un tribunal contencioso-administrativo, por ejemplo, no puede declarar la nulidad de un acto administrativo por ser constitutivo de delito o derivado

del mismo (art. 47.1 *d)* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC), sin que un tribunal penal haya declarado que se ha cometido ese delito. La decisión del órgano judicial contencioso-administrativo sobre la cuestión prejudicial sólo produce efectos dentro de este proceso, pero no vincula al tribunal (civil, social, etc.) que sea competente para conocer de la misma a título principal.

2.1.3. Materias atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales

21. El artículo 3 LJCA deja fuera determinadas cuestiones, algunas de las cuales pudieran a primera vista parecer incluidas en la cláusula general porque se refieren a actividad de Administraciones públicas sometida a Derecho administrativo. Es preciso recordar que, en caso de duda en la delimitación competencial con la **jurisdicción civil**, ésta tiene *vis attractiva*, como reconoce el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) (*supra* § 32.91).

22. La delimitación con el orden **jurisdiccional social** es especialmente compleja, porque, por razones de política legislativa, se ha decidido que bastantes actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho administrativo, pero relativos a materia laboral y/o de seguridad social, estén sometidos a la jurisdicción social, cuya ley reguladora es la que efectúa la delimitación (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, art. 2).

23. Así, es competente la jurisdicción social para los asuntos relativos a sanciones en materia laboral y de seguridad social, prestaciones de seguridad social, prevención de riesgos laborales (también de todo tipo de empleados públicos) o resoluciones administrativas en expedientes de regulación de empleo. En materia de empleados públicos laborales, las cuestiones entre la Administración y el empleado son competencia de la jurisdicción social, pero las relativas al acceso al **empleo público** (oposiciones, concursos, etc.) eran tradicionalmente de la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta que la Sala de lo Social del TS interpretó que la Ley 36/2011 las había atribuido a la jurisdicción social. En la Disposición Final 20ª. de la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, se modificó la Ley 36/2011 para volver a atribuirlas a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero la STC 145/2022 la ha declarado inconstitucional por exceder el contenido constitucionalmente admisible de las leyes de presupuestos.

24. Tampoco corresponde al contencioso-administrativo el recurso contencioso-administrativo **militar**, regulado en la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril) y referido a actos administrativos disciplinarios, que son recurribles, por tanto, no ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante la militar.

25. Mención aparte merece el caso de los recursos que se interpongan contra las **normas forales fiscales** de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Son normas que, aunque no tienen rango legal, pueden regular tributos (materia reservada normalmente a la ley). Aunque venían siendo recurribles (como reglamentos) ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, las "blinda", en el sentido de que sólo son recurribles ante el TC (con los matices que establece la STC 118/2016, que realiza una interpretación conforme con la Constitución).

26. Los **conflictos de jurisdicción** (conflictos entre la Administración y órganos jurisdiccionales) corresponden al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Ley Orgáni-

ca 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales), cuyas decisiones pueden ser recurridas, en caso de vulneren derechos fundamentales, en amparo ante el TC.

2.2. Organización

2.2.1. Características del modelo elegido

27. Existen **tres escalones** en la jurisdicción contencioso-administrativa que permiten subir, a través de sucesivos **recursos de apelación y casación**, al TS, al igual que en el orden civil (donde tenemos juzgados de primera instancia, ahora convertidos en secciones de lo Civil de los Tribunales de Instancia, audiencias provinciales y Sala Primera del Tribunal Supremo).

28. En el orden contencioso existen **dos peculiaridades**. La primera es que encontramos dos caminos paralelos: uno discurre desde los juzgados (provinciales) de lo contencioso-administrativo (que, a partir de la Ley orgánica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que reforma la LOPJ, se transforman en secciones de lo contencioso-administrativo de los tribunales de instancia), pasa por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia (autonómicos) y llega a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y otro (paralelo) discurre desde los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, (ahora transformados en sección de lo contencioso-administrativo del Tribunal Central de Instancia) continúa por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y llega también a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Según la materia, unos asuntos van por el circuito territorial y otros por el central. Hasta la reforma operada por la Ley orgánica 1/2025, el primer escalón estaba formado por órganos unipersonales (juzgados de lo contencioso-administrativo y juzgados centrales de lo contencioso-administrativo), pero ahora los órganos unipersonales se han integrado en órganos colegiados en todos los órdenes jurisdiccionales. La Ley orgánica 1/2025 prevé que estos dos nuevos órganos se constituyan el 31 de diciembre de 2025. Hasta entonces, continuarán funcionando los juzgados y juzgados centrales.

29. Además, existe una **diferencia fundamental con el orden civil**. En éste, todos los asuntos, cualquiera que sea su materia o cuantía, comienzan en un tribunal de primera instancia, cuya sentencia es recurrible en apelación ante una audiencia provincial, cuya sentencia es, a su vez, recurrible en casación ante el TS (aquí ya con requisitos de admisión estrictos). En cambio, en el contencioso-administrativo la ley distribuye el conocimiento inicial de los asuntos, en función de la materia, entre los cinco tipos de órganos judiciales. Los órganos de instancia (antiguos juzgados) no conocen en primera instancia de todos los asuntos, sino sólo de algunos de ellos, que la ley considera menos relevantes (por su cuantía) o más masivos (personal, extranjería, asilo, etc.). Existe, además, un límite significativo para acceder a la apelación (30.000 euros). Se sigue, en la atribución de asuntos a órganos judiciales, el criterio de que la actuación de **cada tipo de órgano administrativo** sólo es recurrible ante un tipo concreto de órgano judicial: la del Consejo de Ministros, ante el TS; la de

ministros y secretarios de Estado, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; la de algunos otros órganos de la Administración Central, ante la sección de lo contencioso-administrativo del Tribunal Central de Instancia; la de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, ante las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, mientras que los las secciones de lo contencioso-administrativo de los tribunales de instancia (antiguos juzgados de lo contencioso-administrativo) se encargan de la actividad local y una parte de la autonómica y de la estatal periférica. Todo ello perjudica la tutela judicial efectiva (en muchos casos el demandante sólo tiene derecho a una sentencia, pues las posibilidades de recurso contra ella se limitan a una casación de muy difícil acceso) y puede perjudicar también la percepción de imparcialidad (muy pocos jueces controlan todos los actos que proceden de determinados órganos administrativos).

2.2.2. Secciones de lo contencioso-administrativo de los tribunales de instancia (hasta ahora, juzgados de lo contencioso-administrativo)

30. Se ocupan de los **recursos contra actos** (no reglamentos) **de las entidades locales**, excluida la impugnación de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico (art. 8.1 LJCA). También son competentes para conocer de algunos **actos autonómicos**, siempre **que no procedan del Consejo de Gobierno** (art. 8.2 LJCA)

31. Les corresponden también (con algunas excepciones) los **recursos** que se **deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica** o territorial del Estado (*supra* § 9.34) y de las comunidades autónomas (*supra* § 10.46) y contra los actos de los **organismos, entes, entidades o corporaciones de Derecho público** cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional (por ejemplo, las universidades) y contra algunas resoluciones de los **órganos superiores** cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela (art. 8.3 LJCA). También les corresponden los recursos contra todas las resoluciones que se dicten en materia de **extranjería** por la Administración periférica del Estado o de las CCAA (art. 8.4 LJCA).

32. Debido a su proximidad y a la inmediatez de su actuación, les corresponden asuntos como las autorizaciones de **entrada en domicilio** (para la ejecución de actos administrativos) y la autorización o ratificación de medidas ordenadas por las autoridades sanitarias que limiten o restrinjan derechos fundamentales y se refieran a personas concretas (art. 8.6 LJCA). Dejamos a un lado, por su especialidad, el contencioso-electoral.

2.2.3. Salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia

33. Las salas tienen una **triple función**: conocen de ciertos asuntos en **única instancia** (es decir, son el órgano ante el que se presenta el recurso por primera vez), conocen de los **recursos de apelación** contra sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo y conocen también del llamado **"recurso de casación**

autonómico", que es el que se interpone contra sentencias de la propia sala por supuesta vulneración de Derecho autonómico.

34. Conforme al artículo 10.1 LJCA, en **única instancia** conocen de los recursos interpuestos contra todos los actos autonómicos y locales que no correspondan a los juzgados y contra todos los recursos interpuestos contra actos de la Administración estatal que no correspondan ni a los juzgados ni a otros órganos contencioso-administrativo (TS, Audiencia Nacional, juzgados centrales), puesto que a las salas les corresponde la competencia residual. También conocen de los recursos interpuestos contra la actividad administrativa de los parlamentos autonómicos y órganos equiparables al Tribunal de Cuentas o al Defensor del Pueblo. Destaca la competencia para conocer de los recursos contra resoluciones de los tribunales económico-administrativos regionales (y los del central en materia de tributos cedidos) y los recursos contra resoluciones de los órganos autonómicos de recursos contractuales (o el central, cuando se pronuncia sobre contratos autonómicos o locales).

35. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, les había añadido la competencia para autorizar o aprobar las medidas acordadas por autoridades sanitarias autonómicas que restringieran o limitaran derechos fundamentales y tuvieran alcance general (por ejemplo, cierres perimetrales). Sin embargo, la STC 70/2022, FJ 7, ha declarado inconstitucional y nula esta norma, considerando que mediante esta autorización judicial se están atribuyendo a la jurisdicción contencioso-administrativa funciones reglamentarias que, de acuerdo con la Constitución y los estatutos de autonomía, corresponden únicamente al Gobierno.

2.2.4. Sección de lo contencioso-administrativo del Tribunal Central de Instancia (hasta ahora, juzgados centrales de lo contencioso-administrativo

36. Después de que, en 1977, se creara la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con la función de ser el fuero de la Administración Central del Estado (salvo el Consejo de Ministros y comisiones delegadas, que continuaron atribuidos al TS), la LJCA de 1998 pone en funcionamiento los **juzgados centrales** para que descarguen a dicha sala, haciéndose cargo de una parte de sus competencias (al igual que hacen los juzgados de lo contencioso-administrativo en relación con los TSJ). Con la Ley orgánica 1/2025, que integra los órganos unipersonales en órganos colegiados, los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo se convierten en sección de lo contencioso-administrativo de en un nuevo Tribunal Central de Instancia.

37. Así, conforme al artículo 9.1 LJCA **conocen** de los actos de ministros y secretarios de Estado en materia de personal (salvo excepciones), de las sanciones impuestas por órganos de la Administración central del Estado en los mismos términos que los juzgados provinciales (hasta 60.000 euros o seis meses), de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial resueltas por ministros o secretarios de Estado hasta 30.050 euros, de recursos contra actos y disposiciones de organismos públicos con competencia sobre todo el territorio nacional (salvo ciertos casos en que corresponden a los TSJ), recursos contra resoluciones que inadmitan peticiones de asilo políti-

co, recursos contra resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte (sanciones a deportistas) o el cierre de páginas web ordenado por la Comisión de Propiedad Intelectual.

2.2.5. Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional

38. Al igual que las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, tiene una **doble función** como órgano de **instancia** (en ciertos asuntos, fundamentalmente actos de ministros y secretarios de Estado no atribuidos a los juzgados centrales) y como tribunal de **apelación** frente a las sentencias de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo. En la línea de descargar al TS, la Ley orgánica 1/2025 aclara que la atribución a esta sala de la competencia para conocer de recursos contra actos que procedan de ministros y secretarios de Estado opera "aun cuando se adopten previo informe o acuerdo del Consejo de Ministros o de las comisiones delegadas del Gobierno".

39. Su competencia como tribunal de **instancia** es bastante amplia, pues incluye también los recursos contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (salvo en materia de tributos cedidos), del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (siempre que el contrato sea de la Administración del Estado), y de numerosos organismos reguladores e independientes, como (entre otros) el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Junta Arbitral de Tributos, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Instituto Cervantes, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, la Autoridad Independiente de Protección del Informante o el Consejo de Universidades (art. 11.1 LJCA).

40. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, le atribuía la competencia de autorizar o aprobar las medidas adoptadas por autoridades sanitarias estatales que limitasen o restringieran derechos fundamentales y tuvieran alcance general. Ello no obstante, igual que se dijo antes en relación con la misma competencia de los tribunales superiores de justicia (*supra* § 34.35), la STC 70/2022, FJ 8, ha declarado la norma atributiva de esa competencia inconstitucional y nula.

2.2.6. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

41. Como órgano de **instancia**, conoce de los recursos que se interpongan contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros y sus comisiones delegadas. También conoce de los recursos contra actos y disposiciones del CGPJ y contra actos dictados en la actividad "administrativa" del Congreso de los Diputados, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo, e igualmente de los recursos que se interpongan contra actos de la Junta Electoral Central y otros previstos en la legislación electoral (art. 12.1 LJCA).

42. Conoce también de todos los recursos de **casación** (salvo los que se fundan en infracción de Derecho autonómico por las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ), incluidos los que se interponen contra resoluciones del Tribunal de Cuentas (art. 12.2 a) y b) LJCA).

3. LAS PARTES

3.1. Los sujetos del proceso contencioso-administrativo

3.1.1. El recurrente o demandante.

43. El sujeto que inicia el proceso contencioso-administrativo es el **recurrente o demandante**. El proceso contencioso-administrativo es impugnatorio de alguna actividad administrativa, por lo que lo más frecuente es que el demandante sea una **persona física o jurídica privada**. Cuando actúa en régimen de Derecho administrativo, la Administración está dotada de autotutela y no necesita acudir a la jurisdicción, pudiendo ejercer sus potestades o hacer valer sus derechos a través de actos administrativos (*supra* § 17.82). Es el sujeto afectado por ese acto el que acudirá a la jurisdicción contencioso-administrativa.

44. Existen, sin embargo, varias situaciones en las que las **Administraciones** asumen la posición de **demandante**. Así, cuando quieren dejar sin efecto un acto suyo que consideran anulable (aunque no nulo) y que es favorable para los interesados. En ese caso, la Administración debe impugnar en vía contencioso-administrativa su propio acto, previamente declarado lesivo, y el particular favorecido por el acto asume la posición de demandado (recurso de lesividad, art. 107 LPAC) (*supra* § 33.35). También cuando un ente público impugna un acto, dictado por otra Administración, que le causa un perjuicio, normalmente por invadir sus competencias, o bien demanda el incumplimiento de un convenio entre ambas. Asimismo, existen órganos que tienen asignada la función de impugnar actos administrativos que perjudiquen o lesionen un bien jurídico cuya tutela tengan encomendada, como sucede con la CNMC, que tiene, entre otras, la competencia de impugnar actos dictados por cualquier Administración que atenten contra la unidad de mercado (art. 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado [LGUM] y arts. 127 *bis* a 127 *quáter* de la LJCA).

3.1.2. La parte demandada

45. El papel de **parte demandada** corresponde a la **Administración autora del acto o actividad impugnados**. Aunque el papel de parte demandada lo ostenta siempre una persona jurídica (es decir, una Administración o ente público) y no uno de sus órganos, a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente ya hemos visto que es relevante qué órgano que dicta el acto. A este respecto, cuando un órgano actúa por delegación de otro, se considera que el acto ha sido dictado por el órgano delegante (art. 9.4 LRJSP).

46. Con cierta frecuencia, la competencia para dictar un acto corresponde a una Administración, pero se produce una **intervención vinculante de otra**, por vía de aprobación o fiscalización posterior o de informe vinculante. El artículo 21.2 LJCA establece que, cuando el ente que fiscaliza deniega la aprobación o modifica el acto, entonces es éste el demandado, mientras que, cuando el ente aprueba íntegramente el acto, entonces es la Administración que lo ha dictado la demandada.

3.1.3. Los codemandados

47. El **codemandado** no existe en todos los procesos. Son codemandados aquellos sujetos cuyos **derechos o intereses** pueden ser **afectados por la sentencia** (por ejemplo, el adjudicatario de un contrato público, en un recurso contra la adjudicación, cuya sentencia puede anularla). Estos sujetos tienen derecho a personarse y ser parte en el proceso, en calidad de codemandados, al lado de la Administración.

48. El codemandado se limita a **defender el acto o actuación recurrida**, al lado de la Administración demandada, aunque sin estar limitado por sus argumentos (al contrario, puede aportar motivos de oposición al recurso distintos de los de ella) y sin estar vinculado tampoco por la conducta procesal de la Administración: el codemandado puede continuar el pleito, aunque la Administración se allane y puede recurrir la sentencia, aunque la Administración no lo haga. Un sujeto que se oponga al acto administrativo y que no lo haya recurrido a tiempo, no puede personarse como codemandado para argumentar en favor de su anulación.

49. Cuando el sujeto que puede verse afectado por la sentencia ha sido, además, **interesado** en el procedimiento, tiene derecho a ser emplazado, es decir, a que se le comunique personalmente la existencia del pleito para que pueda personarse. La omisión de ese emplazamiento, cuando provoca una auténtica indefensión material (es decir, siempre que el afectado no haya tenido conocimiento extraprocesal del pleito), permite obtener la nulidad de las actuaciones desde el momento en el que se omitió el emplazamiento, al objeto de que el afectado tenga la oportunidad de personarse y el pleito vuelva a tramitarse desde ese momento con su presencia.

3.2. Requisitos generales de las partes

3.2.1. Capacidad

50. Todos los sujetos (personas físicas y jurídicas) tienen **capacidad para ser parte** en un proceso, pero la **capacidad procesal**, necesaria para llevar a cabo actos procesales (como el otorgamiento del poder al procurador para que éste presente el recurso) la tienen los mayores de edad que no hayan sido incapacitados (es paralela a la capacidad de obrar). Si el recurrente no tiene capacidad procesal, necesitará el complemento de capacidad legalmente previsto (intervención de titular de la patria potestad, tutor, etcétera).

51. El artículo 18 LJCA se refiere también a **supuestos excepcionales** y limitados en los que pueden ser recurrentes personas que no tienen capacidad procesal, como grupos de afectados o uniones sin personalidad. En general, sujetos sin personalidad pueden ser parte recurrente cuando la legislación aplicable les reconoce como sujetos de relaciones jurídico-administrativas (como pasa, por ejemplo, con las comunidades de bienes y herencias yacentes en el ámbito tributario).

3.2.2. Legitimación

52. Con carácter general sólo pueden recurrir los que hayan sido afectados en sus **derechos o intereses legítimos** por la actuación administrativa que impugnan (art. 19.1 LJCA). Los demás sujetos sólo tienen un "interés a la legalidad", que no les legitima salvo en aquellos casos en que está legalmente prevista la "acción popular". Se entiende que un sujeto, público o privado, tiene **interés legítimo** cuando la estimación del recurso le beneficiaría de alguna forma. Las asociaciones (por ejemplo, de consumidores), sindicatos, etc. no sólo están legitimados para defender sus propios intereses, sino también los intereses colectivos que tienen encomendados estatutaria o legalmente.

53. En cuanto a la legitimación de **Administraciones y entes públicos** para recurrir actos ajenos, el artículo 19 LJCA legitima a la Administración del Estado para impugnar actos de otras Administraciones públicas "cuando ostente un derecho o interés legítimo", y a las CCAA y entidades locales para presentar recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones "que afecten al ámbito de su autonomía". Además, ya hemos visto cómo algunas leyes conceden legitimación a determinados organismos públicos para recurrir actos dictados por otras Administraciones, como forma de controlar la actuación de éstas. Por ejemplo, la CNMC puede impugnar actos o disposiciones que lesionen la competencia o la unidad de mercado.

54. El artículo 20 LJCA prevé algunos **supuestos en los que determinados sujetos no están legitimados**. Así, los órganos de la Administración demandada "y los miembros de los órganos colegiados salvo que una ley lo autorice expresamente". Una de las excepciones más claras es la legitimación de los concejales para impugnar los actos dictados órganos municipales siempre que hayan votado en contra o no formen parte de los mismos (art. 63 de la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL), que es un supuesto en el que se amplía la legitimación para favorecer el control de legalidad de la actuación administrativa. Tampoco están legitimados los particulares, cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de la Administración que dicta el acto recurrido y, por último, las entidades (instrumentales) de Derecho público que estén vinculadas o sean dependientes de otra, no pueden recurrir los actos de su ente matriz salvo que por ley se les haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración (como ocurre con las universidades).

3.2.3. Postulación

55. Con carácter general, se aplican las mismas reglas que en el proceso civil: las partes han de estar representadas por **procurador** y asistidas por **abogado**. Sin embargo, ante los juzgados (órganos unipersonales), el abogado puede asumir también la representación de la parte (art. 23.1 y 2 LJCA). Además, los funcionarios públicos pueden comparecer por sí mismos (sin abogado ni procurador) cuando presenten un recurso en materia de personal que no se refiera a separación de empleados públicos inamovibles (art. 23.3 LJCA).

4. OBJETO DEL PROCESO

4.1. Significado del objeto del proceso: pretensiones y actividad administrativa impugnada

56. Cuando hablamos de **"objeto del proceso"**, hacemos referencia a aquello que se discute en él y sobre lo que debe decidir la sentencia. El proceso es un debate entre partes, en el que, por la relevancia jurídica que puede tener la sentencia (que puede determinar consecuencias jurídicas muy graves), es necesario fijar con precisión el objeto de ese debate, para que las partes tengan claro qué se discute, qué puede decidir la sentencia y sobre qué cuestiones se puede (y se debe) proponer prueba. El objeto del proceso es relevante también a otros efectos, como determinar el órgano competente, el procedimiento aplicable, la cuantía o los recursos que cabe interponer contra la sentencia.

57. En todo proceso judicial, el concepto que sirve para identificar el objeto es el de **pretensión procesal**, que es la concreta petición que la parte deduce o formula dentro del proceso. En el proceso contencioso-administrativo, las pretensiones han de formularse "en relación con" alguna actividad administrativa, que se recurre o impugna. El contencioso-administrativo es "impugnatorio" y la acción se denomina "recurso" porque siempre se dirige contra alguna forma de actividad administrativa (normalmente un acto o un reglamento, aunque también existen otras dos posibilidades, la inactividad y la vía de hecho). A diferencia de tiempos pasados, el proceso contencioso-administrativo ya no es "revisor" porque la sentencia no tiene como límite máximo la anulación del acto impugnado, sino que puede ir más allá y contener otros pronunciamientos (incluso de condena), pero sí se trata siempre de un recurso contra una actividad impugnada, que es, como hemos visto, el dato que decide, por ejemplo, cuál es el órgano judicial competente. En la práctica, y en aquellos casos en que la pretensión surge sin que la Administración haya llevado a cabo ninguna actuación, el particular se ve obligado a dirigir una petición a la Administración e interponer, ante su silencio, recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de esa petición y formular, en relación con la misma, la pretensión previamente planteada en vía administrativa. La LJCA, aunque mantiene ese carácter impugnatorio del proceso, amplía el catálogo de actuaciones impugnables, añadiendo, a los actos y reglamentos, la inactividad administrativa y la vía de hecho.

4.2. Las diferentes vías procesales

4.2.1. El recurso contra actos administrativos.

58. El **recurso contra actos administrativos** es el más frecuente, aunque no es la única modalidad de recurso contencioso-administrativo. Ha de tratarse de actos **que agoten la vía administrativa.** Si no la agotan, es imprescindible interponer

contra ellos el recurso de alzada (*supra* § 33.68) y esperar a su desestimación expresa o presunta, que sí puede ser recurrida en vía contencioso-administrativa. Además, y como también dice el artículo 25 LJCA, ha de tratarse de **resoluciones o de actos de trámite cualificados**, es decir, también de aquellos actos de trámite que, aunque no son propiamente resoluciones "deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos" (*supra* § 33.52).

59. Puede tratarse de actos expresos (por ejemplo, una multa), actos administrativos presuntos obtenidos por **silencio positivo** (por ejemplo, una licencia o una autorización), o bien la denegación presunta de una solicitud o de un recurso (**silencio negativo**) (*supra* § 15).

4.2.2. El recurso contra reglamentos

60. La LJCA contempla tanto el **recurso directo** contra los reglamentos (art. 25.1 LJCA) como el **indirecto** (art. 26.1). El recurso indirecto es un recurso contra un acto en el que el recurrente alega que el acto impugnado es ilegal porque se dicta en aplicación de un reglamento ilegal. En el proceso se va a discutir, por tanto, la legalidad del reglamento y por eso se denomina recurso indirecto contra reglamentos. Según el artículo 26.2 LJCA, "[l]a falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación", es decir, la interposición del recurso indirecto. La estimación de un recurso directo produce efectos para terceros, porque supone la desaparición de ese reglamento del mundo jurídico, con efectos *erga omnes* (art. 72.2 LJCA), como veremos al hablar de la sentencia (*supra* § 16.84). Este efecto no se da necesariamente en el caso del recurso indirecto, donde la anulación un acto aplicativo (basada en la invalidez del reglamento o disposición administrativa que aplica) no conduce siempre a la declaración de nulidad del reglamento.

61. Con independencia del recurso directo e indirecto, el artículo 6 LOPJ establece que "[l]os Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa", lo que significa que el órgano judicial puede **inaplicar**, incluso de oficio, cualquier norma reglamentaria que considere contraria al ordenamiento jurídico.

62. El recurso indirecto y la inaplicación no suponen la declaración de nulidad del reglamento, sino su **inaplicación** a un caso concreto, lo que genera una situación de inseguridad porque sigue siendo posible que el reglamento sea aplicado en otros procesos (y que otros órganos judiciales no lo consideren ilegal). La LJCA establece mecanismos para tratar de reducirla. Así, cuando el órgano que conoce de un recurso indirecto (ya sea en primera instancia o en vía de recurso) sea también competente para conocer de un recurso directo contra el reglamento, al estimar el recurso indirecto declarará la **nulidad** del reglamento con efectos *erga omnes* (art. 27.2 LJCA). Si no es el caso, el órgano que estime un recurso indirecto mediante sentencia que ya no

sea susceptible de recurso, debe plantear, para zanjar la incertidumbre sobre la legalidad del reglamento, una **cuestión de ilegalidad** ante el órgano judicial competente para conocer de recursos directos contra ese reglamento. Eso abre un procedimiento especial denominado cuestión de ilegalidad (art. 123-126 LJCA), en el que comparecen las partes del proceso anterior (así como también, si no ha sido parte en él, la Administración autora del reglamento), y finalmente el tribunal dicta sentencia, que, en su caso, declarará la nulidad del reglamento o desestimará la cuestión. En este último supuesto, la sentencia "no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que planteó aquélla".

63. Por ejemplo: un funcionario obtiene una sentencia que le reconoce el derecho a percibir un determinado complemento retributivo porque entiende que el reglamento que se lo niega es ilegal. El juez plantea cuestión de ilegalidad ante la sala de lo contencioso-administrativo que habría sido competente para conocer de un recurso directo contra ese reglamento. La sala llega a la conclusión contraria a la del juzgado y desestima la cuestión porque no considera que el reglamento sea ilegal. Esa sentencia no impide al funcionario que ganó el pleito seguir cobrando el complemento, aunque cierra el paso a otros funcionarios que quieran recurrir utilizando el mismo argumento.

4.2.3. El recurso contra la inactividad

64. Ya hemos visto que no siempre quien acude a la jurisdicción contencioso-administrativa lo hace porque quiera dejar sin efecto un acto administrativo que le perjudica en sus derechos o intereses legítimos. Muchas veces lo que necesita es justo lo contrario, que la Administración dicte un acto o lleve a cabo una actuación que necesita: concederle una ayuda pública, iluminar la calle en la que vive, demoler un edificio contra el que se dictó una orden de demolición no ejecutada, admitirle en un determinado centro educativo, etc. Hay países en los que ese tipo de pretensiones se plantean directamente como una demanda contra la Administración (presentando antes una reclamación extrajudicial, como es habitual también en los pleitos civiles entre particulares). En España era tradicional utilizar la vía de la "denegación presunta", es decir, formular la petición en vía administrativa y recurrir después su "denegación presunta" (*supra* § 15.4).

65. La LJCA de 1998, con la intención de resolver el problema, ha creado el **"recurso contra la inactividad"**, que mantiene el carácter impugnatorio del contencioso, pero añade un nuevo tipo de actuación administrativa impugnable: la "inactividad" (pese a que ésta es lo contrario de una actuación). Este recurso, regulado en el artículo 29.1 LJCA, no sirve para todos los supuestos en que el particular busca del tribunal que condene a la Administración a llevar a cabo alguna actuación.

66. En un intento de evitar que los tribunales se excedan e "invadan" competencias administrativas, el precepto establece una serie de **requisitos** que no se exigen en el recurso contra la denegación presunta: (1) sólo puede presentar recurso contra la inactividad quien tenga **derecho** a la actuación administrativa pretendida (no es suficiente que dicha actividad le beneficie en sus intereses legítimos), (2) ha de tratarse de una actuación que la Administración esté obligada a llevar a cabo ***en***

favor de esa persona (por ejemplo: pagarle una subvención), no siendo idónea esta vía para reclamar actuaciones que, aunque beneficien especialmente al recurrente, estén dirigidas a tutelar intereses generales (por ejemplo: actuar contra locales que presuntamente superan los límites de ruido en una calle), y (3) ha de tratarse de una **actuación que no requiera un acto administrativo** u otro procedimiento para su concreción y determinación. Todo ello restringe el alcance de esta vía y provoca que, con frecuencia, el recurso sea desestimado, no por falta de fundamento, sino por haberse elegido este cauce procesal y no el del recurso contra la "denegación presunta" (cauce éste de alcance universal y, por eso, mucho más utilizado).

67. Existe una modalidad particular del recurso contra la inactividad que es el **recurso contra la inejecución de actos firmes**, con el que se pretende precisamente obligar a la Administración a ejecutar un acto firme (art. 29.2 LJCA). Debido a la firmeza del acto, no es necesario discutir su validez, bastando acreditar la existencia del acto, su firmeza y su falta de ejecución, para obtener una sentencia estimatoria. El recurso se tramita siempre por el procedimiento abreviado, lo que sin duda se debe a lo limitado de su objeto y a la necesidad de que sea rápido, constituyendo algo parecido al procedimiento ejecutivo en el orden contencioso-administrativo.

4.2.4. El recurso contra la vía de hecho

68. Se denomina **"vía de hecho"** a una actividad material de la Administración (es decir, una actividad que no produce efectos jurídicos, como una licencia de obras o una multa de tráfico, sino reales o prácticos, como una demolición o la ejecución de una obra), que es perjudicial o gravosa para un particular y que es contraria a Derecho porque se ha llevado a cabo sin haberse dictado previamente un acto administrativo que podría haberle servido de fundamento jurídico.

69. El ejemplo típico es la **ocupación de una finca privada** para ejecutar una obra, que es algo perfectamente legal si se realiza tras la tramitación del procedimiento expropiatorio, pero que, sin embargo, en otro caso constituye una vía de hecho.

70. El problema procesal que plantea la vía de hecho es que, como no hay acto administrativo previo (ése es, precisamente, el problema), el afectado no puede interponer recurso contencioso-administrativo por **falta de acto impugnable**. El problema tenía varias soluciones ya antes de la LJCA de 1998: bien acudir a la vía civil e interponer un interdicto o procedimiento sumario en defensa de la posesión (lo que se justifica en que, si la Administración no cumple los requisitos necesarios para el ejercicio de sus poderes, como es la potestad expropiatoria, debe ser tratada como cualquier particular y verse sometida a la jurisdicción civil) o bien, como hicieron con frecuencia los tribunales (por ejemplo, el TC en su conocida STC 160/1991), interpretar el concepto de acto administrativo en sentido amplio y entender que detrás de la actuación material hay una decisión (implícita) susceptible de recurso.

71. En todo caso, la vigente LJCA regula en el artículo 30 un **recurso contra la vía de hecho**, con el que podrá pretenderse la declaración de que la actuación no es conforme a derecho, la orden de que la misma cese y la condena al restablecimiento de la situación jurídica anterior (y/o, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios).

4.3. La dinámica del objeto del proceso

4.3.1. La cuantía

72. Todo proceso judicial tiene una **cuantía económica**, o valoración del objeto del proceso, que se tiene en cuenta, por ejemplo, para determinar —en algunos casos— el órgano competente (sanciones de hasta 60.000 euros), el procedimiento aplicable (si la cuantía no supera los 30.000 euros se tramita por el procedimiento abreviado), los recursos que se pueden interponer contra la sentencia (sólo se puede recurrir en apelación una sentencia si la cuantía supera los 30.000 euros, salvo excepciones) y también para calcular el importe de las costas procesales (aunque el art. 139.4 LJCA permite, con ciertos matices, que el órgano judicial fije una cifra máxima, prescindiendo de la cuantía del proceso).

73. Las reglas para la **fijación de la cuantía** se establecen en el artículo 42 LJCA, aplicándose supletoriamente las de la LEC. En el orden contencioso-administrativo son muy abundantes (en comparación con el proceso civil) los asuntos de cuantía indeterminada, entre los que se incluyen algunos de gran relevancia como los de impugnación de reglamentos o planes urbanísticos. Esto quita al recurrente la presión del miedo a la condena en costas e incentiva —en cierto modo— esta clase de recursos. Por otro lado, en los asuntos de cuantía indeterminada se pueden utilizar las posibilidades procesales sometidas a un límite de cuantía (como el recurso de apelación), porque no se considera que la cuantía "no supere" los 30.000 euros, sino que queda al margen de dicha cifra.

4.3.2. Acumulación y ampliación del recurso

74. La **acumulación** se refiere, fundamentalmente, a la posibilidad de que el recurrente utilice un mismo recurso contencioso-administrativo para impugnar distintas actuaciones administrativas (por ejemplo, dos actos o un reglamento y un acto de aplicación) y la posibilidad de tramitar en un mismo proceso los distintos recursos que varios recurrentes han interpuesto por separado contra un mismo acto o reglamento (o contra varios relacionados entre sí). Tanto en el primer caso (acumulación de acciones) como en el segundo (acumulación de procesos), la acumulación produce el efecto de tramitar los distintos recursos en un solo proceso y resolverlos en una sola sentencia, evitando el riesgo de que recaigan sentencias contradictorias.

75. La acumulación será posible cuando los recursos se refieran al mismo acto, disposición o actuación o a varios que sean reproducción, confirmación o ejecución unos de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa (art. 34.2 LJCA). Por un lado, y debido a que la Administración necesita un fundamento normativo para toda su actuación (principio de legalidad), es frecuente que una actuación administrativa se apoye en una **cadena de actos jurídicos** (o incluso en un reglamento y varios actos posteriores) que están encadenados en el sentido de que cada uno constituye el fundamento del siguiente. En estos casos, la **conexión** es evidente y el recurrente puede recurrirlos acumuladamente (siempre que esté en plazo para recurrirlos todos de forma simultánea).

76. El otro supuesto es el de que un acto que es objeto de recurso por varios recurrentes: así, las bases por las que se va a regir la adjudicación de casetas en las fiestas de una ciudad pueden ser recurridas por distintos sujetos (concejales de la oposición, empresarios que se consideran perjudicados, vecinos, asociaciones), siendo conveniente la acumulación en un solo proceso para evitar sentencias contradictorias. Con todo, a veces los recurrentes prefieren la tramitación de distintos procesos ante varios juzgados, para maximizar la probabilidad de obtener sentencia favorable, puesto que una sola sentencia favorable anularía las bases con efectos *erga omnes*, mientras que una o varias sentencias desestimatorias de los recursos no producirían efectos frente a terceros y no impedirían que en otro proceso recaiga una sentencia favorable o estimatoria.

77. La **acumulación de acciones** se puede llevar a cabo al inicio del proceso (presentando un único recurso contra varios actos) o de forma sucesiva, cuando un recurso ya interpuesto contra un acto es objeto de **ampliación** para que se dirija también contra otro acto dictado con posterioridad (art. 36 LJCA). El problema es que el órgano judicial deniegue la acumulación o la ampliación y ya haya transcurrido el plazo para interponer recurso independiente contra alguno de los actos (primer caso) o contra el último (segundo caso). El artículo 35.2 LJCA da la solución (que ha de ser aplicable en los dos supuestos): que se conceda al recurrente un plazo de treinta días para interponer ese recurso independiente.

78. La **acumulación de procesos**, que ha de pedirse (por aplicación supletoria de la LEC) ante el órgano que conoce del recurso más antiguo, puede solicitarla uno de los recurrentes y se prevé que la Administración (que, como demandada en todos los procesos, tiene la información) informe al juez para que pueda adoptar una técnica prevista en la ley aunque poco utilizada: la del **"pleito testigo"** (art. 37.2 LJCA), que consiste en tramitar con carácter preferente uno o varios de los procesos pendientes que tienen el mismo objeto (y suspender los demás), de forma que, a la vista de la sentencia, los demás recurrentes puedan desistir del recurso (si creen que van a perder) o instar su continuación o incluso la extensión de efectos de la sentencia.

5. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

5.1. Elementos comunes previos al inicio del proceso

5.1.1. El agotamiento de la vía administrativa previa

79. En el recurso contra **actos**, éstos deben poner fin a la vía administrativa (art. 25.1 LJCA). Si el acto que se quiere recurrir no agota la vía administrativa (art. 114 LPAC), será necesario interponer previamente un recurso de alzada y esperar a su resolución expresa o presunta (*supra* § 33.75). En los **reglamentos** no se plantea este problema, porque no se puede interponer recurso administrativo contra ellos (art. 112.3 LPAC).

80. En el recurso contra la **inactividad,** para poder interponer recurso contencioso-administrativo es preciso reclamar a la Administración el cumplimiento de la obligación desatendida y esperar a que ésta resuelva o a que transcurran tres meses, en cuyo caso ya se podrá interponer recurso (art. 29.1 LJCA). Éste se interpone contra la inactividad, no contra la resolución de la reclamación formulada en vía administrativa. En el recurso contra la inejecución de actos firmes, el plazo de espera tras la reclamación se reduce a un mes (art. 29.2 LJCA). En el recurso contra la **vía de hecho**, la reclamación es potestativa, pudiendo presentarse el recurso contencioso-administrativo de forma directa (art. 30 LJCA).

5.1.2. El plazo de interposición del recurso.

81. La existencia de un **plazo de interposición** es una peculiaridad del proceso contencioso-administrativo frente al civil, en el que los únicos plazos son los de prescripción, que son más largos (y, además, son otra cosa: en el contencioso hay que respetar tanto el plazo de prescripción del derecho como el plazo de interposición del recurso, que se cuenta desde que se notifica el acto u otra actuación previa de la Administración). La figura del acto administrativo está llamada a producir estabilidad, en beneficio de la seguridad jurídica (*supra* § 16.6) y, por ello, el acto sólo puede ser recurrido durante un plazo de tiempo breve.

82. Por ejemplo: una concesión administrativa es la llave para ejecutar un proyecto empresarial con una gran inversión (instalar un centro de talasoterapia en un puerto deportivo, por ejemplo) y no puede estar sujeta a impugnación en todo momento, puesto que, en ese caso, no se podría tomar como base para ejecutar ninguna inversión.

83. La LJCA extiende el plazo de interposición a **todas las vías de recurso** (art. 46 LJCA), lo que en algunos casos produce perplejidad y obliga a arbitrar mecanismos para evitar que dichas vías se cierren sin necesidad y sin fundamento.

84. En el caso de los **actos administrativos**, el plazo es de **dos meses** desde la notificación o publicación del acto recurrido (art. 46.1 LJCA). El primer día del plazo es el día siguiente al de la notificación o publicación y el último día es el mismo día en que se produjo la notificación, pero dos meses después (si un acto se notifica el 3 de enero, el plazo comienza a contarse desde el 4 y el último día es el 3 de marzo, salvo que sea inhábil en cuyo caso el último día es el primer día siguiente hábil).

85. La ley sigue hablando del plazo de seis meses para impugnar los **actos administrativos "no expresos"** (pensando en el silencio administrativo), pero hace bastantes años que la jurisprudencia y ahora también la LPAC (arts. 122.1 y 124.1) dejaron claro que en caso de silencio administrativo no hay plazo de impugnación (lo que afecta sobre todo al silencio negativo, y deriva de que el mismo es sólo una ficción dirigida a permitir al particular interponer recursos, pero no le obliga a hacerlo y no da lugar a la producción de un acto presunto).

86. El plazo de **dos meses** se aplica también a la impugnación directa de **reglamentos**, contándose desde su publicación.

87. En el caso del recurso contra la **inactividad** y contra la **inejecución de actos firmes** (art. 29 LJCA), el plazo de interposición (dos meses) se computa desde que la Administración notifica su respuesta a la reclamación del recurrente o desde que transcurre el plazo de silencio fijado para ésta (tres

meses o un mes, respectivamente). Transcurrido ese plazo, se puede volver a presentar una reclamación y reabrir así los plazos de impugnación.

88. El recurso contra la **vía de hecho** se puede interponer directamente, en el plazo de **20 días** desde que se inicia la actuación administrativa supuestamente constitutiva de vía de hecho. Alternativamente, es posible formular una reclamación, esperar diez días y en ese caso el plazo de interposición del recurso es de diez días. Como no tiene sentido que la vía de hecho (que no se notifica al interesado, a diferencia de los actos administrativos, y es una conducta ilegal), quede "firme" (y, además, en un plazo muy inferior al de los actos administrativos, que es de dos meses), es posible reabrir el plazo mediante la presentación de una nueva reclamación.

89. Por último, en el **recurso de lesividad** (es decir, recurso contencioso-administrativo que interpone la Administración contra un acto que ella misma ha dictado y que considera anulable), el plazo de dos meses se computa desde la declaración de lesividad (que, a su vez, ha de producirse antes de que transcurran cuatro años desde la fecha en que se dictó el acto).

5.1.3. El requerimiento interadministrativo

90. En **litigios entre Administraciones Públicas**, la Administración que quiera presentar recurso (contencioso-administrativo) no debe interponer previamente un recurso administrativo, pero sí puede formular un **requerimiento** dirigido a la otra Administración (art. 44 LJCA). El requerimiento debe presentarse en el plazo de dos meses desde la notificación o conocimiento del acto que se quiere atacar. Al mes de formulado el requerimiento, la Administración requirente puede interponer recurso contencioso-administrativo.

91. Sin embargo, esto sólo se aplica cuando las dos Administraciones se encuentran en plano de igualdad (por ejemplo, cuando se discute si se ha cumplido un convenio entre ellas). En cambio, cuando una de ellas actúa sometida a una potestad de la otra (por ejemplo, Administración local expropiante que quiere recurrir el acuerdo de fijación del justiprecio adoptado por el jurado de expropiación autonómico), la presentación del requerimiento es improcedente y puede provocar que a la Administración se le pase el plazo de interposición del recurso procedente (alzada o contencioso-administrativo, en función de que el acto agote, o no, la vía administrativa).

5.2. El procedimiento ordinario

92. Este procedimiento se aplica en todos los casos salvo cuando se aplica el procedimiento abreviado (art. 78 LJCA, *infra* § 34.110) o alguno de los procedimientos especiales (como el de protección de derechos fundamentales, *infra* § 34), que tienen un ámbito muy específico.

5.2.1. El escrito de interposición

93. El proceso se inicia con la presentación del **escrito de interposición del recurso**, con el que se anuncia la impugnación de un concreto acto o inactividad administrativa (art. 45 LJCA). Lo más importante de ese escrito (en el que no se fundamenta jurídicamente el recurso ni se formulan las pretensiones del recurrente), es (1) identifi-

car correctamente el acto o actividad impugnados, (2) acompañar ciertos documentos y (3) presentar el escrito en plazo, habiendo agotado antes la vía administrativa.

94. En cuanto a los **documentos** (cuya ausencia se puede subsanar *a posteriori*, siempre que el escrito se haya presentado en plazo, aunque sea sin documentos), se trata fundamentalmente del poder del procurador, la copia del acto impugnado y, en el caso de los recursos presentados por personas jurídicas, la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos para que la entidad pueda interponer el recurso (normalmente, estatutos, certificación del acuerdo adoptado por el órgano competente, o los requisitos establecidos para entidades locales y otras personas jurídico-públicas).

5.2.2. Remisión del expediente y emplazamiento de los interesados

95. Una vez recibido el recurso en el órgano jurisdiccional, éste **comprueba si se cumplen los requisitos básicos** (lo que puede conducir a su inadmisión o a la concesión de un plazo de subsanación) y, en caso afirmativo, se le comunica a la Administración para que esta emplace a los interesados y remita —electrónicamente— el expediente (junto con la justificación de los emplazamientos efectuados), a fin de que éste se ponga a disposición del recurrente para que formalice la demanda (art. 48 LJCA).

96. El **emplazamiento a los interesados** sirve para hacer efectivo el derecho que éstos tienen a ser informados personalmente de la pendencia de un proceso que puede afectar a sus derechos o intereses legítimos y poder personarse en él como codemandados.

97. En cuanto al **expediente**, la ley quiere que el recurrente disponga de él a la hora de redactar la demanda. Se prevén mecanismos para forzar a la Administración en caso de que no lo remita voluntariamente, y el recurrente puede, si lo considera incompleto, solicitar al órgano judicial que requiera a la Administración para completarlo (lo que suspende el plazo de formalización de la demanda; si la solicitud de ampliación se formula dentro de los primeros diez días del plazo para formalizar la demanda, el recurrente vuelve a disponer del plazo íntegro desde que se le remite el expediente completado). El recurrente puede presentar directamente la demanda en ciertos casos (art. 45.5 LJCA) y la Administración debe hacerlo en el recurso de lesividad, pues ella misma tiene el expediente (art. 45.4 LJCA).

5.2.3. Demanda y contestación. Alegaciones previas

98. Una vez remitido el expediente por la Administración, se entrega al recurrente para que éste **formalice la demanda** en el plazo de veinte días (art. 52 LJCA). Es en la demanda donde se formulan las pretensiones (el "suplico") que constituyen el objeto del proceso.

99. El plazo para formalizar la demanda y la contestación, lo mismo que los demás plazos procesales (a excepción de los plazos para preparar o interponer recursos y, naturalmente, el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo), tienen un régimen más favorable que el fijado en el artículo 136 LEC, porque, como dispone el artículo 128 LJCA, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto por el que se declare la caducidad (e incluso el día siguiente hasta las quince horas, art. 135.5

LEC). Esto permite, de hecho, prolongar los plazos procesales hasta el momento (que puede tardar más o menos) en que el órgano judicial declara la caducidad. La utilización de esta figura en plazos distintos del de formalización de la demanda (donde está expresamente recogida en el artículo 52.2) genera, a pesar de lo que dice el artículo 128, inseguridad y es preferible evitarla.

100. Formalizada la demanda, se concederá a la Administración y a los posibles codemandados un plazo de veinte días para contestarla (art. 54.1 LJCA). En la **contestación a la demanda** pueden oponerse alegaciones sobre el fondo y excepciones procesales que impedirían que el juez entrase al fondo del asunto (el asunto no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurrente carece de legitimación, el acto no agota la vía administrativa el recurso se ha presentado fuera de plazo). Además, el demandado tiene la opción de presentar esas excepciones procesales en los primeros cinco días del plazo para contestar a la demanda, a través de un escrito de **alegaciones previas**. La ventaja es que puede concentrarse en las excepciones procesales y ahorrar el esfuerzo de alegar sobre el fondo del asunto, de modo que sólo presente la contestación (que es donde tiene que alegar necesariamente sobre el fondo del asunto), si las alegaciones previas (excepciones procesales) son rechazadas por el órgano judicial.

101. A la demanda y a la contestación han de acompañarse los **documentos** que las partes quieran utilizar como prueba, o designar el archivo o protocolo en que se encuentren, si no disponen de los mismos (art. 56.3 LJCA). Después de la demanda, sólo podrán presentarse documentos en los supuestos previstos (excepcionalmente) en la LEC, lo que básicamente se refiere a documentos posteriores a la demanda/contestación o que no hayan podido conocerse con anterioridad (art. 56.4 LJCA), o también documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos.

5.2.4. Prueba

102. A pesar de que los documentos relevantes (desde luego, aquellos en los que se basa la Administración para dictar el acto impugnado y sostener su validez) deben estar en el expediente, en el proceso contencioso-administrativo se puede proponer y practicar **prueba** como en cualquier otro.

103. La **carga de la prueba** se rige por las reglas ordinarias (art. 217 LEC): corresponde a quien formula una pretensión probar los hechos en que la misma se sustenta, y a la parte que se opone, probar los hechos que privan de eficacia o desmienten a los anteriores. El recurrente tiene la carga de recurrir el acto administrativo, pero eso no significa que todo aquello que se afirma en el acto se presuma cierto y el recurrente deba probar su falsedad.

104. Los **medios de prueba** se proponen en la demanda y en la contestación, si bien el demandante tiene la facultad de proponer nuevos medios de prueba a la vista de la contestación, en el plazo de cinco días desde que se le da traslado de la misma.

5.2.5. Conclusiones

105. Terminado el periodo de prueba, tiene lugar el de **conclusiones** (orales o escritas) salvo que se declare el pleito, directamente, concluso para sentencia. En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación (art. 65.1 LJCA). Lo que sí puede hacerse es solicitar que la sentencia se pronuncie sobre los daños y perjuicios derivados del acto impugnado, si hay base para ello en los autos.

106. Como en cualquier proceso judicial, el juez o tribunal está vinculado por las pretensiones formuladas por las partes (no puede conceder algo que no ha sido pedido, pues la sentencia estaría viciada por **incongruencia**), y a la vez es libre para determinar las normas aplicables, cambiar las invocadas por las partes o añadir otras *(iura novit curia)*. A medio camino se encuentran los "motivos de impugnación", es decir, los argumentos. El órgano judicial puede decidir el pleito en función de motivos que no hayan sido alegados por las partes, pero, para poder hacerlo sin causar indefensión, debe conceder a las partes un plazo de diez días para alegar sobre esos posibles motivos (arts. 33.2 y 65.2 LJCA).

5.2.6. Sentencia

107. La **sentencia** puede inadmitir el recurso o, en caso de que lo admita, estimarlo o desestimarlo. Además, debe pronunciarse sobre las costas (art. 68 LJCA).

108. Las **causas de inadmisión** se enumeran en el artículo 69 LJCA. Todas ellas se refieren a la ausencia de algún requisito procesal. En cuanto al fondo, se estimará el recurso cuando el acto (o reglamento, o inactividad o vía de hecho) impugnado sea contrario a derecho, desestimándose en caso contrario (art. 70 LJCA). Pero, mientras que, en caso de que el acto sea legal, se desestimarán todas las pretensiones, el hecho de que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el acto es, en efecto, ilegal, no tiene por qué conducir a la estimación de todas las pretensiones de la parte recurrente. Es posible (y frecuente) que se estime el recurso, anulándose el acto impugnado, y sin embargo se desestime, por considerarse que no está fundada en Derecho, alguna de las demás pretensiones, como ocurre, por ejemplo, cuando se anula el acuerdo de adjudicación de un contrato y, sin embargo, no se condena a la Administración a adjudicárselo al recurrente ni se le concede una indemnización, por entender el juzgado o tribunal que no se ha probado que el contrato hubiese tenido que adjudicársele a él.

109. Las sentencias estimatorias pueden contener cualesquiera **pronunciamientos**, incluidos los de condena, siempre que concurran todos los requisitos: procesales (legitimación, etc.) y de fondo (que realmente la Administración esté obligada jurídicamente a llevar a cabo esa actuación), y especialmente que de las normas aplicables se deduzca qué conducta debe llevar a cabo la Administración, porque lo que

en ningún caso puede hacer el órgano judicial es ejercer él mismo la **discrecionalidad** legalmente atribuida a la Administración. Por ello, cuando el artículo 71.2 LJCA dice que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni el contenido discrecional de los actos anulados, lo único que hace es recordar que, cuando la Administración tiene una potestad discrecional, puede escoger entre varias opciones que son igualmente legales, de modo que la anulación del acto discrecional no permite al juez decir qué opción debe escoger la Administración, sino que simplemente vuelve a poner la pelota en el tejado de ésta (*supra* § 5.3).

110. Respecto a los **efectos** de las sentencias, la clave es que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas (art. 72.2 LJCA), tanto recurrentes como no recurrentes. Así, interpuestos diez recursos contra una misma autorización para la instalación de un parque eólico, basta la estimación de uno solo de ellos para la anulación completa de la autorización. La desestimación de los otros nueve recursos sólo producirá efectos para los respectivos recurrentes (art. 72.1 LJCA), sin vincular al juez que conozca de un recurso interpuesto por otro sujeto (pudiendo estimarlo, aunque hayan sido desestimados otros dirigidos contra el mismo acto).

111. Por razones de seguridad jurídica se limitan los efectos de las sentencias que declaran la **nulidad de reglamentos**, que en puros principios dogmáticos deberían producir eficacia *ex tunc* y llevar a todos los operadores a actuar como si el reglamento nunca hubiera existido. Sin embargo, mientras que la nulidad del reglamento despliega plenos efectos en el seno del procedimiento en el que se haya declarado (el ejemplo típico es el recurso indirecto contra un plan urbanístico planteado en el seno de un recurso interpuesto contra una licencia; la nulidad del plan determina la anulación de la licencia), respecto a otros supuestos sólo se entiende expulsado del ordenamiento jurídico el reglamento a partir del momento en que, con la publicación oficial de la sentencia, ésta adquiere efectos *erga omnes* (art. 72.2 LJCA). Por ello, las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente (art. 73 LJCA).

112. No siempre el proceso termina por sentencia. Cabe el **desistimiento** por parte del demandante, siempre antes de la sentencia de instancia (art. 74 LJCA), el **allanamiento** de la Administración (art. 75 LJCA), la **satisfacción extraprocesal** de la pretensión del demandante (art. 76 LJCA) y la **transacción** (art. 77 LJCA). Toda actuación administrativa que suponga reconocer la pretensión del demandante sin que una sentencia lo imponga está sometida a requisitos procedimentales estrictos establecidos en la legislación sectorial (normalmente, se requiere la autorización de un órgano administrativo de alto rango), lo que la hace poco frecuente. Lo mismo sucede con la transacción, sólo admisible en cuestiones sobre las que la Administración tenga poder de disposición.

113. La sentencia de primera instancia "impondrá las **costas** a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho" (art. 139.1 LJCA). La condena en costas "podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima", potestad judicial que supone una reducción significativa de las costas (además de ahorrar el procedimiento para su determinación) y que el Real Decreto-Ley 6/2023 ha querido limitar a la fase de recursos, pero parece haberse consolidado la opinión y el criterio judicial de que sigue pudiendo aplicarse también a la primera o única instancia.

5.3. El procedimiento abreviado

5.3.1. Ámbito de aplicación

114. Este procedimiento se regula en el artículo 78 LJCA y se aplica en los siguientes **supuestos**, siempre que estén atribuidos a un juzgado (es decir, tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 1/2025, la sección de lo contencioso-administrativo de un tribunal de instancia, o bien el Tribunal Central de Instancia): Cuestiones de **personal**, sin ninguna excepción, aunque se refieran al nacimiento o extinción de la relación; cuestiones de **extranjería**, inadmisión de peticiones de asilo político y asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje; y cualquier asunto cuya cuantía no supere los **30.000 euros**, pues los asuntos de cuantía indeterminada se tramitan por el procedimiento ordinario (hay que tener en cuenta que en esos procedimientos de cuantía inferior a 30.000 euros no hay recurso de apelación, así que el procedimiento abreviado es la única tutela que recibe el recurrente). Además, se tramitan por el procedimiento abreviado (art. 29.2 LJCA) los recursos contra la **inejecución de actos firmes** cualquiera que sea el órgano judicial competente.

5.3.2. Especialidades

115. Se inicia mediante demanda, no mediante escrito de interposición (art. 78.2 LJCA). El recurrente tiene que elaborar la **demanda sin tener el expediente** a la vista. El expediente se lo entregan después de la presentación de la demanda, para que realice alegaciones en el acto de la vista.

116. Se trata de un **procedimiento oral**, en el que se celebra una vista en la que se contesta a la demanda, se practica la prueba y se formulan las conclusiones (art. 78.3 a 22 LJCA). Se ha reformado la LJCA varias veces para permitir al demandante renunciar a la vista. Inicialmente, la renuncia a la vista suponía que el demandante renunciaba a proponer prueba y también a formular conclusiones, lo que le impedía totalmente responder a las alegaciones de la Administración en la contestación a la demanda (que se produce por escrito). La Ley orgánica 1/2025 retoca la regulación en el sentido de que el demandante puede solicitar que se presenten conclusiones después de la contestación a la demanda (es la interpretación

más plausible y coherente con el derecho a la tutela judicial, aunque la normativa es confusa). La Administración puede solicitar la celebración de vista, en cuyo caso decidirá el tribunal. Se ha suscitado la duda de si esa renuncia del demandante a la proposición de prueba también impide presentar documentos con la demanda (que también son pruebas), pero hay que interpretar la norma en sentido favorable a la tutela judicial (y coherente con la regulación de la demanda, con la que siempre se pueden presentar documentos) y admitir que el demandante puede presentar documentos con la demanda y renunciar a la vista si considera que no necesita la práctica de las demás pruebas, que suelen tener lugar en la vista (testifical, ratificación o declaración de peritos, etc.). De lo contrario, la renuncia a la vista tendrá muy poca aplicación práctica.

117. El hecho de que la contestación se formule oralmente en la vista supone una desigualdad entre la Administración (que prepara su contestación con meses o años de tiempo) y el demandante (que sólo tiene minutos para responder a las alegaciones de la Administración y a la prueba que ésta presente), más aún si existen codemandados. El procedimiento verbal civil (que es muy similar) se reformó en 2015 para que la contestación se presente por escrito y evitar así este efecto sorpresa.

5.4. Los procedimientos especiales

5.4.1. Para la protección de derechos fundamentales

118. Es una exigencia constitucional (art. 53.2 CE). Regulado en los artículos 114-122 *bis* LJCA y se puede utilizar cuando el recurrente considere que el acto o actuación impugnados ha lesionado un **derecho fundamental** de los artículos 14-29 CE. En este procedimiento especial sólo se puede discutir la vulneración de derechos fundamentales, no otros posibles vicios del acto impugnado que no afecten a derechos fundamentales. Esos otros vicios sólo se pueden alegar en un procedimiento ordinario (o abreviado), no en el especial para la defensa de los derechos fundamentales, que es, por tanto, un procedimiento de alcance reducido. En cambio, en el procedimiento ordinario (o abreviado) se puede alegar tanto la vulneración de derechos fundamentales como cualquier otro vicio. Por este motivo, este procedimiento especial se utiliza relativamente poco. Cuando se usa (que es por razones de celeridad), se suele interponer también recurso contencioso-administrativo por la vía ordinaria, por si "falla" el especial y es necesario alegar esos vicios que sólo se pueden alegar por el cauce ordinario.

119. "Vulneración de derechos fundamentales" no quiere decir sólo, o necesariamente, vulneración de un precepto constitucional. También se produce cuando se vulnera algún precepto de legislación ordinaria pero que aplica o protege un derecho fundamental. En cuanto al procedimiento en sí, su principal ventaja es la **celeridad** (derivada de la reducción de plazos e incluso la eliminación de las conclusiones) y también que se prescinde de requisitos como que el acto agote la vía administrativa (art. 115.1 LJCA).

5.4.2. Cuestión de ilegalidad

120. Ya se ha estudiado (*supra* § 34.59) este procedimiento, que se aplica cuando se estima mediante sentencia firme un **recurso indirecto contra un reglamento** y el órgano que dicta sentencia no es competente para declararlo nulo porque no es el que sería competente para resolver un recurso directo interpuesto contra el reglamento.

5.4.3. En caso de suspensión previa de acuerdos

121. En el Estado autonómico, basado en el reconocimiento de la autonomía de las distintas Administraciones (incluidas las locales), es excepcional que se permita a una Administración suspender un acto dictado por otra (*supra* § 13.81). Lo normal es que, si considera que dicho acto es ilegal, tenga que recurrirlo, solicitando, en su caso, su suspensión cautelar. En los casos tasados en que dicha **suspensión** es posible y ha sido acordada, el artículo 127 LJCA prevé un procedimiento muy rápido, dirigido a que, a la mayor brevedad, un tribunal ratifique la ilegalidad del acto (que pasaría de estar suspendido a ser anulado) o levante la suspensión. A este efecto, el plazo de interposición del recurso se reduce a diez días, se celebra una vista o un trámite de alegaciones escritas y se pasa directamente a dictar sentencia, sin conclusiones previas.

5.4.4. Extensión de efectos de las sentencias

122. La LJCA no lo trata como un procedimiento especial, sino como una especialidad de la ejecución de las sentencias. Con frecuencia, una sentencia que reconoce un determinado derecho frente a la Administración da lugar a un aluvión de recursos interpuestos por personas que se encuentran en la misma situación. Por ejemplo, el reconocimiento a un funcionario del derecho a percibir un determinado complemento hace que cientos de funcionarios que también tendrían derecho a cobrarlo interpongan otros tantos recursos. Para evitar que se tengan que tramitar íntegramente todos estos pleitos, el artículo 110 LJCA prevé que, en materia de personal, tributaria y de unidad de mercado (las dos primeras son el escenario habitual de los pleitos-masa), los interesados puedan solicitar, directamente, la **extensión de los efectos de la sentencia** (firme) al tribunal que la dictó, en el plazo de un año desde la última notificación de la misma a las partes. La extensión, que se producirá mediante auto, puede denegarse no sólo cuando falte algún requisito (por ejemplo, que la identidad de situaciones no sea total, o que ese tribunal no sea competente para conocer de un recurso planteado por quien solicita la extensión), sino también cuando haya cambiado la jurisprudencia o cuando la pretensión de la persona que solicita la extensión le haya sido denegada por un acto administrativo que, al no haber sido recurrido, haya ganado firmeza.

5.4.5. Otros procedimientos especiales

123. El recurso que interpongan los **promotores de una reunión o manifestación** contra la resolución administrativa por la que se prohíba o se le impongan modificaciones tiene una tramitación especial para intentar que sea resuelto antes de la fecha de la manifestación y, por tanto, que sea útil (art. 122 LJCA). El plazo de interposición es de 48 horas y se prevé una vista (con participación también del Ministerio Fiscal) y una resolución muy rápida sin ulterior recurso (salvo el de amparo en su caso).

124. Un ejemplo práctico es la prohibición de la manifestación del 1 de mayo en 2020 (en pleno confinamiento), en el que, antes de ese día, dio tiempo a que se pronunciaran tanto la jurisdicción contencioso-administrativa como el Tribunal Constitucional (ATC 40/2020).

125. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene varias competencias que no se refieren a procesos entre partes, sino a cómo se otorga la autorización judicial que es necesaria para que la Administración adopte o **ejecute determinadas medidas** que, por afectar de manera especialmente intensa a derechos fundamentales, la CE o el legislador han querido que no pueda llevar a cabo la Administración por sí misma, sin **autorización judicial**. Es el caso de la autorización para que la Administración pueda entrar en un domicilio (por ejemplo, para ejecutar un acto administrativo como un desahucio, o para llevar a cabo una inspección y buscar posibles pruebas de una posible infracción) o para adoptar medidas sanitarias que restrinjan derechos fundamentales. El artículo 122 *quáter* LJCA establece que en estos casos será parte el Ministerio Fiscal y que la tramitación será preferente y rápida.

126. Los artículos 127 *bis* a 127 *quáter* LJCA regulan el procedimiento aplicable a los recursos que la **CNMC** puede interponer contra cualquier disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho de cualquier Administración pública que sea **contraria a la libertad de establecimiento o de circulación** en los términos previstos en la LGUM. Es competente en todo caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con independencia del órgano que haya dictado el acto. Cuando la CNMC haya conocido el acto o actuación a partir de una solicitud presentada por un operador económico, el plazo de interposición se computará desde la presentación de la solicitud en el registro de la CNMC. El procedimiento es muy rápido. Cualquier operador económico que tenga interés directo en la anulación del acto, puede solicitar intervenir en el proceso como parte recurrente, aunque no haya recurrido dicho acto de forma independiente.

6. LAS MEDIDAS CAUTELARES

6.1. Concepto y requisitos

127. Al igual que en otros órdenes jurisdiccionales, los juzgados y tribunales pueden acordar, durante la pendencia del proceso, **medidas provisionales** con las que se pretende evitar que durante el tiempo de espera hasta la sentencia se produzcan daños o situaciones irreversibles que priven de efectos a la sentencia.

6.1.1. Clases de medidas cautelares

128. Las Administraciones disponen del privilegio de la autotutela ejecutiva (*supra* § 17.62) que les permite ejecutar los actos que dictan, aunque supongan un desplazamiento patrimonial o de la posesión y aunque el ciudadano los impugne. Por ejemplo, una Administración puede, a diferencia de cualquier otro sujeto privado, embargar las cuentas de un ciudadano u ocupar un inmueble que le pertenece. De ahí el protagonismo absoluto, dentro de las medidas cautelares, de la **suspensión del acto impugnado**. También se pueden pedir y obtener otras medidas cautelares, incluso de signo positivo. En los recursos contra la inactividad y la vía de hecho existe un régimen más favorable, puesto que la regla general es el otorgamiento, salvo que existan razones claras en sentido contrario, y pueden pedirse y obtenerse antes incluso de la interposición del recurso (art. 136 LJCA).

6.1.2. Periculum in mora

129. La medida cautelar "podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran **hacer perder su finalidad legítima** al recurso" (art. 130.1 LJCA). En el pasado, la expresión "daños de difícil o imposible reparación" llevó a excluir el otorgamiento de medidas cautelares cuando el acto a suspender era de contenido económico (liquidaciones tributarias, reintegros de subvenciones, etc.), con el argumento de que estos daños se pueden reparar económicamente y que la Administración siempre es solvente. En realidad, un acto de contenido económico puede producir daños muy graves que no se compensan con la devolución de su importe más los intereses (pensemos en obligaciones de pago que pueden expulsar a una empresa del mercado o llevar a una persona física a una situación de grave vulnerabilidad).

6.1.3. Ponderación de intereses

130. La concurrencia del *periculum in mora* no es suficiente para obtener la medida cautelar, porque puede ocurrir que dicha medida ocasione al **interés público** o al de terceros daños aún más graves (art. 130 LJCA).

131. Por ejemplo, la suspensión del acto administrativo que ordena el cierre de un restaurante por motivos sanitarios puede ser conveniente para evitar la ruina de la empresa, pero puede provocar riesgos para la salud de las personas que acudan al restaurante.

6.1.4. Fumus boni iuris

132. En la LEC el *fumus boni iuris* (apariencia de que el demandante tiene razón) es un requisito de la medida cautelar (art. 728.2 LEC). La LJCA no lo recoge (salvo

como excepción al otorgamiento de la medida cautelar en los recursos contra la inactividad y la vía de hecho, art. 136 LJCA) y los tribunales suelen negarse a valorarlo para no prejuzgar el fondo del asunto, salvo en casos muy evidentes como, por ejemplo, actos que se dictan en aplicación de reglamentos que ya han sido declarados nulos.

6.1.5. La caución o contracautela

133. Son garantías (económicas: avales, etc.) que el órgano judicial puede exigir como condición para que sea efectiva la medida cautelar, para garantizar que el solicitante va a responder de los daños que ésta puede provocar. Por ejemplo: una asociación impugna una licencia urbanística y solicita la suspensión cautelar de las obras. El Juzgado otorga la medida, pero condicionada a que la asociación abone 300.000 euros para responder de los daños que esa suspensión haya causado al titular de la licencia (si la sentencia declara que ésta era legal).

6.2. Procedimiento

6.2.1. Procedimiento ordinario

134. Lo normal es pedir la suspensión cautelar en el escrito de interposición (o la demanda, en el procedimiento abreviado: *supra* § 34.114), es decir, al inicio del proceso, pero se puede pedir en cualquier momento. La decisión sobre la medida se toma en un procedimiento paralelo al principal ("**pieza separada**"), previa audiencia de la otra parte.

6.2.2. Medidas cautelarísimas

135. Cuando sea muy urgente, se puede pedir que se tome la decisión sin oír a la otra parte (medida "**cautelarísima**", *inaudita parte*). En ese caso el órgano judicial puede decir adoptar la medida directamente y oír a la otra parte después a fin de decidir si se mantiene la medida o se levanta (art. 135 LJCA). Si se deniega la cautelarísima, se oye a la otra parte y se decide a continuación sobre el otorgamiento de la medida como en el procedimiento ordinario.

7. LOS RECURSOS

7.1. El recurso de reposición

136. Los **autos** más importantes (que por sus efectos casi equivalen a sentencias) son recurribles en apelación (si proceden de un juzgado) o en casación (si proceden de la sala de lo contencioso-administrativo, de la Audiencia Nacional o de un

tribunal superior de justicia). Los demás autos, y las providencias, son recurribles en **reposición**, que es un recurso ante el mismo órgano y no suspensivo (art. 79 LJCA). El recurso tiene que interponerse en el plazo de cinco días. Antes de resolverlo hay que conceder un plazo a las demás partes para que puedan "impugnarlo" (es decir, oponerse a él). El recurso de reposición se resuelve mediante un auto que no es susceptible de recurso alguno.

137. En cuanto a las resoluciones de los letrados de la administración de justicia (antiguos secretarios judiciales), que son **diligencias de ordenación y decretos** y no se ocupan sólo de cuestiones de trámite sino de otras como, por ejemplo, la finalización del proceso por desistimiento cuando no hay oposición, se recurren en reposición ante el letrado de la administración de justicia, salvo que pongan fin al proceso en cuyo caso se recurren en revisión ante el órgano judicial. Inicialmente, la LJCA disponía que la resolución por la que se resuelva el recurso de reposición no sería recurrible (se puede alegar la ilegalidad en el recurso contra la resolución definitiva del proceso), pero la STC 58/2016 declaró inconstitucional el artículo 102 *bis* 2, párrafo 1º LJCA, admitiendo el recurso ante el órgano judicial que ahora recoge el artículo 102 *bis* 2, párrafo 1º.

7.2. El recurso de apelación

7.2.1. Resoluciones impugnables

138. El **recurso de apelación** es el recurso procedente ante las sentencias (y ciertos autos) de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Es un recurso **ordinario**, es decir, se puede atacar la resolución impugnada, y solicitar su revocación, por cualquier motivo o infracción del ordenamiento jurídico, no por motivos tasados, si bien el recurso ha de contener una **crítica** de la resolución impugnada y no una mera reproducción de los argumentos planteados en la primera instancia y en él no pueden plantearse **cuestiones nuevas**, es decir, argumentos no utilizados en la primera instancia.

139. Las sentencias que dicten los juzgados son recurribles en apelación salvo que la cuantía no exceda de 30.000 euros, en cuyo caso sólo serán apelables si se dictan en el procedimiento de derechos fundamentales, resuelven litigios entre Administraciones públicas o resuelven recursos indirectos contra reglamentos, así como las sentencias susceptibles de extensión de efectos (art. 81.1 y 2 LJCA).

140. Son recurribles en apelación algunos **autos especialmente relevantes** (art. 80 LJCA): los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares, los recaídos en ejecución de sentencia, los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación, los recaídos en procedimientos de otorgamiento de autorizaciones judiciales, los que otorguen o denieguen la ejecución provisional de una sentencia y los que se refieran a la extensión de efectos de una sentencia. Pero estos no son recurribles si la sentencia que pone fin a ese proceso no lo es. Por ejemplo, si la cuantía de un asunto es inferior a 30.000 euros, tampoco es apelable un auto dictado en ejecución de sentencia.

7.2.2. Procedimiento

141. El recurso se presenta **ante el juzgado** en el plazo de quince días (art. 85.1 LJCA). Si el juzgado no lo admite por considerar que no es admisible, su resolución se puede recurrir en queja

ante el órgano competente para resolver el recurso de apelación. Las demás partes tienen otro plazo de quince días para oponerse al recurso (es decir, pedir la confirmación de la resolución impugnada) o para impugnar la sentencia apelada en lo que le resulta desfavorable (hasta 2023, se llamaba "adherirse a la apelación"), que quiere decir apelar la sentencia (aunque inicialmente no lo hicieron) a la vista del recurso de apelación que ha sido presentado, lo que les permite alegar cualquier motivo de impugnación y pedir que se dicte una nueva sentencia que sea favorable a sus intereses (en lugar de tener que limitarse a defender la sentencia, incluidas las partes que no les favorecen, frente al recurso de apelación contrario).

142. Los recursos de apelación frente a sentencias **suspenden su ejecución**, aunque la parte favorecida puede pedir la ejecución provisional, que está sometida a requisitos análogos a los de una medida cautelar. En cambio, los recursos contra autos no tienen efecto suspensivo.

143. Tras la presentación del recurso y del escrito de oposición (si la parte apelada decide impugnar la sentencia, la parte recurrente dispone de un plazo para poder oponerse), se elevarán los autos al órgano superior (Sala del TSJ o de la AN), que sólo practicará prueba en caso de que se solicite y se admita una prueba indebidamente admitida en primera instancia, y dictará sentencia. La sentencia que desestime íntegramente el recurso de apelación impondrá las costas al recurrente.

7.3. El recurso de casación

7.3.1. Características

144. El **recurso de casación**, a diferencia del de apelación, es un recurso **extraordinario** porque en él no se puede utilizar cualquier motivo de impugnación de la sentencia, sino que sólo se puede poner en tela de juicio por motivos concretos, que en este caso se reducen a la posible infracción, en la sentencia, de normas jurídicas o de la jurisprudencia. Las cuestiones fácticas o de valoración de la prueba no permiten recurrir una sentencia en casación.

145. Además, la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que cambió completamente su regulación, amplía el número de resoluciones recurribles y suprime el umbral de cuantía, pero establece que se admitirán sólo los recursos en los que se aprecie "**interés casacional objetivo** para la formación de jurisprudencia", de modo que la finalidad del recurso no es tanto la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente como la creación de jurisprudencia para facilitar la aplicación uniforme de todo el ordenamiento jurídico. Cuando el recurso se funde en infracción de Derecho estatal o comunitario europeo lo resolverá la Sala Tercera del TS. Cuando se funde en Derecho autonómico, lo hará la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ (incluso cuando la sentencia recurrida proceda de la misma Sala).

7.3.2. Resoluciones impugnables

146. Son impugnables las sentencias indicadas en el art. 86 LJCA, que son, básicamente, las dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia o de la Audiencia Nacional, con independencia de que sean **sentencias** que resuelvan recursos de apelación contra sentencias de los juzgados o se hayan dictado en única instancia. Las sentencias de los juzgados que no puedan ser recurridas en apelación sólo podrán ser recurridas en casación cuando contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.

147. También son recurribles en casación (previa la interposición y resolución de recurso de reposición) los **autos** dictados por salas de lo contencioso-administrativo de un TSJ o de la AN que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares, los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta, los que decidan sobre la ejecución provisional de una sentencia recurrida en apelación y los dictados sobre la extensión de efectos de sentencias.

7.3.3. El interés casacional objetivo

148. El recurso se admitirá cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, procesal o sustantiva, o de la jurisprudencia, el órgano de admisión estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA se establece una lista no exhaustiva de **supuestos de interés casacional objetivo** (en los casos del apartado 3, "se presumirá que existe interés casacional objetivo"). En la práctica, los recurrentes alegan e intentan acreditar la concurrencia de una o varias de estas circunstancias.

149. Estos motivos se refieren a supuestos en los que parece más necesaria la **creación de doctrina** (cuando hay sentencias contradictorias, cuando se ha sentado doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, cuando el asunto afecte a un gran número de situaciones, cuando no haya jurisprudencia sobre la norma aplicada, cuando la sentencia se aparte de la jurisprudencia por considerarla errónea o de forma inmotivada a pesar de haber sido invocada), en los que está en juego la **validez de normas** (sentencias en las que se haya discutido la constitucionalidad de una norma con rango de ley, o se haya aplicado erróneamente doctrina constitucional, o se haya resuelto sobre la impugnación de un reglamento o se haya declarado nulo), así como en otros supuestos de especial **importancia** (aplicación del Derecho de la Unión Europea en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o en casos en que se puede plantear una cuestión prejudicial, impugnación de convenios entre Administraciones Públicas, procedimiento de protección de derechos fundamentales, asuntos que proceden de gobiernos autonómicos o de organismos reguladores cuyos actos se recurren ante la Audiencia Nacional).

150. La inadmisión por falta de interés casacional objetivo se decide mediante **auto** (supuestos del apartado 3) o mediante providencia (supuestos del apartado 2), pero, en todo caso, sin recurso alguno. La admisión se decide en un auto en el que se identifica la cuestión (jurídica) concreta respecto de la que se aprecia interés casacional objetivo.

7.3.4. Procedimiento del recurso de casación

151. Conforme al art. 89.1 LJCA, el recurso se inicia con la presentación, en el plazo de treinta días y ante el órgano que ha dictado la resolución recurrida, del escrito de **preparación**, en el que deben hacerse constar las circunstancias indicadas en el artículo 89.2 LJCA (indicando con precisión qué infracciones del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia motivan el recurso) pero, sobre todo, se debe argumentar el interés casacional objetivo. Este órgano judicial *a quo*, si considera que el escrito cumple los requisitos, tendrá por preparado el recurso y emplazará a las partes ante el órgano competente para su admisión y resolución (el TS, salvo que el recurso se funde en infracción de derecho autonómico). El recurrente debe personarse en plazo y las demás partes pueden hacerlo y además tienen la oportunidad de presentar alegaciones contra la admisión del recurso. La admisión de un recurso de casación permite suspender otros procesos en los que se plantee la misma cuestión, para esperar a la decisión del TS (art. 56.5 LJCA). Para evitar que el TS se concentre en estudiar recursos de casación repetitivos en los que se plantea la misma cuestión, se puede utilizar también aquí la técnica del "recurso-testigo", suspendiendo los demás que sean similares (art. 94 LJCA).

152. Personadas las partes, los autos pasan a la **sección de admisión**, que se pronunciará sobre la admisión o inadmisión del recurso (esta última comporta la condena en costas al recurrente). Si se supera el filtro de la admisión, se concede al recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición del recurso (sujeto a requisitos de formato y extensión), y posteriormente el mismo plazo a las partes personadas para presentar el escrito de oposición.

153. Finalmente, la sección a la que corresponda (en función de una distribución de materias aprobada por el TS) la resolución del recurso dictará **sentencia** en la que fijará la interpretación sobre las normas supuestamente infringidas (es la misión propia del recurso de casación) y, en caso de estimar el recurso, resolverá el caso concreto planteado, lo que puede llevar a estimar o desestimar el recurso contencioso-administrativo (art. 93.1 LJCA). En casos justificados podrá ordenar la retroacción de actuaciones y reenviar el asunto al órgano *a quo*.

154. Una vez que se supera el (difícil) filtro de admisión, el recurrente no será **condenado en costas** aunque pierda, salvo que se aprecie mala fe o temeridad (art. 93.4 LJCA). Al igual que sucede con el recurso de apelación, el de casación suspende la ejecución de la sentencia, aunque puede solicitarse la ejecución provisional (art. 88 LJCA).

8. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

8.1. Concepto y parámetros constitucionales

155. La **ejecución de las sentencias** es una potestad jurisdiccional, no administrativa (art. 117 CE). El derecho a la tutela judicial (24.1 CE) incluye también el derecho a que la sentencia se ejecute. Es competente el órgano judicial que conoce del asunto en primera instancia (que a veces no es quien ha dictado la sentencia que se ejecuta). La Administración dispone de un plazo de cumplimiento voluntario, antes de que cualquier interesado pueda pedir la ejecución forzosa. El plazo se computa, no desde que se dicta la sentencia firme, sino desde que llega a la Administración la comunicación de la sentencia firme (art. 104 LJCA), y es de dos meses en general y tres cuando la sentencia condena al pago de cantidad líquida.

8.2. Procedimiento aplicable a la ejecución

156. Finalizado el plazo de cumplimiento voluntario, y mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, las partes y cualquier persona afectada por el fallo podrán promover un **incidente** para que se decida, tras oír a las partes y mediante un auto, que se puede recurrir en apelación o casación, todo lo relativo a la ejecución: qué debe hacerse concretamente en la ejecución, plazo máximo, adopción de medidas dirigidas a obtener el cumplimiento efectivo.

157. Aunque no puede suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo (art. 105 LJCA), el obligado al cumplimiento de la sentencia puede solicitar que se declare la **imposibilidad de ejecutarla** por causas materiales o legales, decidiendo el órgano judicial tras dar audiencia a las partes y estableciendo las medidas dirigidas a dotar de la mayor efectividad a la sentencia (fijando, en su caso, posibles indemnizaciones). Por el mismo procedimiento se puede acordar la expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos en una sentencia frente a la Administración, por causas de especial gravedad previstas en el artículo 105.3 LJCA.

8.3. Medidas a disposición de los órganos judiciales para conseguir el cumplimiento de las sentencias

158. En caso de que no se cumpla voluntariamente la sentencia, se pueden utilizar **medios coactivos** como la imposición de multas coercitivas, la comunicación al Fiscal para que ponga en marcha la persecución penal del responsable del incumplimiento, o bien que el juez imparta órdenes a funcionarios concretos para que cumplan.

159. Para evitar que la Administración burle la sentencia dictando un acto nuevo que sea similar al anulado, obligando al particular a iniciar un nuevo pleito, se prevé que esos actos son nulos y su nulidad puede ser declarada en ejecución de sentencia, sin iniciar un nuevo pleito. (art. 103, apartados 4 y 5 LJCA).

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Bibliografía citada

Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, "La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 4 (2021), pp. 7-65.

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

José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 189 (2012), pp. 11-40.

Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, "¿Huida o expansión del Derecho administrativo?", *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 209 (2020), pp. 139-170.

9.2. Bibliografía complementaria recomendada

José María BAÑO LEÓN, "La planta jurisdiccional administrativa como obstáculo a la tutela judicial efectiva", *El Cronista*, 99 (2022), pp. 58-67.

Alejandro HUERGO LORA, "Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada", *Revista de Administración Pública*, 189 (2012), pp. 41-73.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *1700 preguntas sobre Contencioso-Administrativo*, Francis Lefevbre, Madrid, 2017.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182 (2017), pp. 135-180.

Este manual es el resultado de una reflexión colectiva sobre la dogmática del Derecho administrativo contemporáneo, adaptada a la docencia. Cumple con las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior y está adaptado a los planes de estudio vigentes en cualquiera de las setenta y tres facultades de Derecho españolas.

En el manual se expone cada una de las instituciones y categorías del Derecho administrativo a partir de las bases constitucionales y europeas. Así, los derechos fundamentales, los principios del Estado social, la configuración autonómica del Estado y el Derecho de la Unión Europea impregnan y conforman todos los contenidos del manual: la organización administrativa, las formas en las que se manifiesta su actuación, los tipos de actividad administrativa y los medios de los que disponen las Administraciones públicas para llevarlos a cabo.

Al compás de nuevas orientaciones en el Derecho administrativo contemporáneo, en el manual adquieren destacado protagonismo instrumentos tendentes a mejorar el funcionamiento interno de la Administración —presupuestos, planes, programas, inspecciones y controles internos—, aparecen nuevas formas de actuación administrativa —sin procedimiento, automatizada, robotizada e inteligente— y se produce una revitalización de las fórmulas relacionales, entre la Administración y los particulares y entre las diversas Administraciones y entidades que integran el sector público.

Para alcanzar una correcta integración de todos los contenidos mencionados se ha intentado ofrecer, junto con una exposición de la legislación y la jurisprudencia europea, estatal y autonómica aplicable en cada caso, una reconstrucción sistemática del Derecho administrativo español, en un intento de dotar de mayor coherencia a los diversos elementos que componen esta disciplina.

El manual tiene vocación pedagógica, pero no pretende banalizar la creciente complejidad del Derecho administrativo. Por eso, a lo largo de todo el libro se utilizan dos tipos de letras, ordinaria y pequeña. El nivel expositivo básico está escrito con letra de tamaño ordinario; en letra más pequeña se incorporan exposiciones de detalle o cuestiones complejas o problemáticas, sobre las que no existe consenso doctrinal o jurisprudencial.

A partir de su tercera edición el manual se encuentra disponible también en catalán y en gallego, con la ilusión de que esta iniciativa, inédita hasta el momento en lo que atañe a los materiales docentes en el ámbito jurídico, contribuya al uso normalizado e indistinto de las distintas lenguas de España.

Marcial Pons

ISBN: 978-84-1381-999-0