

TEMA XIV.– LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1. CONCEPTO Y CLASES

De la misma manera que la función ejecutiva se manifiesta y concreta en la elaboración de normas generales y la judicial en las sentencias, la Administración lleva a cabo su función gestora de los intereses públicos a través de los actos administrativos. De acuerdo con la definición clásica del autor italiano ZANOBINI, muy difundida por la doctrina española, el acto administrativo es *toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa.*

Parada no adopta, sin embargo, este concepto amplio del acto administrativo, pues considera que este concepto, de acuerdo con la elaboración jurisprudencial, sólo debe comprender aquello que es objeto de fiscalización por los tribunales de lo contencioso– administrativo, y, en consecuencia, **define el acto administrativo** como *el dictado por un poder público en el ejercicio de potestades administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la jurisdicción contencioso– administrativa.* Este concepto supone:

- Sólo se consideran actos administrativos las manifestaciones de voluntad de la Administración, esto es, sus resoluciones directamente relevantes en la posición jurídica de los administrados, pues los demás actos y actuaciones que se dan en un procedimiento administrativo (convocatorias de órganos colegiados, petición o emisión de informes etc.) no tienen acceso directo e independiente ante los tribunales, aunque pueden ser analizados por los jueces con motivo de la impugnación del acto administrativo propiamente dicho o principal.
- En la actualidad, el destinatario de la manifestación de voluntad que incorpora el acto administrativo puede ser tanto un particular como otra Administración pública, aplicándose también a estos últimos actos el régimen de fiscalización contencioso– administrativo.
- La referencia al ejercicio de potestades administrativas permite incluir en el concepto de acto administrativo algunos de los actos de las entidades públicas sujetas al derecho privado (como las entidades públicas empresariales previstas en la LOFAGE), cuando se trata de los actos dictados para la formación de la voluntad de sus órganos, del ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas o de la gestión de los bienes que tengan adscritos o de los contratos que lleven a cabo con sujeción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Las sociedades mercantiles estatales, en cambio, al someterse íntegramente al derecho privado, no dan lugar a actos administrativos en ningún caso.
- Incluir como autores de actos administrativos a los poderes públicos, y no sólo a la Administración pública, se hace para acoger en el concepto, como ya se dijo, determinados actos de otros órganos o poderes constitucionales, como las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo, dictados en el ámbito logístico de la gestión patrimonial, contractual y de personal, y que se someten al control de los tribunales contencioso– administrativos.

En cuanto a la **naturaleza o esencia** del acto administrativo, destaca Parada su carácter cuasi– judicial, que fundamenta en las notas que caracterizan al acto administrativo: la exigencia de impugnación en un breve plazo para no convertirse en judicialmente inatacable, el elemento de la ejecución forzosa que lo acerca a las sentencias judiciales, o el hecho de que el acto administrativo, al igual que las sentencias judiciales en un proceso, no vale nada, es nulo de pleno derecho, si no va precedido y se dicta en el seno de un procedimiento, el procedimiento administrativo.

En cuanto a la clasificación de los actos administrativos, en el Derecho comparado las agotadoras clasificaciones de la doctrina alemana e italiana contrastan con la simplificación de la doctrina francesa. En nuestra doctrina, el profesor GARRIDO, tras remitir el estudio de los reglamentos, como es habitual entre nosotros, a la teorías de las fuentes, clasifica los actos por la extensión de sus efectos en generales y concretos; por la posibilidad de su fiscalización, en impugnables e inimpugnables; por razón del tipo de facultades ejercitadas, en discrecionales y reglados; por los sujetos que intervienen, en actos simples y complejos, unilaterales y bilaterales; y por razón del contenido del acto y sus efectos, en meros actos administrativos y actos negocios jurídicos, actos definitivos y actos de trámite. Parada expone a continuación algunos tipos de actos administrativos que ofrecen problemas o interés desde la perspectiva de su enjuiciamiento por la Justicia administrativa que es, como hemos visto, el criterio definitorio de esta categoría.

2.- LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO

Los llamados actos políticos o de gobierno son los que emanan del Consejo de Ministros (al que habría que sumar los Consejos de gobierno de las CCAA), que, por un lado, es un órgano político– constitucional, el Poder Ejecutivo, distinto de la Administración, y en cuanto tal no sometido a la Justicia Administrativa, pero que por otro lado, es también el órgano directivo de la Administración, y en cuanto tal resulta plenamente enjuiciable por la jurisdicción contencioso– administrativa.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso– Administrativa de 1956 excluyó de su control, a las cuestiones que se suscitasen en relación con los actos políticos o de gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes (art.2.b).

El Tribunal Supremo realizó, sobre todo a partir de los años setenta y en especial tras la aprobación de la CE de 1978, una interpretación restrictiva de este precepto, en virtud de la cual:

- Subjetivamente, los actos políticos son únicamente los actos del Consejo de Ministros y no de otras Administraciones o autoridades inferiores.
- Materialmente, los actos políticos se refieren a las grandes decisiones que afectan al conjunto del Estado, pero no a simples asuntos administrativos puntuales (sanciones administrativas, ascensos, traslados...).
- Además, excluyó definitivamente del concepto de acto político a los reglamentos aprobados por el Gobierno, que la anterior jurisprudencia había considerado como expresiones de una determinada política para afirmar su irrecurribilidad.

En la actualidad, la Ley de la Jurisdicción contencioso– administrativa de 1998 pretende poner fin al concepto mismo de acto político, aunque la realidad es que no lo elimina del todo, pues afirma que en relación de los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuere la naturaleza de dichos actos, siempre será posible el control jurisdiccional de las cuestiones que se susciten en relación con La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, con lo que está reconociendo la existencia de actos de naturaleza distinta a la puramente administrativa, en relación a los cuales el control será posible en tanto que, y sólo en tanto que, afectan a derechos fundamentales o deben adecuarse a elementos reglados.

3.- ACTOS ADMINISTRATIVOS Y POTESTAD DISCRECIONAL. ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES.

Actos discrecionales son aquellos que suponen el ejercicio de una potestad o competencia discrecional por la Administración, esto es, de una competencia en la que se crea un marco decisorio de la Administración en el que ésta puede realizar un juicio subjetivo. La legislación confirma la existencia de estas potestades

discrecionales, cuando la norma dispone que la Administración *podrá* llevar a cabo determinada actividad y también cuando abre la posibilidad de optar entre diversas soluciones en función de criterios de oportunidad. Existe en cambio potestad reglada cuando la norma expresa la vinculación de la actuación administrativa, su carácter reglado, por ejemplo utilizando el término *deberá* o reconociendo un derecho al administrado. El TS ha definido la potestad discrecional como *la capacidad de opción, sin posibilidad de control jurisdiccional, entre varias soluciones, todas ellas igualmente válidas por permitidas por la Ley*.

• Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

Es preciso distinguir lo que es el ejercicio de una potestad discrecional de lo que es la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En el concepto jurídico indeterminado no hay posibilidad de elección entre varias alternativas, sino que sólo cabe la búsqueda de una solución justa a través de un proceso aplicativo de la norma. El TS ha definido estos conceptos jurídicos indeterminados que utiliza el ordenamiento jurídico como *aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos*. A diferencia de los conceptos jurídicos determinados, que delimitan el ámbito de la realidad de forma concreta (por ejemplo, la mayoría de edad a los dieciocho años, la jubilación a los sesenta y cinco etc.), en los indeterminados la ley se refiere a una realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto, como cuando la Ley se refiere a la jubilación por incapacidad, a la buena fe, a la falta de probidad como infracción del funcionario, a la determinación del justiprecio expropiatorio etc.

El TS ha declarado que en estos conceptos jurídicos indeterminados puede distinguirse a la hora de su aplicación o del control judicial entre un *círculo de certeza positiva* (supuestos que claramente encajan en el concepto), un *halo de incertidumbre* (supuestos de dudoso encaje), y un *círculo de certeza negativa* (supuestos que claramente no encajan en el concepto). Dentro del halo de incertidumbre existe un cierto margen de apreciación de la Administración, no de discrecionalidad, que la Administración debe resolver mediante la reunión de cuantos elementos probatorios y de juicio sean precisos para justificar la legalidad y el acierto de la decisión.

B) Las técnicas del control de la discrecionalidad

La problemática del acto discrecional se centra en conciliar la libertad de apreciación de la Administración con un control judicial posterior. En nuestra jurisprudencia, el TS, no obstante advertir sobre la improcedencia de que la Administración sea sustituida totalmente por los Tribunales en la valoración de las circunstancias que motivan la aplicación de la potestad discrecional, pues ello, suele afirmar, trasciende de la función específica de los Tribunales, precisa que cabe siempre la investigación judicial sobre el bueno uso de la potestad discrecional cuando se trata de fiscalizar los elementos reglados de la competencia, el procedimiento y el fin público del acto, así como el control de los hechos determinantes y el respeto de los principios generales del derecho como el de proporcionalidad y el de buena fe. La proporcionalidad la aplica especialmente en materia sancionadora para ajustar la sanción a la gravedad de las infracciones.

El control de la proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad del criterio de actuación discrecional de la Administración sólo es posible, sin embargo, si dicho criterio se justifica adecuadamente. De ahí la relevancia material (y no sólo formal) que la motivación de las decisiones administrativas discrecionales posee en orden a su control judicial. Esta concepción material de la motivación ha sido recogida por la Ley 30/92, que la exige en los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales (art.54).

C) La polémica en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa. La configuración por el legislador de poderes arbitrarios o exentos de control judicial

Un prestigioso sector doctrinal (PAREJO, SANCHEZ MORON) ha introducido la tesis de que al interpretación de las relaciones entre la Administración y el juez contencioso no pueden considerarse, después

de la Constitución de 1978, en línea de continuidad con el sistema anterior, demandando un nuevo entendimiento que respete un cierto ámbito de actuación administrativa libre, de suerte que la Jurisdicción no pueda nunca sustituir la decisión administrativa. Esta nueva interpretación tendría su justificación en el principio democrático que introduce la Constitución y que supone, de acuerdo con estos autores, un reforzamiento del poder legislativo y del ejecutivo, frente al judicial (en el que no impera dicho principio para la elección de sus miembros).

En contra, Tomás Ramón FERNANDEZ y GARCIA DE ENTERRIA sostienen que la Constitución no ha modificado en absoluto la configuración del poder discrecional de la Administración, ni le ha aportado una legitimación que no tuviera. La verdadera innovación de la Constitución consistiría, por el contrario, en haber asignado al los jueces un papel central en el sistema constitucional, pues al invocar como parámetros de su actuación no sólo la ley, sino también el Derecho, ha incrementado sustancialmente el alcance de su función de control. Si la Administración, como dice la CE, ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, amén de a los fines que la justifiquen, el Juez puede llegar en su crítica y en su decisión sobre los actos discrecionales de la Administración tan lejos como el Derecho le permita.

PARADA se adscribe a esta última tesis, pues afirma que la Constitución reconoce un amplio, incluso extremoso, alcance al control judicial de la Administración, y señala que el principio democrático que afirma la primera tesis en ningún modo puede justificar la prevalencia del poder legislativo y ejecutivo sobre el judicial, siendo el sistema de elección de los jueces, basado en los principios de mérito y capacidad, tan constitucional como el carácter electivo que la Constitución reserva para la elección de los titulares de otros órganos. Este autor pone también de relieve que, al margen de esta polémica sobre la mayor o menor extensión que debe tener el control por la Justicia administrativa de las potestades discrecionales de la Administración, en la actualidad son factores relacionados con la técnica normativa los que ponen en mayor riesgo el pleno control judicial de su actuación, señalando en este sentido la huida de los entes públicos al derecho privado, el encubrimiento de actos administrativos con leyes singulares, o la atribución a la Administración de poderes no ya discrecionales sino libres o arbitrarios, como ocurre cuando el legislador le atribuye un margen de libre decisión en el que parece exenta de la carga de la motivación para justificar la adecuación de su decisión a los principios constitucionales como el del mérito y la capacidad o el de objetividad (así, p.ej., cuando se establece el sistema de libre designación para la asignación de puestos funcionariales o cuando se amplían los supuestos de adjudicación de contratos por concierto directo).

4.- ACTOS QUE NO CAUSAN ESTADO, ACTOS FIRMES O CONSENTIDOS Y ACTOS CONFIRMATORIOS

Se trata ésta de una clasificación de los actos atendiendo a razones procesales, en virtud de las cuales no se admite la impugnación contenciosa de los mismos.

Actos **que no causan estado** son aquellos que no agotan la vía administrativa, es decir, que no expresan de manera definitiva la voluntad de la organización administrativa en que se producen, porque contra los mismos puede y debe interponerse un recurso de alzada ante el superior jerárquico antes de acudir a la vía judicial. En el ámbito de la Administración del Estado agotan la vía administrativa:

- las resoluciones de los recursos de alzada (basta por tanto con interponer un solo recurso para agotar la vía administrativa y poder acudir a los tribunales, aunque existan varios escalones en la jerarquía administrativa);
- las resoluciones dictadas por órganos colegiados o comisiones específicas en sustitución del recurso de alzada en procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación o arbitraje;
- las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
- las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca;

- los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento (arts. 107 y 109 de la Ley 30/92).

Los **actos firmes o consentidos y los confirmatorios o reproductorios**. Estas categorías se basan en el art.28 de la Ley de la Jurisdicción CA, virtud del cual no se admitirá recurso contencioso– administrativo respecto de *los actos que sean reproducción de otros anteriores que sean definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma*. A pesar de su complicada redacción, el significado de este precepto es simple: si el acto de que se trate no ha sido impugnado dentro de los plazos que establecen las leyes, el posterior recurso que se deduzca contra el mismo debe ser declarado inadmisibile, pues se considera, al igual que ocurre con las sentencias judiciales, consentido y firme. Hay que precisar que sólo pueden devenir firmes los actos anulables, no los nulos de pleno derecho, pues en este caso, como veremos, el interesado, aunque hayan transcurrido los plazos para recurrir, puede reabrir el debate judicial mediante una petición de revisión de oficio a la Administración, cuya denegación podrá, en su caso, impugnar ante los tribunales.

Es asimismo inadmisibile el recurso que se interponga contra un nuevo acto administrativo que sea una mera reiteración, por reproducción o por confirmación, de otro que quedó consentido y firme, lo que se establece con el objeto de evitar que, a través de una nueva impugnación y su denegación por la Administración, se reabra un debate judicial sobre lo que ya ha sido definitivamente resuelto en vía administrativa o judicial.

Para que se pueda hablar de acto confirmatorio o reproductorio, la jurisprudencia exige, como si de la cosa juzgada se tratase, la identidad de sujetos, pretensiones y fundamentos.

5. ACTOS FAVORABLES Y ACTOS DE GRAVAMEN

Por razón de su contenido, la clasificación de los actos administrativos de mayor relieve es la que distingue entre los que amplían y los que restringen la esfera jurídica de los particulares, por cuanto abocan a regímenes jurídicos muy diversos. También se ha advertido que hay actos de doble efecto o mixtos, pues mientras para unos administrados son limitadores de derechos, para otros suponen una ampliación de su esfera jurídica, como ocurre con las expropiaciones en que el beneficiario y el expropiado son dos particulares.

A) Los actos favorables

Son los que amplían la esfera jurídica de los particulares, también llamados actos declarativos de derechos. Son actos fáciles de dictar, pues no se exige la reserva de ley ni la motivación, pero difíciles de anular o revocar, pues, como veremos, la Administración no puede revocarlos de oficio salvo cuando sean nulos de pleno derecho y es necesario seguir en todo caso un procedimiento formalizado. Como actos de este tipo podemos citar las admisiones, las concesiones, las autorizaciones, las aprobaciones y las dispensas.

B) Los actos de gravamen

Actos de gravamen o restrictivos son aquellos que limitan la libertad o los derechos de los administrados o bien les imponen sanciones (una orden, una sanción, la expropiación para el expropiado, una revocación de un acto favorable). Estos actos han de dictarse observando determinadas garantías defensivas de los destinatarios, y así, cuando se trata de actos que inciden en derechos subjetivos, es inexcusable el derecho de audiencia previa del interesado y deben legitimarse en un precepto con rango de ley. Los actos que limitan derechos o intereses deben estar siempre motivados (art. 54 de la Ley 30/92) y en ningún caso puede reconocérseles efecto retroactivo (art. 9.3 CE). Por lo que respecta a la revocación, la regla es en cambio no oponer a la misma ninguna exigencia procedimental, aunque sí se le impone un límite de carácter material: que la 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 (art. 105 de la Ley 30/92).

6.- ACTOS EXPRESOS Y ACTOS PRESUNTOS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO

Por la forma de su exteriorización, los actos administrativos pueden ser expresos o presuntos, en virtud de lo que se ha venido a llamar silencio administrativo. En el Derecho administrativo (y con el objeto de asegurar el derecho a la garantía judicial, el acceso al proceso o bien la efectividad de otros derechos de carácter sustantivo que pueden resultar bloqueados por la inactividad de la Administración), se atribuye al silencio de la Administración frente a una petición o un recurso el valor de una decisión, con un significado unas veces negativo o desestimatorio y otras estimatorio o positivo. De aquí que se hable de dos clases de silencio, negativo y positivo y de actos presuntos positivos y negativos.

A) La evolución de la regulación del silencio administrativo. La regla general del silencio como acto presunto negativo y sus excepciones.

La falta de respuesta de la Administración a una petición o al recurso de un administrado ha tenido en el ordenamiento jurídico, y por regla general, un significado negativo o de desestimación de la petición o recurso interpuesto por el particular. Fue el Consejo de Estado francés quien, para encontrar una salida a la vía muerta que producía el hecho de que la Admón. callara, lo que impedía que existiera un acto administrativo recurrible, transformó ese silencio en acto (presunto) a los efectos de agotar la vía administrativa y permitir que el asunto fuese llevado a los tribunales. El silencio administrativo es, pues, una ficción de declaración de voluntad, que se produce por ministerio de la ley, ante la inactividad de la Admón. en el plazo legalmente fijado para resolver.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley de Procedimiento administrativo de 1958 estableció como regla general que el silencio se entendía como desestimación de la petición o del recurso formulado por el particular. El silencio sólo se entendía como positivo en las relaciones de la Administración y los particulares en aquellos casos en que así lo estableciera una disposición expresa, como ocurría p.ej. para determinadas licencias municipales por establecerlo así el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955.

B) La regulación de los actos presuntos por la Ley 30/1992

La Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pretendió dar una nueva regulación del silencio administrativo que pretendía establecer como regla general el silencio positivo frente al silencio negativo entonces imperante. Sin embargo, la regulación fue un fracaso por su complejidad y porque remitía a cada Administración la determinación del carácter positivo o negativo del silencio. La Ley 4/1999, de 13 de enero ha modificado por ello la anterior regulación.

C) La regulación del silencio administrativo y de los actos presuntos por la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992

De acuerdo con la regulación actual, el silencio administrativo se articula del modo siguiente:

- El plazo máximo en el que la Administración debe resolver y notificar su resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento pero la nueva Ley ha establecido que Este plazo no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para resolver, se mantiene el de tres meses que fijó la Ley 30/92.
- Vencido ese plazo sin que la Administración resuelva, se produce el silencio administrativo, que conforme a la nueva redacción del art. 43, tendrá siempre carácter positivo, esto es, se entenderá estimada la solicitud del interesado, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. La nueva Ley pretende que la regla sea verdaderamente el silencio positivo, pues aunque en principio así lo pretendía también la Ley 30/92, no consiguió tal

efecto al permitir que las normas procedimentales de adecuación y desarrollo de la ley pudieran libremente establecer el sentido negativo del silencio.

La propia Ley 4/99 ha previsto determinados supuestos en los que, frente a la regla general, el silencio tiene carácter negativo:

- los procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el art. 29 de la Constitución (se trata de la posibilidad de dirigir peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado, este derecho esta regulado en la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición).
- Aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público
- Los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.
- Una modificación importante y muy positiva de la Ley 4/1999, es que se ha suprimido la denominada certificación de acto presunto, en virtud de la cual, para hacer valer el acto administrativo presunto tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona era necesario volver de nuevo a la Administración silente y obtener de ella un certificado de que ese silencio se había producido, lo cual constituía una complicación excesivamente gravosa para el particular y abría, además, la posibilidad de que la Administración resolviera expresamente en ese certificado en sentido contrario al del silencio, por lo que fue unánimemente criticado por la doctrina. En la actualidad, de conformidad con la nueva regulación, los actos administrativos producidos por silencio administrativo producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada *por cualquier medio de prueba admitido en Derecho*, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días (art. 43.5). La solicitud de un certificado de acto presunto queda así como voluntaria, como un medio de prueba más de que se ha producido el silencio.
- Parada destaca la radicalidad con que se reconoce en nuestro actual derecho el acto presunto positivo, hasta tal punto que la estimación por silencio tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento hasta el punto de que la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. Por el contrario, la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente de forma que la resolución expresa posterior se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio, es decir, que puede ser estimatoria de la pretensión solicitada.

Parada critica esta nueva regulación en cuanto eleva el silencio positivo a regla general que va a resultar aplicable a la mayor parte de los actos de intervención administrativa, tales como autorizaciones, admisiones, aprobaciones o dispensas. Esta opción resulta a su juicio muy discutible en cuanto supone abandonar la defensa de los intereses generales que tales actos controlan así como los intereses de terceros afectados por la actividad solicitada (que pueden incluso no enterarse de la producción misma del acto por silencio administrativo, dado que, incluso personados en el procedimiento, no serían notificados de su producción), sacrificados frente al interés particular del titular del derecho y solicitante, que es el beneficiado indudable de la inactividad formal de la Administración, en cuanto ve reconocida su pretensión sin necesidad de acudir a las vías de recurso. Señala además este autor que esta concepción tan amplia del silencio positivo carece de parangón en el derecho comparado, donde ante solicitudes de autorización de actividades se aplica siempre la presunción de desestimación a los efectos de los recursos subsiguientes.

7.- LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina española aborda mayoritariamente la cuestión de los elementos del acto administrativo utilizando los conceptos de la doctrina privatista de los actos jurídicos, de tal forma que clasifica sus elementos en subjetivos, objetivos y formales, y asimismo en esenciales y accidentales. Parada advierte, sin embargo, que debido a que los actos administrativos unilaterales están más cerca de los actos judiciales que de los actos privados, sus elementos guardan mucha analogía con los primeros, pudiendo señalarse así:

- El especial relieve en los actos administrativos de los elementos de la causa y del fin que en los actos privados resultan prácticamente irrelevantes, porque en la práctica privada, regida por la autonomía de la voluntad, los móviles internos resultan prácticamente irrelevantes.
- La escasa importancia en cambio en los actos administrativos de los elementos accidentales, debido a que se encuentran ceñidos por el principio de tipicidad que impide desvirtuar o modalizar en exceso los efectos propios de una categoría de actos a través de estos elementos.
- La importancia en los actos administrativos de los elementos formales, con la exigencia de escritura y la necesidad de notificación para que el acto adquiera eficacia, mientras que en los actos privados rige en general el principio de libertad de forma.

8.- EL TITULAR DEL ORGANO Y LA COMPETENCIA (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

Todo acto administrativo precisa para su existencia una Administración, dentro de ella un órgano que sea competente para dictarlo, y dentro del órgano competente una persona física legitimada.

- Administración. El acto administrativo es en principio producto de una Administración, aunque como hemos visto también otros órganos o poderes constitucionales pueden producir determinados actos sometidos al control de los tribunales contencioso administrativos.
- Órgano. La Administración, como persona jurídica, se compone de órganos a través de los cuales se manifiesta y obra. Sólo podrá dictar el acto considerado el órgano de la Administración que tenga atribuida la competencia para ello. La competencia se define como la aptitud que se confiere a un órgano de la Administración para emanar determinados actos jurídicos en nombre de ésta. La competencia la establece la ley o el reglamento, y por ello no puede modificarse por la voluntad de los titulares de los órganos (art. 12.1 de la Ley 30/92), y se atribuye en razón a varios criterios:

1. por razón de la materia, así p.ej. se atribuyen los asuntos a los distintos ministerios y dentro de ellos, a las distintas direcciones generales etc.
2. por razón del territorio, los órganos tienen una competencia territorial determinada, que puede ser nacional, p.ej., el Ministro, el director general, o limitada a una circunscripción concreta, p.ej., las competencias del alcalde se limitan al municipio.
3. por razón de la jerarquía, así se reparten algunos asuntos, lo que lleva a atribuir los más importantes a los grados superiores de la jerarquía y los de menor importancia a los inferiores.

La falta de competencia determina el consiguiente vicio de incompetencia, que en nuestro Derecho puede originar dos tipos de invalidez: la incompetencia por razón de la materia o del territorio determina la nulidad de pleno derecho, mientras que en el caso de incompetencia jerárquica, cuando no es grave, cabe la convalidación y por tanto sólo determina la nulidad relativa o anulabilidad, pues la Ley establece que si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de la nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado (art. 67.3).

- Es necesario también, por último, que las personas físicas titulares del órgano procedan en las condiciones legales prescritas para poder actuar como tales titulares del órgano, para lo cual deben concurrir los siguientes requisitos o condiciones:

- La regularidad de la investidura. Cabe que el nombramiento de la autoridad o funcionario no sea válido bien porque éste se haya anticipado o haya sido ya cesado, porque el órgano esté ocupado fraudulentamente por un impostor, bien porque en virtud de circunstancias excepcionales se haya hecho cargo del mismo una persona ajena a la Administración, pero que actúa en nombre de ésta. Son los llamados supuestos de funcionarios de hecho, en los cuales la jurisprudencia reconoce en ocasiones validez a los actos realizados por el supuesto funcionario en aras de la seguridad y apariencia jurídicas y de los derechos de terceros de buena fe.
- La imparcialidad, que se concreta en las llamadas causas de abstención y de recusación. Son causas de abstención y recusación: a) tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; b) el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo con cualquiera de los interesados o sociedades interesadas o con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, o compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; c) tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas; d) la relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia y lugar. Si en alguna autoridad o funcionario se da alguna de estas circunstancias deberá abstenerse de intervenir, incurriendo en caso contrario en responsabilidad. Asimismo, los interesados podrán promover la recusación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, mediante escrito ante el inmediato superior, ante el cual el recusado manifestará si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido; si el recusado negare la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere conveniente. Contra las resoluciones en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento. Hay que destacar que la concurrencia de un motivo de abstención no implica necesariamente la invalidez de los actos en los que haya intervenido el funcionario, precisando la jurisprudencia que sólo la implicará cuando haya sido determinante de la resolución adoptada.

9.- LA CAUSA Y LOS PRESUPUESTOS DE HECHO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

Entre los elementos objetivos del acto administrativo, la doctrina distingue la causa, los propuestos de hecho, los móviles, el contenido y los elementos accidentales.

La **causa** es el motivo legal del acto, el por qué del acto administrativo, el fin típico que establece el ordenamiento de todos los actos de una determinada categoría. Esta causa jurídica o causa inmediata hay que distinguirla de la causa natural o causa remota, o móviles, que son el fin particular que el sujeto se propone al realizar un determinado acto. Así, p.ej., en la concesión la causa jurídica o inmediata consiste en crear a favor del destinatario del acto un nuevo derecho, mientras que el motivo o causa remota puede ser muy diverso, como la conveniencia de crear un nuevo servicio público, de hacer más eficiente otro ya existente, utilizar de mejor manera los bienes del dominio público etc. Hay que poner de relieve que, a diferencia de los actos privados, en los actos administrativos negociables son relevantes no sólo la causa legal o jurídica, sino también los móviles o causa natural. El acto es válido cuando se realiza no sólo de conformidad a un fin típico, sino también a un fin particular lícito, porque el ordenamiento así lo acepta.

Los **presupuestos de hecho**. La estructura básica de toda proposición normativa se compone de un supuesto de hecho y su consiguiente consecuencia jurídica (Toda norma establece: si es A es B, siendo éste A el presupuesto de hecho). En el caso de la actuación administrativa, las normas conceden a la Administración la posibilidad de ejercitar una potestad administrativa cuando se da un determinado presupuesto de hecho. Este consiste, por tanto, *en el hecho o circunstancias exteriores que legitiman la actuación de la Administración*. Así, p.ej., en la imposición de una multa por mal aparcamiento, es presupuesto de hecho que el vehículo esté efectivamente mal aparcado, en el otorgamiento de una licencia de obras, este será la existencia de un solar con las características declaradas por el solicitante. El presupuesto de hecho, en cuanto proviene directamente

de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado y controlable por el juez: si el supuesto de hecho requerido por la norma (bien de un modo expreso o implícito) no se cumple en la realidad, la actuación administrativa no es válida y puede ser impugnada.

El control de la concurrencia de la causa se subsume en la práctica judicial en el control de los presupuestos de hecho, pues cuando se quiere controlar que se ha dado el motivo legal o causa de un acto, lo que se hace es verificar la concurrencia de los presupuestos de hecho establecidos por la norma. Para comprobar, p.ej., que la potestad sancionadora se adecuaba a la causa legal de su otorgamiento, que es la infracción del ordenamiento jurídico, habrá que comprobar que ha existido en la realidad dicha vulneración del ordenamiento jurídico y que esta ha sido la que ha inspirado la actuación administrativa.

10.- LOS MOVILES Y LA DESVIACIÓN DE PODER (ELEMENTOS OBJETIVOS)

Al configurar la potestad la norma, de manera expresa o implícita, le asigna un fin específico, que ha de ser siempre un fin público, pues, como establece el art.103 de la Constitución, "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales", pero que luego se matiza en cada uno de los sectores de la actividad administrativa (p.ej., en la potestad de policía el fin es la seguridad pública). El acto administrativo debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir a una finalidad distinta aun cuando se trate de otra finalidad pública. Este vicio se denomina desviación de poder y lo define el art.70 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa: "se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

El proceso para determinar que existe el vicio de la desviación de poder comienza por la determinación de la finalidad o intención del legislador al asignar una competencia, para después concretar la finalidad perseguida por el acto y compararla, por último, la primera con la segunda. De todo este proceso lo más complejo es, sin duda, el descubrimiento y la prueba de la intención con que actuó la autoridad administrativa, que lógicamente disimulará sus verdaderas intenciones. En nuestro país se ha producido un renacimiento jurisprudencial en la utilización de la desviación de poder, porque la Constitución ha recordado a los jueces su obligación de controlar la obligada correlación entre la actividad administrativa y los fines públicos (art. 106.1: los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la igualdad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican). La decidida voluntad jurisprudencial de controlar el vicio de la desviación de poder se manifiesta en:

- el reconocimiento de este vicio no sólo cuando el acto se inspira en fines personales o privados, sino incluso lícitos, pero diversos de los exigidos por la norma.
- la no exigencia ya de una prueba contundente y absoluta de la desviación de poder (muy difícil de obtener), bastando con que, además de indicar cuál es la finalidad perseguida por la Administración, el interesado la justifique con una prueba suficiente para lograr una convicción del tribunal sobre las divergencias de fines, carga de la prueba que en ciertos casos se traslada incluso a la Administración. De aquí que sea bastante para apreciar la desviación de poder que la convicción del juez se haya producido con carácter indiciario en función de datos objetivos, como la disparidad de tratamiento entre los administrados, la realización de graves irregularidades formales para alcanzar un fin distinto al exigido por la norma, la insuficiencia de motivación en el sentido de que no fueron ponderadas por la Administración todas las circunstancias y necesidades impuestas por el interés general.

En realidad, el presupuesto de hecho, la causa y el fin, pueden reducirse a la unidad, en cuanto constituyen tres aspectos de una misma cosa: *la necesidad de que el acto se ajuste a las previsiones del ordenamiento jurídico*, es decir, que se verifique la legalidad de la actuación administrativa. Así, p.ej., en el caso de la multa, el ordenamiento asigna potestades sancionadoras a la Administración sólo cuando se haya aparcado mal, presupuesto de hecho, por haberse cometido una infracción, causa, y en defensa del orden en la circulación, fin. Se trata, por tanto, *del conjunto de presupuestos que condicionan el ejercicio de las potestades concedidas a la Administración*, que debe obrar siempre subordinada a la legalidad (art.103 y art.106 CE).

11.- EL CONTENIDO Y LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (ELEMENTOS OBJETIVOS)

El contenido del acto es la declaración que el propio acto incorpora y realiza. El contenido es la sustancia del acto, lo que se declara, lo que la Administración decide efectuar a través del mismo. El contenido del acto puede ser esencial, natural y accidental. Contenido esencial es aquél que siempre y en cualquier caso debe acompañarle, puesto que sin él el acto carecería de virtualidad y de propia existencia. Así, en una autorización de obras, el acto de la licencia debe expresar claramente si se permite o no construir el edificio; si se omite tal declaración, falta su contenido esencial y el acto es vacío, intrascendente. Contenido natural, es aquello que aun sin expresa mención en el propio acto, se considera que es connatural al acto en sí. Así, en el caso anterior, si se concede una licencia para construir, se presupone que el edificio ha de ser edificado bajo la vigilancia de un arquitecto o aparejador y esto no es necesario decirlo, pues se presupone que el edificio ha de ser construido bajo la responsabilidad técnica de un especialista. Por último, contenido accidental, es aquél que solamente se toma en consideración cuando expresamente se introduce por la Administración. Para que la administración pueda incorporar esos elementos accidentales del acto es preciso que la ley le otorgue unas ciertas facultades discrecionales a la hora de resolver, es decir, la administración debe tener un cierto margen a la hora de resolver que le permita introducir esos elementos accidentales. Los posibles contenidos accidentales o eventuales de los actos son:

- El término, que es el momento, ordinariamente un día determinado, a partir del cual debe comenzar o cesar la eficacia del acto. El momento en que normalmente el acto adquiere eficacia es aquel en que alcanza la perfección, y la expresión de un término distinto sirve para que el acto despliegue sus efectos en un momento anterior o en uno posterior.
- La condición, que es la cláusula por la que se subordina el comienzo o la cesación de los efectos de un acto al cumplimiento de un suceso futuro e incierto. En el primer caso se habla de condición suspensiva y en el segundo de condición resolutoria.
- El modo, que es una carga específica impuesta a la persona en cuyo interés se ha dictado el acto, por la cual se le exige un determinado comportamiento del cual depende la posibilidad de disfrutar de los beneficios del acto. Así, p.ej., la licencia de construcción puede concederse con la carga de que habrá de construir un aparcamiento subterráneo.

13.- LOS ELEMENTOS FORMALES: PROCEDIMIENTO, DECLARACION Y MOTIVACION

El **procedimiento** es el conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes a al acto o resolución final cuya finalidad es asegurar el acierto y la eficacia de la Administración, además de garantizar los derechos y libertades de los particulares. El procedimiento es por ello un requisito esencial, que cumple una función análoga al proceso judicial y al procedimiento legislativo aunque no tiene las mismas exigencias o trámites. La esencialidad del procedimiento viene impuesta por el art. 53 de la Ley 30/92 (los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que, en su caso, estuviese establecido) y por el art. 62, que sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos que fueren dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

Frente a la libertad de forma del ordenamiento jurídico privado, que consagra nuestro Cc. en los arts.1278 y ss., la regla general para los actos administrativos es la forma escrita. Así lo establece la LPA en el art.41, conforme al cual los actos administrativos se consignarán por escrito salvo que su naturaleza o circunstancias exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión.

La exigencia de forma escrita en los actos administrativos es similar y se justifica por los mismos motivos que en las resoluciones judiciales:

– porque la Ley exige, como se verá, notificar al interesado las resoluciones administrativas que afecten a sus derechos e intereses y las leyes pueden exigir también su publicación, y para notificarlos o publicarlos es

necesario que consten de forma escrita.

– porque los actos de la Administración son, como las sentencias judiciales, ejecutivos y para su ejecución es preciso una certeza indubitada de su contenido.

– porque es la única forma de dejar constancia de que se ha respetado el orden procedimental establecido y ha tenido lugar, cuando así se requiere, la intervención de órganos o sujetos diversos (informes, propuestas, alegaciones, audiencias etc.) de cuya realización se va dejando constancia escrita, formándose lo que se denomina "el expediente".

La forma escrita es, por tanto, la normal, pero también caben otras formas, y, en concreto, la forma oral es típica de algunos campos del derecho administrativo, como en las relaciones de jerarquía (las órdenes que da un superior a un inferior) y en determinadas actuaciones del cuerpo de policía, en las que caben las órdenes verbales (p.ej., para disolver una manifestación) y, también, los signos acústicos o visuales (en el ámbito de la circulación). En estos casos resultan más adecuadas estas formas de manifestación del acto, bien por la rapidez que exige la actuación administrativa, o bien porque son órdenes muy simples que han de cumplirse por una pluralidad de personas y de este modo ganan eficacia. De acuerdo con la Ley 30/92, los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de consignación o constancia.

El **contenido de la declaración** en que los actos consisten, y que se debe plasmar en los escritos que los documentan, puede ser diverso en unos y otros casos (p.ej., el nombramiento de un funcionario o una resolución sancionadora), pero siempre deberá recoger algunos datos que permitan la identificación del acto mismo, como la autoridad que lo dicta, el mandato o la resolución y la fecha, la motivación cuando es preceptiva, así como los recursos que procedan contra la resolución, el órgano ante el que han de presentarse y el plazo para interponerlos.

En cuanto a **la motivación**, se trata de la exigencia de expresar de expresar en el propio acto sus fundamentos. La Ley 30/92 ha ampliado la nómina de los actos necesitados de motivación, que ahora comprende:

- Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales.
- Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La Ley determina que la motivación ha de hacerse con una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho. Que sea sucinta no implica sin embargo que pueda ser cumplida con cualquier formulismo. La motivación ha de ser suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico del acto en cuestión, sin que valgan las falsas motivaciones, las fórmulas *passer-partout* o comodines, que velen para cualquier supuesto y que nada o muy poco explican sobre la decisión del acto en que se insertan.

13.- NOTIFICACION Y PUBLICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La comunicación de los actos administrativos a los interesados se actúa por medio de la notificación o de la publicación. En nuestro Derecho, la notificación y publicación constituyen una condición de la eficacia de los actos administrativos, pues de acuerdo con la Ley 30/92 la eficacia de los actos quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior (art. 57.2).

Esta Ley, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, impone el deber de notificar a los interesados las resoluciones o actos administrativos que afecten a sus derechos o intereses.

El **plazo** en que debe realizarse la notificación es de diez días a partir de la fecha en que el acto sea dictado. Sin embargo, la superación de este plazo no determina la nulidad de la notificación, pues se trata de una irregularidad no invalidante. La fecha de publicación es en todo caso la de la efectiva recepción de la misma por el destinatario.

El **contenido** de la notificación deberá comprender los elementos que hemos visto al estudiar el contenido del acto administrativo. Si a la notificación le faltan algunos de estos extremos estaremos ante una notificación defectuosa, que podrá subsanarse por la Administración o convalidarse en el caso de que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga el recurso procedente. De no producirse la subsanación o convalidación, el acto incorrectamente notificado no adquiere firmeza, por lo que se mantiene indefinidamente la posibilidad de recurrir contra el mismo.

En cuanto a los **medios** para practicar las notificaciones, pueden hacerse por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

En cuanto al **lugar** de la práctica de la notificación, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, será el lugar que éste haya designado en su solicitud. Cuando ello no fuere posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse este presente en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Vamos a ver ahora las distintas variantes de notificación o comunicación del acto administrativo.

- En la **notificación personal**, el sujeto pasivo es el propio interesado o su representante. Ahora bien, si éstos rechazaren la notificación, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.
- La **notificación por anuncios** puede realizarse cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar. En este caso, la notificación personal a los interesados puede hacerse mediante anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el BOE o boletín de la CA o de la Provincia, según cuál sea la Administración de que proceda el acto a notificar y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.
- La **publicación** de la resolución es una comunicación impersonal de los actos administrativos sin constancia efectiva de si ha llegado o no a conocimiento de sus destinatarios. Se realiza insertando la resolución, con los mismos elementos que la notificación personal en cuanto a recursos, en el BOE, de la CA o de la Provincia, según cuál sea la Administración que haya dictado el acto. Puede acudir a esta forma de comunicación cuando: a) el acto tenga pro destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos; b) cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo.
- La **publicación– notificación**. Si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará (por ejemplo, el del honor o derecho a la imagen), se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento.

TEMA XV.– EFICACIA Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.- LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ

De acuerdo con el art. 57.1 de la Ley 30/92, *los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*. La redacción de este precepto es un tanto incorrecta, pues no es que los actos administrativos sean válidos en todo caso, su validez o invalidez dependerá de su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico. Lo que se quiere decir es que se presume la validez del acto administrativo, presunción iuris tantum, que traslada al administrado la carga de probar lo contrario mediante la impugnación del acto.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia afirman que esta presunción de validez o de legalidad es una peculiaridad de los actos administrativos, Parada entiende que se trata de un rasgo predicable en parecidos términos de todos los actos jurídicos en general. Opera así en el derecho penal respecto de la a los actos jurídicos privados, presumiéndose válidos, en principio, los contratos, los testamentos, etc. La presunción de validez o ejecutividad de los actos privados se establece en el Dº positivo, tanto para los actos de los simples particulares (Cº Civil), como en la regulación de las organizaciones, empresas, comunidades, etc.(Ley de P. Horizontal, Ley de Asociaciones, Ley de Sdades. Anónimas, etc.). La Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 2/1989, de 23 de febrero) va todavía más lejos al reconocer, prácticamente, carácter ejecutorio al acuerdo de la junta de Propietarios contra los morosos en el pago de las cuotas, de tal forma que el acuerdo de la Junta constatando la deuda tiene el carácter de documento suficiente para que pueda decretarse el embargo preventivo de los bienes del deudor sin necesidad de requerimiento previo alguno.

Por ello, a juicio de Parada lo que diferencia los actos administrativos en relación con los privados en el Derecho español, es que el acto administrativo está adornado de la ejecutoriedad, acción de oficio o privilegio de decisión ejecutoria, esto es, la potestad de la Administración para llevar a efecto el mandato que el acto incorpora, violentando la posesión y la libertad personal del administrado sin necesidad de intervención judicial.

2.- LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. DEMORA EN LA EFICACIA E IRRETROACTIVIDAD

Por eficacia de los actos administrativos se entiende la producción de los efectos propios de cada uno, definiendo derechos y creando obligaciones de forma unilateral.

La Jurisprudencia distingue entre **validez y eficacia**. La **validez** supone la concurrencia en el acto de todos los elementos que lo integran y se presume desde el momento en que se dictan o acuerdan, mientras que la **eficacia** hace referencia a la producción temporal de efectos que puede hallarse supeditada a la notificación, publicación o aprobación posterior del acto válido.

Con carácter general, los actos administrativos –como los actos jurídico–privados y las normas– se dictan para el futuro, y por ello producen efectos desde la fecha en que se dicten. No obstante existen **dos excepciones**:

- **La demora en la eficacia** del acto administrativo, es decir, el retraso en la producción de sus efectos propios, puede originarse:

- porque así lo exija la naturaleza del acto (hasta la toma de posesión no es eficaz el nombramiento del funcionario).

- porque el contenido accidental incluya una condición suspensiva o término inicial que así lo establezca, o

– porque la eficacia del acto quede supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

- **La retroactividad.**

La proyección de la eficacia del acto sobre el tiempo pasado se gobierna por la regla general de la irretroactividad, principio sin excepción para los actos de gravamen o limitativos de derechos, en aplicación inexcusable del art. 9.3 de la C.E, debiendo entenderse que cuando este precepto se refiere a disposición incluye no sólo los reglamentos., sino también los actos individuales.

Para los actos favorables o ampliativos, el principio general es también la irretroactividad, pero sin embargo, según la Ley 30/92 Excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (art.57.3). En el primer caso se trata de una exigencia de justicia, pues si no se admitiera la retroactividad la Administración obtendría en muchos casos un beneficio de su propia torpeza, ya que la comisión de un vicio determinante de la nulidad de un acto podría suponer para ella un ahorro, si al declararse la nulidad del mismo el reconocimiento del derecho del particular no surtiera efectos sino a partir de la fecha de la declaración. La jurisprudencia configura por ello la eficacia retroactiva a los actos dictados tanto en sustitución de actos anulables como de actos nulos de pleno derecho más como un derecho del administrado que como una potestad discrecional de la Administración, cuando razones de justicia así lo exijan, y entiende que no juega en estos casos el límite de que la retroactividad no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas ni su carácter excepcional.

3.- LA EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La ejecutoriedad, privilegio de decisión ejecutoria, acción de oficio o autotutela ejecutiva, es la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de sus obligados, violentando su propiedad y libertad si fuera preciso. Esta cualidad es la que realmente distingue a los actos administrativos de los actos privados, que necesitan del apoyo judicial para tomar sobre otro sujeto medidas ejecutorias. En otras palabras, la Administración puede tomarse la justicia por su mano (cobrar un impuesto o una multa, por ejemplo) en contra de la voluntad del administrado, mientras que los particulares deben acudir al Juez para imponer sus derechos sobre terceros.

Este privilegio está regulado en la Ley 30/92: *Las Administraciones Públicas, a través de sus Órganos competentes, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley o cuando la constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales.*

El supuesto necesario para la ejecución forzosa lo constituyen los casos en que el acto administrativo impone deberes positivos o negativos al administrado que implique, en cuanto éste se niega al cumplimiento voluntario, una agresión sobre aquél mediante la alteración de su ius possessionis sobre sus bienes o una violencia sobre su libertad personal. Por no darse este supuesto, la ejecutoriedad de los actos administrativos no resultará procedente en los siguientes casos:

- porque no es necesaria porque el acto se cumple sin resistencia de sus destinatarios
- porque la naturaleza del acto no comporte ninguna actuación material de ejecución por la Administración, ya que el acto no hace más que definir una situación jurídica de la que no derivan necesariamente derechos o deberes inmediatos, como ocurre, por ej. Con el reconocimiento de la ciudadanía o la inscripción en el padrón municipal.
- Tampoco puede hablarse de ejecución forzosa en contra de la Administración, es decir, cuando el acto administrativo reconoce derechos a los particulares e impone correlativos deberes a la Administración, pues si ésta no cumple voluntariamente, el administrado no tiene más remedio que

forzar su cumplimiento por la vía judicial, provocando previamente los actos desestimatorios.

- Cuando aunque la Administración ejerce medidas de ejecución, éstas no suponen quebrantar la posesión ni la libertad del ciudadano porque la que ha visto quebrantada su posesión o sus derechos es la propia Administración, que lo único que hace es ejercer su autodefensa posesoria del mismo modo que lo podría hacer un particular (p.ej., cuando ordena y ejecuta la expulsión de un particular que ha ocupado sin permiso una dependencia del dominio público o un servicio público).

El principio de ejecutoriedad se establece con carácter general para los actos administrativos en tres preceptos de la LRJAPAC, Arts. 56, 94 y 95. La Ley de Bases del Régimen Local (1985) también reconoce a la entidades Locales la potestades de ejecución forzosa y sancionadora. La Ley General Tributaria, por su parte, atribuye a los Actos de la Hacienda Pública nada menos que el valor de las sentencias judiciales: *Las certificaciones de descubiertos acreditativas de deudas tributarias.. serán título suficientes para iniciar la vía de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores.*

La Ley 30/92 exige para la legitimidad de la ejecución forzosa, el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- La existencia de un acto administrativo.
- Que el acto sea ya plenamente eficaz porque no ha sido suspendida administrativa o judicialmente su ejecutoriedad o su eficacia no esté pendiente de condición, plazo, autorización o aprobación de autoridad superior.
- Que la ejecución vaya precedida del oportuno requerimiento a fin de que el obligado no sea sorprendido por aquella y se le de la oportunidad de cumplir de forma voluntaria el mandato de la Administración.
- La ejecución administrativa está condicionada a que la Ley no haya configurado con relación al acto que se pretende ejecutar un régimen de ejecución judicial.

La Ley 30/92 enumera los siguientes medios de ejecución: el apremio sobre el patrimonio; la ejecución subsidiaria; la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas. A juicio de Parada esta enumeración es incompleta, porque no recoge la ocupación directa de bienes, y reiterativa, ya que la multa coercitiva es una forma de compulsión, la compulsión económica sobre las personas. A su juicio las formas de ejecución son:

- **La ocupación** es la forma de ejecución de los actos que imponen a los particulares la entrega de un bien determinado que ellos poseen y si no lo entregan a la Administración, ésta toma posesión de él a través de sus funcionarios. Se incluyen aquí los supuestos de recuperación de oficio por la Administración de los bienes de dominio público y patrimoniales y los casos de deshaucio administrativo de los ocupantes indebidamente de bienes inmuebles de la Administración.
- **El apremio sobre el patrimonio** mobiliario o inmobiliario del ejecutado se utiliza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de dar que se concretan en una suma de dinero. Si el obligado no paga dentro de los plazos estipulados voluntarios, la Administración procede a embargar los bienes del deudor y a su posterior venta forzosa para cobrar con el importe de dicha venta.
- **La ejecución subsidiaria** se utiliza para llevar a efecto los actos que imponen al ciudadano una actividad material que por no ser personalísima puede ser llevada a efecto por sujeto distinto del obligado, por ejemplo: la demolición de un edificio. En estos casos, la Administración realizará el acto a costa del obligado, al que exigirá además el pago de daños y perjuicios causados..
- **La ejecución por coerción sobre el obligado** por el acto administrativo es utilizada cuando al tratarse de prestaciones personalísimas no sirven los medios anteriores. Esta forma de ejecución puede ser directa cuando se actúa físicamente sobre la persona del obligado (la llamada en nuestro derecho compulsión sobre las personas) o indirecta cuando le coacciona con la imposición de una sanción administrativa o penal (en nuestro derecho, la multa coercitiva que la Ley 30/92 configura como un sistema diferenciado de ejecución forzosa).

4.- SISTEMAS COMPARADOS DE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (epígrafe menos importante).

Vista la regulación general de la ejecutoriedad de los actos administrativos en nuestro Derecho, interesa compararla con otros Ordenamientos y con la evolución de nuestra legislación para valorar las razones por las que el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de la potestad judicial de las Administraciones Públicas.

En el derecho comparado se da tanto la solución negativa, que no reconoce en la Administración un poder directo de ejecución, ni tampoco le reconoce una potestad sancionadora directa –como es el caso en el sistema liberal–judicialismo anglosajón– hasta el reconocimiento paladino de una potestad ejecutoria autosuficiente y autoritaria al servicio de la Administración –como en el Derecho alemán, con influencia en el Derecho italiano–, pasando por soluciones intermedias como la que hoy ofrece el Derecho francés, donde el recurso a la ejecución a través del sistema judicial penal va cediendo cada vez más terreno a favor de la ejecución administrativa.

• Sistema judicial puro. La tradición anglosajona.

La garantía de la efectividad de los mandatos y providencias de la Administración tiene en el Derecho inglés la posibilidad de que por leyes singulares se prevean determinadas medidas de ejecución a favor de la Administración.

Salvo disposiciones legales expresas, la Administración no dispone de un poder general para proceder directamente a la ejecución de sus actos, que sólo es posible por la vía judicial. Si la Ley define la infracción como delito, la coacción al cumplimiento vendrá por vía de la sanción prevista. Si no se prevé una sanción penal para la desobediencia de la Ley o reglamento, con arreglo al *common law*, cabe la posibilidad de acudir al procedimiento de inculpación escrita ante el jurado (*indictment*).

Para los suuestos en que no esté prevista la ejecución administrativa, no exista sanción penal o la establecida resulte insuficiente, el Derecho inglés dispone de una orden (*injunction*) acordada por la High Court cuya eficacia reside en que se puede condenar al inculpado a una pena de prisión de duración indeterminada, hasta que cumpla con la orden del Tribunal. esta orden no puede ser planteada directamente por cualquier autoridad administrativa, sino a través del –Attorney general– primer oficial de la justicia de la Corona, cuya responsabilidad es la ejecución de la ley.

La Administración inglesa normalmente sigue procedimientos judiciales para imponer los efectos de sus actos ante la resistencia de los particulares. Sólo en los casos previstos por las leyes, puede utilizar la fuerza para hacer respetar sus órdenes.

• La ejecución administrativa autosuficiente. Derecho Alemán e italiano

En el siglo XIX, el reconocimiento a la Administración de la potestad de ejecución directa de los mandatos contenidos en sus actos, se justifica según O. Mayer, en la asimilación del acto administrativo a la sentencia judicial. De aquí que para su ejecución se prevenga tanto la coacción directa como una ejecución que sigue las formas del proceso civil, admitiéndose también como refuerzo de la ejecución administrativa las penas coercitivas.

El mismo carácter autoritario y autosuficiente de la ejecutoriedad de los actos administrativos se reconoce en el siglo XX, pues le legislación penal alemana no conoce el delito general de desobediencia a las órdenes oficiales y son las autoridades administrativas, a través de la pena coercitiva, quienes imponen la ejecución subsidiaria y la coerción sobre el patrimonio y las personas. En la actualidad, la ejecución de los actos administrativos se rige por la Ley de Ejecución Administrativa de 1953 en los términos tradicionalmente

autoritarios del Derecho alemán.

En Italia la solución es similar. La ejecutoriedad o autotutela es la potestad atribuida a la autoridad administrativa para realizar unilateral, material y coercitivamente, la situación de ventaja a favor de la Administración que nace con el acto administrativo sin necesidad de acudir, como los particulares, a la intervención del Juez.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho inglés o francés, se trata de una potestad administrativa reconocida abstractamente con carácter general, por la cual la Administración ejecuta sus actos en cualesquiera circunstancias sin necesidad del Juez.

Para su justificación, la doctrina italiana ofrece diversos fundamentos jurídicos, para unos la imperatividad y autotutela se apoyan en principios no escritos que el Estado contemporáneo ha heredado del estado absoluto adaptándolos a las cambiantes situaciones constitucionales; para otros, la ejecutoriedad es una simple consecuencia del carácter público de la potestad que por medio del acto se desarrolla. El acto administrativo, como todos los actos del Estado, tiene una particular *fuerza* por la cual incide unilateralmente en los comportamientos de otros sujetos; la fuerza de la ley, el valor normativo, la autoridad de ley, la autoridad de cosa juzgada, son modos generales o particulares de manifestarse los actos de Derecho público, los actos del Estado. Todos ellos ostentan un carácter autoritario, por virtud del cual se imponen a los sujetos que se resisten a sus mandatos.

En cuanto a los medios de ejecución, aunque en el Derecho italiano falta una regulación general y sistemática, se contemplan también la aprehensión de bienes muebles e inmuebles, la ejecución patrimonial sobre los bienes del deudor de la Administración, la ejecución subsidiaria, la compulsión sobre las personas y las multas coercitivas, medios que se ejercitan bajo el control de la jurisdicción administrativa.

Este sistema autosuficiente de ejecución de los actos administrativos se encuentra reforzado con medidas del C° Penal, con penas como de arresto o con multa los que no observasen una orden legalmente hecha por la autoridad por razones de justicia, seguridad o de orden público. Al igual que en el Derecho francés, el Juez penal ha de verificar en el correspondiente juicio la legalidad del acto administrativo desobedecido, en virtud del principio de plenitud de jurisdicción que le corresponde. Sin embargo, y a diferencia del D° francés, la existencia de la coacción penal y la posible ejecución por esta vía, no impide la ejecución directa por los medios propios de la Administración.

• Sistema mixto judicial-administrativo. El sistema francés

En el Derecho francés no existe una regulación general de la ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia Administración, similar al vigente en n/ Derecho. Por el contrario, las soluciones parten del principio de que la ejecución forzosa no puede tener lugar sin previo recurso al Juez, y generalmente al Juez penal, por cuanto la desobediencia a los mandatos de la autoridad administrativa está castigada en el Código Penal. De aquí que la ejecución forzosa por la propia Administración sea irregular, y constituya incluso, un atentado al derecho de propiedad y a la libertad fundamental, si la Administración recurre a ella existiendo una sanción penal.

La ejecución de los actos por el Juez civil se estima excepcional, aunque una jurisprudencia reciente admite la acción civil o el recurso al Juez administrativo para la expulsión de los particulares que ocupan sin título alguno el dominio público. La Administración puede ejecutar la acción posesoria o petitoria ante el Juez civil o ante el Juez administrativo.

En el D° francés, la regla general es que la garantía de la eficacia de los actos administrativos discurra, en primer lugar, por la vía de la intimidación que conlleva la previsión de diversas sanciones penales. Para algunos incumplimientos están previstas sanciones administrativas que se admiten con carácter muy

excepcional.

No obstante, cuando del cumplimiento se deriva no sólo el efecto jurídico de la sanción (por ej.: la multa por la infracción de exceso de velocidad) sino también la necesidad de ejecutar positivamente el mandato del acto administrativo (por ej.: la orden incumplida de demolición de obras ilegales), la ejecución forzosa es la única vía posible para garantizar la eficacia del acto. La existencia de un privilegio general para todo acto administrativo, como ocurría en el pasado, es una posibilidad que sólo está admitida, –al igual que en el D^o inglés– en los casos en que un texto expreso con rango de ley e inc2luso reglamentario así lo establezca.

En definitiva, la hipótesis definitiva es la ejecución a través del Juez penal, que no solamente impone una sanción al infractor, sino que al mismo tiempo, autoriza a la Administración para la ejecución material del acto administrativo, en base al Código de Procedimiento Penal.

5.- LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL PRIVILEGIO DE DECISIÓN EJECUTORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL (epígrafe menos importante).

En la evolución de la ejecutoriedad de los actos administrativos en n/ Derecho es perceptible la coexistencia de una línea liberal, que identifica la ejecutoriedad con la función judicial y exige que la ejecución material del acto vaya precedida del correspondiente proceso, con otra autoritaria que reconoce a la Administración –fundamentalmente a la Hacienda– la autosuficiencia ejecutoria sin necesidad de intermediación judicial.

Una formulación clásica de la orientación liberal la encontramos ya en la Ley dada en Toro por Enrique II (1371) (Novísima Recopilación), auténtica reliquia democrática en la que con la regulación del denominado juicio de despojo se viene a negar el privilegio de decisión ejecutoria a los mismos mandatos y órdenes reales cuando, por no haber sido precedidos del correspondiente juicio, puede entenderse que no tiene valor judicial.

Sin embargo, esta formulación del principio de garantía judicial efectiva, no parece que fuera, ni mucho menos, de general aplicación en el Antiguo Régimen, sobre todo en lo que se refiere a la actividad de la Real Hacienda. Aquí, se impusieron fórmulas expeditivas que llevaban la ejecución de las providencias gubernativas sin la previa observancia de las formalidades judiciales; pudiendo imponerse penas *sin sentencia definitiva ni pleito ligado entre partes*, y pudiendo llevar a cabo la ejecución sin que la apelación o recursos tuvieran fuerza suspensiva, como ocurría en los procesos ordinarios; con efecto ejecutorio inmediato.

Este panorama intenta cambiarse en los orígenes del constitucionalismo español revelándose una fuerte tendencia liberal orientada a instrumentar todas las facultades ejecutorias como estrictamente judiciales al modo anglosajón, privando a la Administración de su pretendido privilegio de decisión ejecutoria. Esta corriente trata de aplicar con rigor el principio de que nadie, ni siquiera la Administración, *puede ser Juez de su propia causa*, teniendo apoyo en la Constitución de Cádiz, apoyo que se repetirá en las constituciones posteriores y en la abolición del sistema de fueros privilegiados (salvo el militar, eclesiástico y tributario), así como en disposiciones expresas de la primera época del gobierno constitucional, que claramente niegan a la Administración la posibilidad de declarar y ejecutar sus propios créditos, incluso en el caso de la declaración y cobro de tributos. en este sentido, las Cortes de Cádiz establecieron por Decreto constitucional de 1813, un sistema de justicia para la Administración rigurosamente judicialista al modo anglosajón, y que, al someterla al Derecho común, descartaba toda posibilidad de una Jurisdicción Contenciosa–Administrativa, así como cualquier privilegio de naturaleza judicial o ejecutoria en manos gubernativas. Conforme a este sistema, cuando el contribuyente se opusiera al pago de un tributo, la Administración de Hacienda había de seguir un pleito civil para que el Juez declarase primero, la procedencia de la deuda tributaria, para proceder después a la ejecución de la sentencia, como si el accionante (la Administración) fuera un simple particular.

Esta orientación judicialista, negadora de potestades ejecutorias en manos de la Administración, va a tener el apoyo doctrinal de significados administrativistas que, no obstante defender la introducción en España de una Jurisdicción Contencioso–administrativa al modo francés, niegan la ejecutoriedad de las decisiones de la

Administración. (Posada Herrera, Silvela, etc.)

Sin embargo, a lo largo del siglo XIX también se manifiesta, e incluso con más fuerza, la línea realista y autoritaria que defiende el privilegio de ejecución forzosa de la Administración sin intervención del Juez, ni civil ni contencioso, principalmente en materia tributaria. Así en el segundo periodo de la vigencia de la Constitución de Cádiz, el nuevo sistema administrativo de la Hacienda Pública recoge ya los principios autoritarios a los que habrá de acomodarse en el futuro el sistema tributario: **a)** exclusión de los Tribunales Civiles del conocimiento de las reclamaciones y su atribución a órganos colegiados de la Administración de Hacienda; **b)** cobranza de las contribuciones por vía ejecutoria administrativa.

Por otra parte, la protección a la acción ejecutiva de la Administración se establecerá a través de la prohibición de interdictos contra la Administración por las trabas, embargos y ejecución sobre los bienes inmuebles, así como por medio del sistema de conflictos que solamente podía interponer la Administración y que inmediatamente paralizaba la acción judicial contraria a la ejecución administrativa.

La ejecutoriedad de los actos administrativos luce claramente en la protección de los bienes de la Administración, reconociendo a ésta una facultad de recuperación para los bienes patrimoniales en el plazo de un año, y en los bienes demaniales en cualquier tiempo, frente a la contraria posesión de un particular.

6.- LA COLABORACIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En los Derechos francés e inglés se utiliza por regla general para garantizar la ejecución de las resoluciones administrativas la vía judicial, de tal forma que los jueces, previo control sobre los poderes o competencias de la Administración y en general sobre la regularidad del acto administrativo, sancionan a quienes no cumplen con lo en ellas preceptuado. En nuestro país el sistema judicial penal demostró históricamente su inoperancia para garantizar el ordenamiento de la Administración y los actos dictados en su aplicación, pero en cambio se ha utilizado a los jueces como ciego instrumento de la ejecución de los actos de la Administración, sin que en dicho proceso existiera realmente ningún control previo sobre la regularidad de los actos administrativos, que los Juzgados llevaban a ejecución como si se tratase de sentencias firmes. Posibilidad que está todavía abierta, pues una de las condiciones para la validez de la ejecución directa de la Administración es justamente que la Ley no exija la intervención de los Tribunales.(art. 95 LRJAPAC).

Uno de los ejemplos más notables fue el consagrado inicialmente en el anterior Código de la Circulación para el cobro de las multas por infracciones de tráfico, al disponer que, transcurridos 5 días desde la notificación del apremio, sin que se haya efectuado el pago, se pasará el expediente al Juzgado municipal que corresponda para que éste haga efectivo el pago de la multa y apremio por la vía judicial con las costas a que haya lugar. Pero el caso más importante, por el número de afectados y el volumen de operaciones que comporta lo constituye la ejecución por las Magistraturas de Trabajo de las cuotas impagadas a la Seguridad Social.

Estos supuestos, que un sector de la doctrina presenta como simples excepciones al privilegio de autotutela administrativa (G^a de Enterría y Fernández Rodríguez), son en realidad el grado máximo de la misma, constituyendo claras pruebas de dominación de la Administración sobre el Poder Judicial, es decir, una inversión de papeles. Son por ello, en lo que resta de su vigencia, claramente inconstitucionales, pues conforme ha sido siempre y continúa siéndolo con arreglo al Art. 117.3 de la C.E., a los Jueces corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado previamente por ellos mismos (lo que no es óbice a las diversas técnicas de auxilio y colaboración dentro del propio sistema judicial), pero actuar como meros órganos ejecutores de otros poderes.

Parada enuncia además, otros dos supuestos en los que los Jueces han de ejercer de comparsas en la ejecución de los actos de las Administraciones públicas, aunque de un modo más limitado:

- En las autorizaciones de entrada en domicilio al servicio de las ejecuciones administrativas, reguladas

de forma obligatoria para los Jueces en el Rgto. General de Recaudación y en la Ley General Tributaria. En la actualidad son los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo los que conocen de estas autorizaciones siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración Pública (LJCA de 1998), y aunque no se exige que la autorización sea motivada hay que entender, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, que el Tribunal puede controlar al menos la existencia de una necesidad justificada de la penetración en el domicilio para la ejecución del acto (no le compete en cambio, a juicio del TC, la valoración del fondo del acto de la Administración).

- La colaboración de la autoridad judicial ha sido también históricamente requerida en el procedimiento de apremio y embargo para presidir las subastas de los bienes de los deudores de la Administración, que se celebraban en las sedes de los Juzgados, así como para decretar la transferencia de los bienes inmuebles a favor de la Hacienda. Esta intervención, que constituía una indudable garantía sobre la regularidad de dichos actos, fue sin embargo eliminada (por un RD de 1986 sobre recaudación ejecutiva de los derechos económicos de la Hda Pública), sustituyéndose a los Jueces por los funcionarios de la Hacienda en realización de las subastas, a celebrar ahora, en los locales que ésta designe.

7.- CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL

La ejecutoriedad o privilegio de decisión ejecutoria de los actos administrativos en nuestro Derecho por el cual se atribuye a los actos administrativos el mismo valor de las sentencias judiciales, parece contradecir la reserva en exclusiva a los jueces por la Constitución de la función de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117.3 CE) así como la propia independencia judicial frente a la Administración cuando aquéllos se configuran como colaboradores de la ejecución administrativa, pero sin funciones de control sobre el fondo y la forma de los actos administrativos.

Pese a ello, negar a estas alturas las potestades ejecutorias de la Administración, puede resultar inútil utopía, porque la ejecución de los actos administrativos constituye una realidad incuestionable al margen de lo que la Constitución pueda decir y que se admite hoy con carácter general en el Derecho comparado. Además, a juicio de Parada, estas potestades ejecutorias pueden fundamentarse hoy en el principio de que quien puede lo más puede lo menos, pues la Constitución reconoce a la Administración una facultad todavía más poderosa que la ejecución directa de sus actos, más rigurosamente judicial, como es la potestad sancionadora (art.25).

Esta justificación podría haber ahorrado a juicio de Parada al Tribunal Constitucional la necesidad de fundamentar el privilegio de decisión ejecutoria de la Administración en el **principio de eficacia** que consagra el art. 103 de la CE (Sentencia 22/1984, de 17 de febrero). Afirma el TC en esta Sentencia que el principio consagrado en este precepto supone *una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia*, y entre ellas se puede encontrar la potestad de autotutela ejecutiva, que define como la posibilidad de emanar *actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata* sin otro límite que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución.

8.- SUSPENSIÓN DE EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La eficacia de un acto puede cesar temporal o definitivamente. La cesación definitiva puede tener lugar por varias razones: por haberse cumplido el acto, por desaparecer los presupuestos de hecho que le servían de soporte, por vencer el plazo si estaba limitado en el tiempo o cumplirse la condición resolutoria si estaba sujeto a ella, por producirse la anulación o revocación del acto. La cesación temporal puede producirse por la posibilidad de que la Administración deje en suspenso la eficacia de los actos administrativos y sus consecuencias ejecutivas, que se admite en todos los ordenamientos, sobre todo como un remedio a la lentitud en resolver los recursos que se entablan contra aquéllos. Los recursos administrativos y los procesos judiciales dejarían de tener sentido si los actos hubiesen sido ejecutados sin posibilidad de vuelta atrás, es decir, si no

fuera posible la reconstrucción de la situación anterior a la ejecución, a la que obligaría una resolución o sentencia estimatoria de los mismo.

Nuestro derecho contempla la suspensión de los actos por la Administración, de una parte, como medida cautelar de excepción dentro de la tramitación de los recursos administrativos, revisión de oficio y recurso contencioso-administrativo, y, de otra, como una técnica preventiva en los conflictos de competencia entre Administraciones Públicas.

A) **En vía de recurso administrativo y revisión de oficio**, la regla general, y tradicional en la materia, es que la interposición o la petición no suspenderá la ejecución del acto impugnado o en revisión. No obstante, se admiten dos excepciones:

- Que una disposición establezca lo contrario (suspensiones especiales).
- Que lo acuerde el órgano a quien compete resolver el recurso de oficio o a solicitud del recurrente, en base a los siguientes requisitos:
- Que el órgano administrativo competente lleve a efecto una previa *ponderación de los intereses en conflicto*, es decir, *entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido*
- Que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - Que la ejecución *perjuicios de imposible o difícil reparación*.
 - Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 62 de la Ley. Esto supone contemplar la *apariencia de buen derecho*, es decir, si la pretensión de fondo del impugnante aparece *prima facie* como fundada y razonable.

La suspensión será examinada por la Administración, bien de oficio, bien a solicitud del recurrente. En este último supuesto, la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurren **30 días** desde que se presentó la solicitud y la Administración no dictare resolución expresa.

Si la suspensión no se alcanza por vía en recurso, se podrá intentar de nuevo en vía contencioso-administrativa, si el interesado ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso. La LJCA faculta a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para adoptar cualquier medida cautelar, incluida la suspensión, cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso (art.130). La suspensión se puede pedir y conceder, previa caución en su caso, para responder de los daños y perjuicio que pudieran ocasionarse por la misma, en cualquier momento del proceso, pero se entiende concedida con sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo que el Tribunal puede levantar la suspensión otorgada si varían las circunstancias.

Algunas normas prevén supuestos especiales de suspensión:

- La suspensión de ejecución de liquidaciones tributarias dentro del procedimiento económico-administrativo, es posible y automática siempre y cuando el recurrente afiance el pago del importe de la deuda tributaria
- En materia de sanciones administrativas, la jurisprudencia estimó después de la constitución que su naturaleza cuasi-penal era incompatible con la ejecución antes de la resolución definitiva de los recursos interpuestos. Sin embargo, esa línea jurisprudencial se ha quedado en una suspensión temporal limitada al tiempo que tarda en subsanarse en incidente de suspensión planteado por el recurrente, no durante todo el proceso. No obstante, la suspensión automática por la interposición de recurso se ha impuesto en algunas regulaciones disciplinarias como en las sanciones a los Jueces y Magistrados, a los funcionarios policiales o del servicio público de seguridad ciudadana y en materia de sanciones penitenciarias.

B) Como una **técnica preventiva en los conflictos de competencia entre Administraciones**, hay que

destacar que la suspensión de los actos administrativos viene impuesta por la propia Constitución cuando el Estado impugna ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas y toda clase de resoluciones de las CC.AA, en cuyo caso el TC deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses (art.160.2). Se trata de un arma poderosa en manos del Gobierno de la Nación que le permite frenar la eficacia de cualquier acto o disposición de una CC.AA., sin necesidad de justificar la necesidad de dicha suspensión.

LOS MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA (no viene en el programa. Lo incluimos a modo de introducción)

Los medios de ejecución de los actos administrativos son, como prescribe la Ley, el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva y la compulsión sobre las personas. Todos ellos se someten a la regla de la proporcionalidad y se aplican *cuando varios de ellos sean admisibles, eligiendo el menos restrictivo de la libertad* (LRJAPPAC. art. 96)

9.- EL APREMIO SOBRE EL PATRIMONIO

De todos los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley, es éste el más general y el de más frecuente utilización, pues la mayoría de los deberes administrativos se concretan en, forma directa o indirecta, en deudas pecuniarias (multas, impuestos y contribuciones, tasas etc.). Si el deudor se resiste al pago de estas deudas pecuniarias, la Administración puede hacerlas efectivas sobre el propio patrimonio del deudor, a través del procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación Tributaria (de 20 de diciembre de 1990). A este procedimiento, que el RGR prevé para el cobro de las deudas tributarias, se remite el art.97 de la Ley 30/92 para el cobro ejecutivo de cualquier cantidad líquida que se derive de un acto administrativo.

El esquema general del procedimiento de apremio es el siguiente:

- Para la iniciación del procedimiento es preciso que exista un acto que obligue al pago de una cantidad líquida, que se le haya notificado al interesado la obligación de satisfacer dicho pago previo apercibimiento de que si no lo hace se iniciará la vía de apremio, y que éste no lo haya realizado en el plazo de ingreso voluntario previsto en cada caso. Se extiende entonces por el Servicio de Recaudación correspondiente una certificación de descubierto acreditativa de la deuda, certificación que constituye el título necesario y suficiente para iniciar el procedimiento de apremio.
- De acuerdo con el RGR, la interposición de cualquier recurso o reclamación no producirá la suspensión del proced. de apremio, a menos que se garantice el pago de la deuda mediante aval bancario o se consigne el importe de éstos en la Caja General de Depósitos. Se trata éste de un precepto previsto para el ámbito tributario, donde la ejecución del acto administrativo impugnado se suspende siempre que el recurrente afiance el importe de la deuda tributaria. Esta suspensión automática al afianzar la deuda pecuniaria la está aplicando últimamente la jurisprudencia para todos los actos administrativos de los que se derive una deuda para el administrado. Por aplicación de los principios generales de la justicia administrativa, habrá de entenderse también que el proced. de apremio se suspenderá cuando se interponga un recurso siempre que así lo exija la magnitud de los daños que la inmediata ejecutividad provoque al particular, o cuando se trate de una acto nulo de pleno derecho.
- El núcleo fundamental del proced. de apremio se concreta en el embargo de los bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el importe total de la deuda y por el orden que prevé el art.1447 de la LEC (según dispone el art.131 de la LGT). Cuando para embargar los bienes sea necesario entrar en el domicilio del deudor es necesario, como vimos, obtener la necesaria autorización judicial.
- Realizado el embargo, el proced. termina con la subasta pública de los bienes, a menos que se produzca reclamación por tercería de dominio u otra acción de carácter civil, en cuyo caso debe quedar en suspenso el proced., aunque el embargo se mantiene hasta tanto se resuelvan definitivamente dichas reclamaciones. Si los bienes son inmuebles y no llegan a enajenarse en dos subastas sucesivas, podrán adjudicarse a la Hacienda en pgao del crédito insatisfecho.

LA EJECUCIÓN SUBSIDIARIA (no viene en el programa)

10.- LA MULTA COERCITIVA

Consiste en la imposición de multas reiteradas en el tiempo, hasta doblegar la voluntad del obligado para cumplir el mandato del acto administrativo de cuya ejecución se trate.

Es una técnica importada del Derecho alemán que las denomina penas ejecutivas. Su regulación, desconocida en nuestra legislación hasta la Ley de Procedimiento de 1958, resalta la diferencia respecto de las multas de Derecho Penal, esto es, no tiene carácter de pena con la grave consecuencia de la inaplicación del principio *non bis in idem*. En un clara exceso de dureza y autoritarismo, se acepta la compatibilidad de la multa coercitiva con otras sanciones penales o administrativas (no admitido siquiera en la regulación germánica).

La multa coercitiva se sujeta a un estricto principio de legalidad, pues de acuerdo con la Ley sólo procede cuando así lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que éstas determinen (art.99 Ley 30/92). Los supuestos en que procede su imposición son muy amplios, pues comprende desde *los actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre las personas o cuando la administración no lo estimara conveniente*, hasta aquellos otros *cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona*, supuesto este último en el que carece de justificación este sistema, pues procedería el sistema de ejecución subsidiaria que garantiza una ejecución más rápida y responde mejor al principio de proporcionalidad.

La multa coercitiva sólo es aplicable en la fase de ejecución de un acto administrativo y por ello, Parada no considera lícita su utilización en actuaciones inspectoras para doblegar la voluntad del inspeccionado y obligarle a declarar en su contra o facilitar documentos o pruebas que le comprometan, como ocurre en materia fiscal cuando se sanciona con multas la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición (art. 83,6 de la Ley Gral. Tributaria). A su juicio, dicho precepto, además de desnaturalizar el carácter de medio ejecutorio de la multa coercitiva, infringe el derecho constitucional del art. 24 de la CE. Sin embargo, planteada por el TS la inconstitucionalidad de este precepto, el TC admitió su validez (Sentencia de 26 de abril de 1990).

11.- LA COMPULSIÓN SOBRE LAS PERSONAS

Como último medio de ejecución de los actos administrativos, el art. 100 de la LRJAPAC permite el empleo de la compulsión sobre las personas: Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice.

La doctrina advierte que estas medidas de coerción directa pueden ser muy variadas, ya que van desde el simple impedimento de progresar en un determinado camino, de impedir la entrada en un lugar, hasta originar el desplazamiento físico de una persona, pasando por su inmovilización para privarla momentáneamente de su libertad o para someterla a determinadas medidas sobre su cuerpo (vacunaciones obligatorias) e incluso la agresión física con armas de fuego, cuando se trata de medidas de seguridad policial frente a la violencia del que se niega a obedecer una orden o actúa él mismo con violencia frente a los agentes de la Administración.

La extrema gravedad de esta técnica, obliga a postular que su utilización sólo es lícita cuando los demás medios de ejecución no se corresponden en absoluto con la naturaleza de la situación creada, aparte, claro está, de que la Ley expresamente lo autorice. Sólo procede en aquellos casos de actos administrativos que impongan obligaciones de no hacer o soportar, pues en las obligaciones personalísimas (por ser personalísimas no pueden ser realizadas por otro individuo) de hacer el procedimiento más adecuado será el de la multa coercitiva, pues la aplicación de la compulsión es muy limitada (difícilmente puede obligarse por la fuerza p.ej., a un pintor a pintar un cuadro). La compulsión sobre las personas debe llevarse a efecto además, como expresamente dice la Ley, dentro siempre del respeto debido a la persona humana y a los

derechos reconocidos en la Constitución.

En la compulsión sobre las personas ha de actuarse previo un acto formal y personal de intimidación para el debido cumplimiento del acto u orden de cuya ejecución se trata. No obstante, cuando actúa sobre un colectivo de personas (ej. una manifestación) la orden previa se convierte en una acción de conminación que a veces se expresa de forma simbólica (ej.: las intimidaciones para disolución de manifestaciones).

12.- LIMITES Y CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE EJECUCIÓN. SU RECURRIBILIDAD: TERCERÍA DE DOMINIO E IMPUGNACIÓN CONTENCIOSA

Los límites o Principios generales que limitan la utilización de los medios de ejecución forzosa son:

1. Principio de legalidad. El ejercicio de la ejecución forzosa por la admon., en cuanto que afecta a los derechos y libertades individuales tiene que estar amparado por una ley formal previa de cobertura. Esta habilitación legal viene formulada, con carácter gral, por la Ley para los supuestos de apremio sobre el patrimonio y de ejecución subsidiaria, pero para los otros dos exige una habilitación específica, dado que son los medios que interfieren más en la esfera de los derechos y libertades de los administrados. De este principio se deriva también que la admon. no podrá elegir libremente el proced. a utilizar, sino que de acuerdo con la naturaleza de la obligación incumplida, tendrá que emplear un proced. u otro, según los criterios establecidos por la Ley.

2. No pueden aplicarse simultáneamente varios medios de ejecución a la vez contra el mismo obligado y por la misma obligación, sin perjuicio de que alguno de los medios pueda desembocar en otro (pago del coste de la ejecución subsidiaria en procedimiento de apremio).

3. Principio de proporcionalidad. La actuación coactiva de la admon. ha de ser proporcionada a la naturaleza de la obligación incumplida. Este principio domina tanto la elección del medio de ejecución, que habrá de ser el menos gravoso para el particular, como la puesta en aplicación: no podrán así embargarse bienes que excedan notoriamente del importe de la deuda a satisfacer en apremio, la ejecución subsidiaria de una obra ha de ser de calidad normal, no de lujo, las multas coercitivas, como dice la Ley han de ser reiteradas "por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado", y la compulsión personal, también como reconoce la Ley, ha de aplicarse dentro siempre del respeto debido a la dignidad de la persona y a los derechos constitucionales.

4. La ejecución no puede afectar a los derechos de terceros, por tanto, en ningún caso puede contradecir las titularidades acreditadas en el Registro de la Propiedad. Los embargos y apremios deben limitarse estrictamente a los bienes del ejecutado, tal y como se desprende de las correspondientes inscripciones registrales, sin que puedan extenderse a otros inscritos a nombre de terceros, por muy fundadas sospechas que induzcan a pensar que el verdadero titular de dichos bienes es el ejecutado.

Justamente para salvaguardar las titularidades de terceros no sujetas al procedimiento de ejecución se ha arbitrado el incidente de tercería de dominio o de mejor derecho en la fase de ejecución administrativa. La reclamación de un tercero o tercería de dominio provoca la suspensión del procedimiento de apremio en lo que se refiere a los bienes o derechos controvertidos, una vez que se ha llevado a efecto su embargo y anotación preventiva en el Registro. La sustanciación de la tercería tiene una primera fase en vía administrativa y otra ante el Juez civil a quien en definitiva corresponde decidir las cuestiones de titularidad o de mejor derecho.

El Reglamento Gral. de Recaudación distingue dos clases de tercerías:

- Las de **dominio**, que se fundan en la titularidad de un derecho sobre los bienes embargados al deudor y cuya interposición provoca la suspensión automática de la ejecución.

- Las de **mejor derecho**, fundadas en el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al perseguido en el expediente de apremio, en que la suspensión se condiciona al depósito por el tercerista del débito y costas del procedimiento.

La tercería se interpone en escrito dirigido al Ministro de Hacienda o al que corresponda, debiendo resolverse en el plazo de **tres meses** desde que se promovió, entendiéndose desestimada por silencio si no es resuelta en dicho plazo a los efectos de promover la correspondiente demanda ante el Juez civil.

El control judicial de los actos de ejecución.

Debe admitirse, la impugnación contencioso-administrativa de los actos de ejecución, con independencia de la posible impugnación del acto que se ejecuta, en lo que dichos actos supongan un exceso sobre el alcance y contenido de los actos que se ejecutan, así como sobre la sujeción de los mismos a los principios y reglas que se han expuesto. Así lo ha reconocido el TC, en la sentencia ya citada de 4 de octubre de 1984, en la que se confirma que "la jurisprudencia no cierra de modo tajante la posibilidad de que los actos de ejecución puedan ser revisados en vía jurisdiccional cuando éstos incurrir en algún vicio o infracción del ordenamiento jurídico".

TEMA XVI.- INVALIDEZ, ANULACIÓN Y REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1.- LA INVALIDEZ Y SUS CLASES

La invalidez puede definirse como una situación patológica del ACTO ADMINISTRATIVO, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos. Unos vicios originan simplemente una nulidad relativa o anulabilidad, que sana el simple transcurso del tiempo o la subsanación de los defectos, mientras que otros originan la nulidad absoluta o de pleno derecho, lo que conduce irremisiblemente a la anulación del acto. En cualquiera de los casos, dada la presunción de validez de los actos administrativos, sólo a partir de la declaración formal de la nulidad por la Administración o los tribunales deja el acto inválido de producir efectos.

Hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que afronta por primera vez una regulación de la invalidez de los actos administrativos, ésta se regía por lo dispuesto en el C° Civil para los actos privados, en el que se dispone como regla general la nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos ejecutados en contra de lo dispuesto en la ley, salvo en los casos en que la misma ley disponga un efecto contrario para el caso de contravención.

Tras la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, se establece una regulación pública de la invalidez de los actos administrativos diferenciada de la privada, pues los arts. 47 y 48 de esta Ley establecieron como regla general la nulidad relativa o anulabilidad, mientras que la nulidad de derecho sólo se aplicaba a supuestos tasados en que en el acto administrativo concurrían los defectos y vicios más graves.

Las razones comúnmente invocadas para explicar la diferencia de la regulación de la invalidez en el Derecho Administrativo y civil, son la necesidad de preservar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica, que resultaría perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta. Este enfoque legal enlaza en todo caso con una jurisprudencia tradicional muy tolerante con los vicios del acto administrativo, que advertía de la prudencia con que ha de abordarse la invalidez de los actos administrativos, dada la complejidad de los intereses que en estos actos entran en juego.

La Ley 30/92 sigue manteniendo como regla general la anulabilidad o nulidad relativa de los actos administrativos que infringen el ordenamiento jurídico, aunque ha ampliado notablemente los supuestos de nulidad de pleno derecho. De acuerdo con su regulación, después de las correcciones introducidas por la Ley

4/1999, las categorías de invalidez se configuran de la siguiente manera:

Por lo que respecta a la nulidad absoluta, los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia o del territorio.
- Los que tengan un contenido imposible.
- Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- Cualesquiera otra que guarde analogía con los anteriores y que una disposición de rango legal califique de nulo de pleno derecho.

También serán nulas de pleno derechos las disposiciones administrativas que vulneren la constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Art. 62.

La **anulabilidad**, aunque muy mermada, sigue siendo la regla general, puesto que son anulables "*los actos que infringen el ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*" (art. 63).

Otra categoría de invalidez, es la **irregularidad no invalidante**, que son los actos con vicios o defectos menores, es decir, "*el defecto de forma que no prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, ni provoque la indefensión de los interesados*", así como a los actos "*realizados fuera del tiempo establecido, salvo que el término sea esencial*" (art.63).

La concepción restrictiva de la invalidez de pleno derecho que consagró la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y se mantiene aunque restringida en la ley vigente, ha servido de modelo a la regulación de las clases de invalidez de los actos judiciales establecida por la LOPJ, y es también la que rige en el Derecho administrativo comparado, por lo que se puede considerar como el derecho común de la invalidez de los actos de poder público.

2.- LA INEXISTENCIA

Además de las categorías de la nulidad de pleno derecho, anulabilidad e irregularidad no invalidante, algunos autores plantean la conveniencia de completar en cuadro de la invalidez con la figura del acto inexistente, que consideran como el supuesto más grave de invalidez, aplicable a aquellos caso en los que el vicio es tan importante que el acto ha de considerarse como no existente.

Sin embargo, como dice el profesor Santamaría, el mayor escollo de la teoría de la inexistencia es su diferenciación con la nulidad, ya que, aun cuando sea posible la diferenciación teórica, en la realidad la distinción resulta prácticamente imposible porque en la mecánica judicial de la aplicación del Derecho, el acto inexistente posee un régimen idéntico al del acto nulo. La distinción no tiene por ello ninguna relevancia práctica en derecho administrativo, pues o bien no hay acto administrativo, o bien, si hay una apariencia de validez, por pequeña que sea ésta, dada la presunción de validez de los actos administrativos y su inmediata eficacia, habrá que acudir a los tribunales para que éstos declaren que existe la nulidad absoluta. La razón de la persistencia de esta categoría en la moderna doctrina se debe únicamente a la conveniencia de constituir un instrumento que permite suplir las deficiencias de la construcción técnica de la nulidad, bien para introducir nuevos supuestos allí donde las nulidades aparecen tasadas (como en la Ley 30/92), bien para facilitar su

ejercicio procesal cuando no se reconocen los poderes de oficio para declararla o cuando la acción de nulidad se considera prescriptible.

En la jurisprudencia española, mientras algunas sentencias afirman la inaceptabilidad del acto inexistente y de su carencia de efectos sin necesidad de declaración administrativa o judicial (ST 29.5.79), otras, al igual que la jurisprudencia italiana o francesa, parecen asimilar el acto inexistente al acto radicalmente nulo en supuestos de incompetencia manifiesta (ST 11.5.81), pero sin que en ningún caso lleguen a establecer un régimen jurídico diferenciado, es decir, un tercer grado de invalidez superior al de la nulidad de pleno derecho.

3. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO. ANALISIS DE LOS SUPUESTOS LEGALES

El acto nulo de pleno derecho es aquél que, en teoría, por estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno y, si lo produce, puede ser anulado en cualquier momento sin que esa invalidez pueda oponerse a la subsanación del defecto o del transcurso del tiempo. El art. 62 de la Ley 30/92 relaciona los supuestos en que concurren esos vicios especialmente graves.

A) Actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

Este supuesto, introducido por la Ley 30/1992, con la intención de reforzar la protección de los derechos fundamentales, sólo era operativo cuando la lesión afectaba al contenido esencial de esos derechos y libertades, precisión harto confusa que eliminó de la Ley la reforma de la Ley 4/ 1999.

El ámbito de los derechos infringidos que dan lugar a esta nulidad absoluta no coincide con el de los derechos fundamentales del título I de la Constitución, sino sólo con el de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo constitucional, esto es, aquellos a los que se refiere el art. 53.2 de la Constitución: libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la sección 1ª del capítulo II del título I, así como el derecho de objeción de conciencia reconocido en el art. 30.

Por esta vía se va a ampliar notablemente la invocación de la nulidad de pleno derecho, pues se incorpora un supuesto material de infracción del ordenamiento, no formal como casi todos los demás vicios que originan la nulidad de pleno derecho.

B) Actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y del territorio.

De acuerdo con la jurisprudencia, es manifiesta la incompetencia por razón de la materia cuando se invaden las competencias de otros poderes del Estado, como el judicial o el legislativo y también cuando las competencias ejercidas corresponden por razón de la materia o del territorio a otro órgano administrativo, siempre y cuando esa incompetencia aparezca de forma patente, clarividente y palpable, de forma que salte a primera vista, sin necesidad de un esfuerzo dialéctico o de una interpretación laboriosa.

Respecto a la incompetencia jerárquica, de acuerdo con la Ley parece que se trata de un vicio subsanable, pues se establece que Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de la nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea el superior jerárquico del que dictó el acto viciado (art. 67), con lo que parece admitirse que el vicio de incompetencia puede ser convalidado cuando el órgano competente sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado. Sin embargo, como advierte Parada, este criterio legal no es siempre de recibo, por cuanto las incompetencia jerárquicas que pueden ser convalidadas y por ello excluirse de la nulidad de pleno derecho, serán únicamente las que ofrezcan dudas sobre el grado de la jerarquía y, quizás, las menos graves, como aquellas en que el superior resuelve por avocación los asuntos atribuidos al inferior, pero no los casos inversos de flagrante y grave incompetencia jerárquica, (ej. un director de Instituto de Enseñanza Media expide un título de doctor). Así lo ha estimado también en alguna ocasión el

T.S., por lo que hay que concluir que la incompetencia manifiesta no queda reducida por la Jurisprudencia a los supuestos de incompetencia por razón de la materia y del territorio, pues también incluye la incompetencia jerárquica, pero limitadamente a los casos de incompetencia grave, la que tiene relevancia para el interés público o para los administrados.

C) Actos de contenido imposible.

Dado que el contenido de los actos puede hacer referencia a las personas, a los objetos materiales y al elemento o situación jurídica, se alude a la imposibilidad por falta del substrato personal (nombramiento de funcionario a una persona ya fallecida), material (cuando la ejecución de lo que impone el acto es material o técnicamente imposible) o jurídico (la revocación de un acto administrativo ya anulado) (Santamaría). La jurisprudencia, en las pocas ocasiones en que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este supuesto, ha referido la imposibilidad del acto administrativo a la imposibilidad natural, física y real, afirmando que la imposibilidad jurídica equivale a la mera ilegalidad y que la imposibilidad teórica (no demostrada) no es el supuesto de nulidad de pleno derecho recogido en la Ley. En otras ocasiones, ha equiparado acto de contenido imposible con acto ambiguo e ininteligible, carente de lógica y por ello inejecutable.

D) Actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

Este supuesto se refiere a los delitos que pueda cometer la autoridad o el funcionario con motivo de la emanación de un acto administrativo, pues la Administración, como persona jurídica, no puede ser sujeto activo de conductas delictivas (*societas delinquere non potest*). El concepto de acto constitutivo de delito debe comprender toda incriminación penal de una conducta, y también, por consiguiente, de las faltas (no se incluyen aquí las meras faltas administrativas o disciplinarias).

La muy difícil cuestión que plantea este supuesto es si la calificación como delito o falta del acto cuya nulidad se pretende declarar debe hacerse por los Tribunales penales en todo caso o si cabe que la realice la Administración al resolver los recursos administrativos, o bien los Tribunales contenciosos– administrativos como presupuesto de sus sentencias anulatorias. A juicio de Parada debe admitirse la competencia de la Administración y de los tribunales cont. Administrativos para una calificación prejudicial del presunto delito a los solos efectos de la anulación del acto pero sin prejuzgar la condena penal ni suponer imputación a persona alguna, pues ello permitiría anular aquellos actos en los que, siendo constitutivos de delito, no se puede llegar por el tribunal penal a una sentencia de condena, bien por falta de los elementos subjetivos del delito (culpabilidad o imputabilidad), bien porque se ha extinguido la acción penal, como en los casos de muerte del reo, amnistía o prescripción del delito. Esta solución no se contradice a su juicio con los preceptos legales que reservan a los Tribunales penales el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delito (art. 4 de la LJCA y art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dado que en estos casos el tribunal contencioso– administrativo ni imputa delito ni pronuncia una condena.

E) Actos dictados con falta total y absoluta de procedimiento. El alcance invalidatorio de los vicios de forma

A diferencia de lo que sucede en la tradición procesal, en que los vicios de forma, por ser de orden público, ocasionan la nulidad de pleno derecho, en el procedimiento administrativo los vicios de forma ni siquiera tienen efectos invalidatorios, constituyendo simplemente una irregularidad no invalidante, salvo que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, en cuyo caso no se ocasiona de acuerdo con la Ley la nulidad de pleno derecho, sino la simple anulabilidad. La nulidad de pleno derecho se reserva así para supuestos gravísimos en los que hay falta total y absoluta de procedimiento, aunque la jurisprudencia interpreta de modo más amplio el tenor literal del precepto.

En la falta total y absoluta de procedimiento deben encuadrarse así, de acuerdo con la jurisprudencia, los

casos de cambio del procedimiento legalmente establecido por otro distinto que equivale a la falta del procedimiento establecido para ello (así, p.ej., la selección de un contratista por concierto directo cuando lo procedente era seguir el procedimiento de subasta).

En los actos de gravamen, sancionadores y arbitrales, la simple falta de vista y audiencia del interesado provoca asimismo la nulidad, pues como advierte la jurisprudencia en reiteradas sentencias, se trata en estos casos de un *trámite elemental, esencialísimo y hasta sagrado, porque un eterno principio de justicia exige que nadie pueda ser condenado sin ser oído*.

La jurisprudencia ha evolucionado desde una posición restrictiva en la aplicación de este supuesto de nulidad a otra más matizada en los últimos años, en los que ya no es inusual ver sentencias que declaran la nulidad de absoluta de un acto por omisión de trámites esenciales y no del entero procedimiento si, por ejemplo, se han omitido los requisitos sustanciales de la formación del acto.

F) Actos dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Este supuesto no es más que una especificación del anterior, si bien la regla de la omisión total y absoluta del procedimiento se suaviza aquí, sustituyéndola por la de la infracción de las reglas esenciales de ese procedimiento, no necesariamente de todas, sino de cualquiera de ellas. Ello se justifica por la gran importancia que en la organización administrativa tiene los órganos colegiados. Todos ellos se rigen por sus reglas especiales y a falta de ellas por la normativa básica establecida en los arts. 22 a 28 de la LRJAPAC. Para la jurisprudencia son esenciales: la convocatoria, siendo nulo el acuerdo tomado no incluido en el orden del día; la composición del órgano; y el quórum de asistencia y votación, que es lo que determina la existencia jurídica de la convocatoria y la voluntad del órgano.

G) Actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento, por los que se adquieren facultades o derechos sin los requisitos esenciales.

El origen de esta causa de nulidad está en una jurisprudencia muy consolidada que negaba validez a los actos presuntos por silencio administrativo positivo cuando daban origen al reconocimiento de derechos sin que se dieran los presupuestos legales para adquirirlos. La Ley extiende esa invalidez y con la sanción máxima de la nulidad de pleno derecho, a los actos expresos contrarios al ordenamiento cuando de ellos se deduce que se adquieren facultades o derechos sin los requisitos esenciales para su adquisición. No basta pues, que el acto sea contrario al ordenamiento, sino que además se ha de dar la ausencia de determinadas circunstancias subjetivas en el beneficiado por el acto, cuya determinación habrá de acometerse caso por caso (este sería el caso, p.ej., del nombramiento como funcionario de quien no tiene la titulación adecuada).

H) Cualesquiera otros que se establezcan expresamente en una disposición legal.

Lo que este apartado pretende no es tanto abrir la puerta a un ensanchamiento de los supuestos de nulidad de pleno derecho cuanto, al contrario, restringir esa posibilidad vedándola a la norma meramente reglamentaria (como se había hecho en ocasiones al amparo de la ley de procedimiento anterior). No obstante, el problema que plantea ahora la referencia específica a los supuestos en que se califiquen por ley otros supuestos de nulidad de pleno derecho es que esta categoría puede ser ampliada no sólo a las leyes estatales, sino también por las autonómicas, con lo que será el criterio variable de cada legislador el que marque la frontera entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, con lo que el cuadro de las nulidades puede llegar a no ser homogéneo en todo el territorio nacional, salvo en el mínimo de los supuestos que constituyen nulidad de pleno derecho, ampliable a discreción por cada Comunidad Autónoma.

I) La nulidad radical de las disposiciones administrativas.

El grado de invalidez aplicable a los Reglamentos, es por regla general, la nulidad de pleno derecho, pues a las causas o supuestos que determinan la nulidad de pleno derecho de los actos se suman los supuestos en que la disposición administrativa infrinja la Constitución, las leyes u otras disposiciones de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales. Este especial rigor para los Reglamentos, se explica porque la invalidez del Reglamento puede dar lugar en su aplicación a una infinita serie de actos administrativos, que serían asimismo inválidos.

4.- LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

La Ley 30/92, en la determinación de los supuestos de nulidad y anulabilidad, nada dice explícitamente sobre los efectos que se conectan con esas dos categorías de invalidez. A través de su articulado es posible sin embargo establecer algunas diferencias entre el régimen jurídico del **acto nulo de pleno derecho** y del **acto simplemente anulable**, como las siguientes:

- El carácter automático de la nulidad (*son nulos*) frente al carácter rogado de la anulabilidad, que se desprende del art. 63. *son anulables* los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
- La posibilidad de convalidación sólo prevista para los actos anulables en el art. 67.1: *la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los defectos de que adolezcan*.
- Si bien la impugnación de un acto nulo en vía de recurso se encuentra sometida a los mismos plazos de caducidad que la impugnación de los actos anulables, de forma que la no interposición de aquéllos en tiempo hábil hace a unos y otros igualmente inatacables, la revisión de los actos nulos de pleno derecho puede hacerse por la Administración en cualquier tiempo frente a la de los actos anulables declarativos de derechos, cuya revisión sólo pueden realizarla los tribunales.
- La posibilidad como vimos de suspensión de la ejecutividad los actos nulos de pleno derecho cuando son impugnados, al margen de que ocasionen o no perjuicios de imposible o difícil reparación (art.111 Ley 30/92).

Sin embargo, la diferencia del régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad hay que contemplarla como algo relativo, pues con respecto a los recursos se les aplica el mismo régimen jurídico, de forma que si el recurso es inadmisibile por haberse interpuesto fuera de plazo el acto se confierte en firme, y de nada vale la regla sobre la impugnabilidad de los actos nulos en cualquier tiempo o sobre la imposibilidad de su subsanación que, en teoría, les diferencian del acto simplemente anulable. De esta forma, como señala Parada, el acto administrativo, cuando es firme y consentido por el transcurso de los plazos de impugnación o por cualquier otra circunstancia procesal, y aunque sea nulo de pleno derecho, aparece revestido de las características de la santidad de la cosa juzgada propias de las sentencias judiciales. Existe hoy, sin embargo, una salvedad importante a esto que diferencia los actos nulos de los anulables y que ha sido introducida por la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/92, consistente en que sólo los actos nulos de pleno derecho pueden ser anulados de oficio por la Administración en cualquier tiempo, debiendo por el contrario ésta solicitar su anulación ante los tribunales mediante el llamado recurso de lesividad cuando se trata de actos anulables. Además, la acción de nulidad por la Administración para los actos nulos de pleno derecho se configura como un deber de la Administración y por tanto como un derecho para los particulares cuando sean éstos los que la insten a su declaración. La posibilidad de esta acción como derecho del interesado a que la administración tramite el expediente de declaración de nulidad y contra cuya negativa podría recurrirse en sede jurisdiccional, tiene ya en su favor un cierto apoyo jurisprudencial.

5.- ANULABILIDAD E IRREGULARIDAD NO INVALIDANTE

La Ley 30/92 configura la anulabilidad en la regla general de la invalidez, al disponer que "*son anulables, . los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*". Los vicios que origina la anulabilidad del acto administrativo son convalidables por la

subsanción de sus defectos y por el transcurso del tiempo establecido para la interposición de los recursos administrativos, o por el transcurso de cuatro años frente a los poderes de la Administración, para la revisión de oficio.

Pero no todas las infracciones del Ordenamiento jurídico originan vicios que dan lugar a la anulabilidad. Hay que exceptuar los supuestos de **irregularidad no invalidante** que comprende las actuaciones administrativas realizadas *fuera del tiempo* establecido, que sólo implicarán la anulación del acto cuando así lo impusiera la naturaleza del término o plazo y la responsabilidad del funcionario causante de la demora.

En cuanto a los *defectos de forma*, sólo invalidan el acto administrativo cuando carecen de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o producen la indefensión de los interesados, supuestos de tal gravedad que, pese a su calificación legal como vicios causantes de la anulabilidad, deben configurarse, a juicio de Parada, como vicios que originan la inexistencia o la nulidad de pleno derecho. Reconoce sin embargo este autor que la calificación de la indefensión como vicio que lleva a la anulabilidad y no a la nulidad absoluta tiene en su favor una jurisprudencia mayoritaria que admite la convalidación del vicio por el hecho de la oportunidad de defensa a posteriori a través de la interposición de los recursos administrativos y judiciales correspondientes contra el acto viciado de indefensión, aunque existen también otros pronunciamientos que afirman la insubsanabilidad de la indefensión en vía de recurso,

6.- EL PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN DE LA INVALIDEZ: CONVALIDACIÓN, INCOMUNICACIÓN, CONVERSIÓN

La Ley 30/92, congruentemente con la aplicación restrictiva de la invalidez y la preferencia de la anulabilidad, que es la regla general sobre la nulidad de pleno derecho, trata de reducir al mínimo las consecuencias fatales de los vicios de los actos administrativos.

En primer lugar, admite la **convalidación** de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. Los efectos de la convalidación se producen sólo desde la fecha del acto convalidatorio. De la convalidación se excluyen la omisión de informes o propuestas preceptivas, pues si están previstas para ilustrar la decisión final ningún sentido tiene que se produzcan a posteriori. El Tribunal Supremo ha rechazado la convalidación en materia sancionadora respecto de la omisión del trámite de formulación del pliego de cargos. En cuanto a la forma de convalidación de la incompetencia jerárquica, deberá efectuarse por ratificación del órgano superior, admitiendo el TS la que tiene lugar al desestimar éste el recurso de alzada interpuesto contra el acto de órgano inferior incompetente. En la convalidación por falta de autorizaciones administrativas, la jurisprudencia exige que esta se produzca a posteriori y que el otorgamiento por el órgano competente se haga ajustadamente a la legalidad vigente.

En segundo lugar, el principio de la **incomunicación** de la nulidad evita los contagios entre las partes sanas y las viciadas de un acto o de un procedimiento en aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*, y se admite tanto de actuación a actuación dentro de un mismo procedimiento (*la invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero*), como de elemento a elemento dentro de un mismo acto administrativo (la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto no hubiera sido dictado). Consecuencia de ambas reglas es el deber del órgano que declare la nulidad, de *conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido en el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad* (arts.64 y 66).

En tercer lugar, la **conversión** es una técnica mediante la cual un acto inválido puede producir otros efectos válidos distintos de los previstos por su autor, se reconoce en el art. 65 de la Ley 30/92, al establecer que *los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, producirán los efectos de éste*.

7.- LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS INVÁLIDOS A INICIATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN. DEL PROCESO DE LESIVIDAD A LA ANULACIÓN DIRECTA

A) Introducción.

A la declaración de invalidez de los actos que infringen el ordenamiento jurídico se puede llegar por iniciativa de los interesados canalizada por los correspondientes recursos administrativos ante la Administración autora del acto o judiciales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero, al margen de estas vías de recurso, el principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan al Ordenamiento mediante la revisión o anulación de los actos en vía administrativa.

La Ley 30/92 regula en los artículos 102 y siguientes la revisión de los actos en vía administrativa. Esta materia se ha visto profundamente afectada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92.

En la revocación hay que hacer una distinción fundamental según opere sobre actos de gravamen o desfavorables o sobre actos favorables o declarativos de derechos. En el primer caso, como ya establecía la Ley 30/92 y reitera la Ley 4/1999 con mayor precisión en cuanto a sus límites: Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico (art. 105.1).

La Administración tiene facultad para retirar los actos de gravamen, lo que constituye un deber si se trata de actos viciados, y ello sin necesidad de seguir ningún procedimiento especial, pues aquí no se da como en los actos declarativos un conflicto entre dos principios cuyo equilibrio es preciso garantizar: el principio de seguridad jurídica, por un lado, que postula a favor del mantenimiento de los derechos ya declarados, y el principio de legalidad, que exigen la retirada de dicho acto. Cuando se trata de actos de gravamen no existe tal conflicto porque el interés del particular a continuar gravado por la Administración, no es un interés jurídicamente protegido.

En el caso de actos favorables o declarativos de derechos, la Ley 30/92, tras la modificación introducida por la Ley 4/1999, sólo admite la anulación directa por la propia Administración en el caso de los actos que sean nulos de pleno derecho, remitiendo al denominado proceso de lesividad, que exige a la Administración recurrir su propio acto ante los Tribunales, la anulación de los actos anulables favorables a los interesados.

B) La anulación directa de los actos y disposiciones nulos de pleno derecho.

Para que pueda procederse a esta anulación directa la Ley exige unos determinados requisitos:

- 1.- Que el acto o disposición esté incurso en una de las causas de nulidad de pleno derecho. De forma congruente con la imprescriptibilidad de la nulidad de pleno derecho no hay límite temporal para que la Administración solicite o la Administración acuerde poner en marcha el proceso de nulidad.
- 2.- Que la nulidad se acuerde previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere. Se trata de un dictamen vinculante, por lo que si el órgano consultivo no aprecia la concurrencia de nulidad, la revisión no puede llevarse a cabo. Para evitar peticiones de nulidad abusivas, se faculta a la Administración para acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo, cuando las mismas no se basen en algunas de las causas de nulidad de pleno derecho o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente idénticas (contra dicha decisión los interesados podrán interponer los recursos pertinentes).

El procedimiento de anulación debe terminar con resolución expresa que, en caso de declarar la nulidad de pleno derecho, deberá pronunciarse también acerca de la indemnización que corresponda reconocer a los interesados, cuando se den los requisitos para ello. En caso de que la Administración no resuelva en tres meses, se produce la caducidad del procedimiento en los iniciados de oficio y la desestimación por silencio negativo en los iniciados a instancia del interesado.

La delcaración de nulidad de pleno derecho de un reglamento no implicará la ilegalidad sobrevenida de los actos firmes dictados en aplicación de aquél, los cuáles deberán reputarse válidos y conservarán su fuerza de obligar mientras no sean anulados de forma expresa.

C) La declaración de nulidad de los actos anulables declarativos de derechos o favorables. El proceso de lesividad.

Para los **actos anulables** (art. 63 de la Ley 30/92) se ha suprimido la posibilidad de revisión de oficio. La mayor innovación introducida por la Ley 4/1999, consiste en la supresión de la revisión de oficio de los actos anulables, que tanto la Ley de Procedimiento de 1958 como la Ley 30/92, en términos aún más amplios, reconocían a la Administración. La doctrina había criticado la excesiva amplitud con que se reconocía a la Administración la posibilidad de anular los actos nulos que infringiesen gravemente normas de rango legal o reglamentario, que revestía además menores garantías que cuando se trataba de revocar actos nulos de pleno derecho, pues en este caso el Dictamen del Consejo de Estado no era vinculante, y se criticaba asimismo que, al permitir que la declaración de nulidad fuera solicitada por los interesados, se abría una vía de recurso que desvirtuaba el sistema general establecido por la Ley.

En la actualidad, la Administración no puede declarar de oficio la nulidad de los actos anulables del art. 63, sino que ha de adoptar el papel, para ella excepcional, de demandante ante la JCA, interponiendo ante el Tribunal el llamado recurso de lesividad. *Las Admones. Públicas –dice el art. 103–, podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso– administrativo (art. 103).*

Antes de recurrir a la Jurisdicción, la Administración debe, pues, cumplir con el requisito de la declaración de lesividad, declaración que no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

Históricamente se exigió que el acto cuya anulación se pretendía, reuniera el requisito de la doble lesión, es decir, que implicase una infracción jurídica y al mismo tiempo una lesión económica para la Administración. La Ley no exige ahora de forma expresa la lesión económica, pero normalmente se dará una lesión de esta naturaleza o de otra para el interés público y constituirá el interés el motor que tire de la Administración hacia la anulación del acto. Por ello la jurisprudencia afirma que basta con el requisito de lesión al interés público, entendiéndose por tal no solamente los intereses de naturaleza económica, sino de otro carácter, como los urbanísticos o incluso los políticos (STS 28.2.78, 4.1.83 y 31.1.84).

El proceso de lesividad se prepara con la llamada "declaración de lesividad" que se realizará mediante Orden Ministerial del Departamento autor del acto o bien mediante acuerdo del Consejo de Ministros. Si el acto proviniera de las Comunidades Autónomas la declaración se adoptará por el órgano competente en la materia. si se trata de la Admón. Local, por el Pleno de la Corporación y deberá adoptarse en el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y darse audiencia del mismo a todos los interesados.

D) Límites y efectos de la declaración de nulidad.

El que un acto sea inválido, de pleno derecho o anulable, no quiere decir que deba ser necesariamente invalidado, pues es posible que esa adecuación del acto al ordenamiento engendre una situación todavía mas injusta que la originada por la ilegalidad que se trata de remediar. De ahí la conveniencia de moderar la

facultad invalidatoria con unos condicionamientos sustanciales a fin de evitar crear una situación más grave que la que se trata de remediar.

La ley vigente establece, por ello, **unos límites** generales a las facultades de anulación y revocación que *no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultare contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las Leyes* (art. 106 LRJAPAC)

En cuanto a los efectos de la anulación sobre los derechos reconocidos o las prestaciones efectuadas nada dice la Ley, por lo que habrá que aplicar analógicamente lo dispuesto en el Código Civil sobre las consecuencias de la anulación de los contratos, que establece la buena fe y la falta de culpa como el criterio decisivo para decidir sobre la devolución de las prestaciones recibidas, y habrá que aplicar asimismo las reglas que rigen la responsabilidad de la Administración para decidir sobre la procedencia o no de indemnización, tal y como se hace en el Derecho urbanístico para el caso de la anulación de las licencias urbanísticas.

8.- LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A diferencia de la anulación o invalidación que implica la retirada del acto por motivos de legalidad, por ser contraria a Derecho, la revocación equivale a su eliminación o derogación por motivos de oportunidad o de conveniencia administrativa. El acto es perfectamente legal, pero ya no se acomoda a los intereses públicos y la Administración decide dejarlo sin efecto.

La revocación –como dice Zanobini– es procedente y el acto puede ser sustituido por otro más idóneo *cuando se demuestre que el acto ya dictado es inadecuado al fin para el que fue dictado, sea porque fueron mal estimadas las circunstancias y las necesidades generales en el momento en que fue dictado, sea porque en momento posterior tales circunstancias y necesidades sufrieron una modificación que hace que el acto resulte contrario a los intereses públicos.*

La revocación encuentra, no obstante, un límite en el respeto de los derechos adquiridos. Por no tropezar con éstos, la potestad revocatoria se admite en los términos más amplios cuando inciden sobre actos que afectan únicamente a la organización administrativa o que son perjudiciales o gravosos para los particulares. En estos casos, la revocación no encuentra, en principio, impedimento alguno, más bien, debe revocarlos cuando esa revocación es conveniente a los intereses y fines públicos. *Las Admones. Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen 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* (art. 105.1 LRJAP y PAC).

Los problemas más graves de la revocación se presentan, al igual que en la anulación, cuando la Administración pretende la revocación de los **actos declarativos de derechos**, como ocurre con las autorizaciones, concesiones, nombramientos, etc. En estos casos, aceptándose con carácter general la legitimidad de la revocación, se cuestionan las causas y motivos y su precio, es decir, el derecho a indemnización del titular del derecho revocado.

El titular del derecho revocado tendrá o no derecho a indemnización en función de las causas que determinan la revocación y de la naturaleza del derecho afectado. Nada habrá que indemnizar, en principio, por la revocación cuando se incumplieran las condiciones a que el acto administrativo sujeta el derecho que en él se reconoce. Tampoco es indemnizable la revocación cuando se trata de autorizaciones sanitarias o, en general, las de policía, ni la de nombramientos para determinados puestos de la función pública o de altos cargos que por su propia naturaleza son discrecionales.

Si es indemnizable en cambio la revocación de los actos administrativos cuando la causa legitimadora de la revocación es la adopción de nuevos criterios de apreciación sobre el interés público, como ocurre con la revocación o rescate de las concesiones de bienes y servicios públicos o de las licencias urbanísticas. Existe en

especial un tipo de actos –las licencias municipales– para los que la ley y la jurisprudencia han otorgado a los Ayuntamientos una facultad general de revocación. Así lo establece el art.16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que reconoce la posibilidad de revocar las licencias por la adopción de nuevos criterios de apreciación, obligando al resarcimiento de los daños y perjuicios que esto causare. Se trata del supuesto de una licencia que fue otorgada con arreglo a derecho, pero que pasado un tiempo, la Admon. considera inconveniente mantener por motivos de oportunidad o conveniencia, pudiendo retirarla siempre que indemnice los daños y perjuicios que ello ocasione al titular de la licencia.

A estos supuestos de revocación onerosa la jurisprudencia asimila aquellos otros en los que es la propia Administración la que provoca el cambio de circunstancias (como, por ejemplo, la modificación de un plan). En estos casos, el acto revocatorio debe decidir, so pena de invalidez, tanto sobre la retirada del acto primitivo como sobre la indemnización misma. Una línea jurisprudencial todavía más progresista considera la indemnización no como una condición de eficacia, sino de validez, por lo que es nulo el acto revocatorio que no la reconoce al titular del derecho.

En cuanto al plazo en que la Admón. ha de ejercitar la revocación, hay que atender a lo dispuesto en el art. 49.5 de la Ley 30/92, que sin precisar un plazo específico, prohíbe, como se ha dicho, que: *las facultades de revisión sean ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultare contrario a la equidad, a la buena fe o al derecho de los particulares o a las leyes.*

9.- LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES Y ARITMÉTICOS

En el mismo capítulo dedicado a la revisión de oficio de los actos administrativos, la Ley 30/92 incluye un precepto que no se refiere a la revocación propiamente dicha, sino a un problema distinto, que, a pesar de todo, guarda una estrecha relación con ella. Según el art.105.2 (que la Ley 4/1999 ha mantenido invariable): *"En cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos"*. La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. (ej. de error material: confundir el nombre o apellido del beneficiario en la resolución que contiene el nombramiento). El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta, con el fin de evitar cualquier posible equívoco.

Este carácter estrictamente material, no jurídico, de la rectificación justifica que para llevarla a cabo no se requiera sujetarse a solemnidad ni límite temporal alguno. Para que la Administración pueda eliminarlos, los errores han de caracterizarse, según el Tribunal Supremo, por ser ostensibles, manifiestos e indiscutibles, es decir, que sean evidentes por sí solos, sin necesidad de mayores razonamientos, teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo. Sí no es así, si el pretendido error, si no es ostensible y notorio, se presta a dudas o es preciso recurrir a datos ajenos al expediente, no es posible la rectificación mecánica e inmediata sin procedimiento anulatorio.

A propósito de errores materiales, se plantea la cuestión de las rectificaciones de la publicidad de las disposiciones y actos administrativos que frecuentemente aparecen insertos en el B.O.E. o diarios oficiales, bajo la denominación de *"corrección de errores"* de las disposiciones o actos anteriores. Estas correcciones sólo son lícitas cuando el error se ha producido en la imprenta durante el proceso de impresión del acto o disposición en el boletín o diario oficial, constituyendo un notable abuso la utilización de la *"corrección de errores"* para alterar substancialmente disposiciones o actos anteriores no afectados de tales errores materiales o aritméticos. Esta práctica que en ocasiones utiliza de forma fraudulenta la Administración, resulta manifiestamente ilegal cuando la rectificación no ha sido elaborada en la misma forma o por la misma autoridad que dictó el acto que se rectifica.

TEMA XVII. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.- SIGNIFICADO Y ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo constituye hoy la forma propia de la función administrativa, de la misma manera que el proceso lo es de la función judicial y el procedimiento parlamentario de la función legislativa, pues hoy es un hecho claro que la actividad administrativa se desenvuelve mediante procedimientos diversos, hasta el punto que la actuación a través de un procedimiento es un principio fundamental del Derecho administrativo que recoge explícitamente la C.E. en el art. 105.3: la ley regulará el procedimiento a través del cual pueden producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

El procedimiento administrativo –equiparable en términos sustanciales con el proceso judicial– podíamos **definirlo**, como lo hace la Ley de Procedimiento de la República Federal de Alemania (de 1976), como *aquella actividad administrativa con eficacia extrema, que se dirige al examen preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público, incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de un convenio*. Consiste por tanto en un conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución final y su **finalidad** es asegurar el acierto y la eficacia de la Administración, además de garantizar los derechos y libertades de los particulares.

En cuanto a las **diferencias entre proceso judicial y procedimiento administrativo**, Giannini señala que en el proceso administrativo hay menor solemnidad en las secuencias de los actos y menor rigor preclusivo, desarrollándose ante una autoridad que por lo general es a la vez, juez y parte. La razón sustancial de estas diferencias entre proceso y procedimiento estriba en el hecho de que el procedimiento administrativo en la mayor parte de los casos no es tanto un problema de la correcta aplicación del Derecho y de resolución de conflictos jurídicos (el proceso judicial supone siempre la existencia clara de un conflicto entre partes), cuanto también un cauce necesario de la buena gestión de los intereses públicos (por ej.: en los procedimientos de selección de proyectos de obras o de funcionarios). En todo caso, esta gestión de asuntos de interés público, por estar sometida al principio de legalidad, exige, a diferencia de la gestión privada, el cumplimiento de determinadas formalidades que, incorporadas al expediente –que no es otra cosa que el procedimiento ya documentado– permitirán después el control judicial de la actividad administrativa.

2. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La Ley de 1889 –primera en Derecho español y comparado sobre procedimiento administrativo– estableció las bases a las que habrían de adaptarse el reglamento de procedimiento de las dependencias centrales y provinciales de cada Ministerio.

Posteriormente, los diversos departamentos ministeriales fueron dictando los respectivos reglamentos en desarrollo de la Ley de Bases, proceso de desarrollo reglamentario que se prolongó por varias décadas. Sin embargo, la diversidad de regulaciones, no siempre justificadas, a que condujo el desarrollo reglamentario de la Ley provocó una corriente favorable a la unificación de las reglas de procedimiento, lo que hizo la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Esta Ley, que por la importancia de sus contenidos ocupó un lugar central en el Derecho administrativo, pasó a ser norma básica a los efectos del Derecho autonómico, a tenor de lo establecido en el art. 149.1.18 de la C.E, que otorga al Estado competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CCAA. El prestigio de esta Ley hizo que a su régimen se acogiesen otras organizaciones que no tienen formalmente carácter de Administración pública, como es el caso de Consejo General del Poder Judicial o la Administración electoral.

A esta Ley le sucedió la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre. Esta ley, que ha sido seguida por el dictado de numerosos reglamentos, tiene por objeto establecer las bases del régimen jurídico común a todas las

Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local), regular el procedimiento administrativo común a todas ellas y diseñar el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. La regulación que contiene la Ley 30/92 respetó la mayor parte de los contenidos de la Ley anterior, aunque también introdujo algunas novedades muy desafortunadas en aspectos como la regulación del silencio administrativo o la revisión de los actos, que han sido corregidas por la Ley 4/1999 de Modificación de esta Ley.

3.- CLASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el derecho administrativo no es posible hablar de un procedimiento único sino de varias clases de procedimientos administrativos, que responden a la gran variedad de las formas de la actividad administrativa (actividad de limitación, de fomento, de prestación de servicios públicos y actividades cuasi- judiciales como son la actividad sancionadora y arbitral). Los cauces formales a través de los que se desarrollan unas y otras formas de actuación de la Administración son necesariamente diferentes, y es por ello que el legislador español, a la hora de regular el modelo procedimental, se ha limitado, en el título VI de la Ley 30/92, a establecer unos principios generales y a prever una serie de instrumentos o técnicas procedimentales (prueba, informes, audiencia etc.), remitiendo luego a otras normas legales o reglamentarias la regulación en concreto de los trámites de los distintos procedimientos.

Puede por consiguiente hablarse en Derecho español de la existencia de un procedimiento **no formalizado o flexible** (el del título VI de esta Ley), y de otros procedimientos **formalizados o rígidos**, cuya tramitación escalonada se regula de forma preclusiva en otras normas legales o reglamentarias. Clasificación importante de los procedimientos administrativos es asimismo la que distingue entre procedimientos lineales y triangulares. El procedimiento **triangular** es aquel en el que, como en el proceso civil, el órgano administrativo se sitúa en una posición de independencia e imparcialidad frente a dos o más administrados con intereses contrapuestos. Este tipo de procedimiento se corresponde con la actividad administrativa arbitral. Por el contrario, la mayoría de los procedimientos administrativos responden al modelo **lineal** en que la Administración es parte y órgano decisor al mismo tiempo.

Giannini formula una tipología de procedimientos administrativos, que sigue muy de cerca la clasificación de los actos administrativos a cuya emisión conducen:

- Procedimientos declarativos y constitutivos. Los **declarativos** sirven, entre otras cosas, para atribuir cualificaciones jurídicas a cosas, a personas o a relaciones. Por ej., los actos de inscripción en el Registro civil o los expedientes para la expedición de títulos académicos. Los **constitutivos** se caracterizan por producir un efecto jurídico de nacimiento, modificación o extinción de situaciones subjetivas. A su vez, éstos se dividen, *según la finalidad que sirven*, en ablatorios o expropiatorios, concesionales y autorizativos. Asimismo, *en función de los intereses públicos que se gestionan* pueden ser simples, estos son los procedimientos que persiguen un único interés público (ej., expedición de una licencia de caza) y complejos, son los que atienden a varios intereses públicos (ej., los planes de urbanismo).
- Existen también procedimientos **organizativos**, procedimientos **sancionadores**, a través de los cuáles la Administración ejercita la potestad sancionadora, y procedimientos **ejecutivos**, son aquellos a través de los cuáles se materializan los contenidos de los actos administrativos.

4.- LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA.

El protagonista máximo del procedimiento administrativo es, sin duda, un órgano de la Administración Pública. De otra parte están los sujetos pasivos, los interesados o afectados por el procedimiento, que pueden ser simples particulares o también otras administraciones públicas.

La Ley (art.31 Ley 30/92), considera *interesados en el procedimiento*, esto es, otorga legitimación para intervenir en él, a:

- a.– quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b.– Los que, sin haber iniciado el procedimiento, ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c.– aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución expresa.

En cuanto a los conceptos de derecho e interés legítimo, es válido a efectos del procedimiento administrativo el concepto de derecho subjetivo que se formula en la teoría general del Derecho, como el poder de exigencia de una prestación frente a otro sujeto, tenga o no la prestación un contenido patrimonial, y *que tenga su origen en un título jurídico*, ya sea de carácter legal, contractual o extracontractual. La titularidad de un derecho subjetivo confiere el grado máximo de legitimación y, por ende, los titulares de derechos son siempre interesados necesarios. En cuanto al concepto de interés legítimo, la jurisprudencia entiende, en un sentido amplio, que comprende toda clase de interés moral o material que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad, lo que llevaría a confundir el interés directo con una acción pública.

Para estar y actuar en el procedimiento administrativo, además de la condición de interesado es necesario tener **capacidad de obrar**, y la tienen no sólo quiénes la ostentan con arreglo al D. civil, sino también los menores de edad en el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación permita el ordenamiento jurídico-administrativo sin asistencia de la persona que ostente la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de menores incapacitados cuando ésta afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

En el procedimiento administrativo no es necesaria, pero se admite, la **representación**, en cuyo caso se entenderán con el representante las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado. Se trata en todo caso de una representación voluntaria no profesionalizada, puesto que cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas. La Ley configura un supuesto de representación legal en el caso de que varios interesados figuren en una solicitud, escrito o comunicación, entendiéndose entonces las actuaciones a que dé lugar con aquél interesado que lo suscriba en primer término, de no expresarse otra cosa en el escrito. La forma de acreditar la representación es variable en función del alcance de la misma. Para las gestiones de mero trámite se presume la representación, pero para formular reclamaciones desistir de instancias y renunciar derechos en nombre de otra persona deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en Derecho.

La **asistencia de un profesional** –En Derecho o cualquier otra especialidad– no es preceptiva por regla general en la Administración, pues la Ley no la impone, pero la permite (art. 85.2). Sin embargo, se dan supuestos especiales en que la asistencia técnica se exige para determinados actuaciones, como cuando se presentan informes técnicos que deban ser avalados por los correspondientes profesionales (proyectos de construcción, hojas de aprecio en la expropiación forzosa, etc.). En base al art. 24 de la C.E. que garantiza la defensa y la asistencia letrada en el proceso penal, debía de exigirse la obligatoriedad de la asistencia letrada, por lo menos, en los procedimientos administrativos sancionadores de los que pueden derivarse responsabilidades penales.

• PRINCIPIOS Y CUESTIONES BÁSICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Vamos a ver los más significativos principios o cuestiones básicas que se plantean en el procedimiento administrativo, aunque con matices y diferencias en unos y otros.

• Los principios del contradictorio e inquisitivo en el procedimiento administrativo

El principio contradictorio, tal y como se entiende en el proceso civil, significa ante todo la presencia equilibrada de las partes del proceso, a las que se reconocen exactamente los mismos derechos al trámite (demanda– contestación, réplica– dúplica), así como a la neutralidad procesal del Juez que, más que dirigir el procedimiento, es un árbitro impasible de un acontecer dependiente de la conducta de las partes. En el procedimiento administrativo falta por regla general ese equilibrio absoluto de los trámites que corresponde ejercitar a las partes y además, el juez –aquí el funcionario o autoridad–, no es un autómtata impasible de la actividad procesal de las partes sino que toma toda suerte de iniciativas y configura los trámites según las necesidades propias de cada forma de actividad administrativa que se está formalizando en el procedimiento. Por ello, puede afirmarse que el procedimiento se se conduce ordinariamente de acuerdo con el principio **inquisitivo** que da libertad al Juez para dirigir las actuaciones (como ocurre con la fase sumarial del proceso penal), principio que no es incompatible –como ocurre también en el proceso penal– con el derecho de las partes a formular alegaciones y proponer pruebas, alegaciones y propuestas que no vinculan automáticamente al instructor del procedimiento.

La Ley 30/92 acoge el principio inquisitivo en diversos preceptos, como los que establecen la iniciación y la impulsión de oficio del procedimiento en todos sus trámites, la posibilidad de desarrollo de oficio (o a petición de parte), de los actos de instrucción, la apertura de un período de prueba sin necesidad de petición de los interesados, etc., y además el órgano competente para resolver puede extender el contenido de su decisión, saltando por encima del principio de congruencia, a todas las cuestiones planteadas en el expediente y quellas otras derivadas del mismo, al mergen, por consiguiente, de que hayan sido o no planteadas por los interesados.

B) El principio de publicidad

La publicidad o secreto de los procedimientos es un tema complejo, cuya comprensión exige distinguir entre: el derecho de los interesados en el procedimiento al conocimiento de las actuaciones que en él se van desarrollando y el derecho de los ciudadanos en general a los que les asiste una legítima curiosidad en la transparencia de la actividad administrativa.

Por lo que respecta al derecho de los interesados en el procedimiento, la Ley 30/92 admite que *conozcan en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos, en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en los mismos*(art. 35.a), y a conocer el contenido completo del expediente en el trámite de vista y audiencia.

En cuanto al derecho de los ciudadanos en general a conocer los procedimientos administrativos, es decir, lo que se llama la transparencia, la LRJAPAC en su art. 37 regula, sorprendentemente como un progreso que *los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud*. Esta regulación no puede considerarse como un progreso pues el derecho de acceso sólo puede ejercitarse sobre procedimientos terminados, sobre expedientes ya difuntos, lo que no sirve de mucho, y además puede ser denegado, cuando se trata de expedientes ya terminados, cuando la información pueda afectar a la intimidad de las personas, cuando prevalezcan razones de interés público o por intereses de terceros más dignos de protección o, cuando así lo disponga una Ley, debiendo en estos casos, dictar una resolución motivada el órgano competente. Además el derecho de acceso no puede ser ejercido en ningún caso con respecto de los expedientes que contengan información sobre actuaciones del Gobierno del Estado o de las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias, los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudieran ponerse en peligro los derechos y libertades de terceros o de las investigaciones que se estén realizando, los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial y los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

Además de las limitaciones y excepciones ya señaladas, habrá que tener en cuenta las que puedan derivarse de otras regulaciones específicas, a las que la Ley se remite: materias clasificadas, datos sanitarios personales de los pacientes, archivos estadísticos, etc.

Esta regulación tan restrictiva del derecho a la información se ha visto ampliada en materia de medio ambiente por la Ley de 26 de noviembre de 1995, que ajusta nuestro ordenamiento a una Directiva europea sobre libertad de acceso a la información en este ámbito, en la que se establece el derecho de acceso a expedientes en tramitación sin que para ello sea necesario probar un interés determinado, fijando un plazo máximo de dos meses para que la Administración conceda la información solicitada.

• Gratuidad del procedimiento

La Ley de Procedimiento administrativo no contiene ningún precepto sobre la gratuidad del procedimiento administrativo, pero ésta se desprende, en principio, y como regla general, del carácter inquisitivo de aquél. Únicamente la LRJAPAC en su art. 81 impone el pago de los gastos que ocasionen la pruebas propuestas por el interesado.

6.- LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada (art. 68 de la Ley 30/92).

Los procedimientos se iniciarán **de oficio** por acuerdo del órgano competente o como consecuencia de orden superior, moción razonada de otros órganos o por denuncia (art. 68). Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir *un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el expediente* (art. 69.2).

En cuanto a la iniciación **a solicitud del interesado**, el procedimiento se inicia en este caso con un escrito –que, en el lenguaje común recibe, asimismo, el nombre de instancia–, en el que deberán constar las siguientes circunstancias:

- a.- Los datos personales del interesado (nombre, apellidos y domicilio)
- b.- hechos, razones y petición en que se concrete la solicitud.
- c. Lugar y fecha.
- d. Firma del solicitante.
- c.- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

Del escrito de solicitud y de los demás escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración podrán éstos exigir copias selladas y la devolución de los documentos originales.

En cuanto a las formas o vías de presentación de solicitudes, lo normal es que se presenten al órgano que ha de resolverlas, aunque la Ley facilita también la recepción de las instancias en los registros de cualesquiera Administraciones Públicas, tanto en la Admón. del Estado, CC.AA. o Entidades Locales (siempre en éste último caso que se hubiera suscrito el correspondiente convenio y también se pueden presentar en las oficinas de correos en la forma que reglamentariamente se establezca), y las instancias de españoles en el extranjero podrán cursarse ante las representaciones diplomáticas o consulares españolas correspondientes. Recibida la instancia, el órgano competente puede, si el escrito de iniciación no reuniera los datos antes mencionados, requerir a quien lo hubiese firmado para que, en el plazo de 10 días, subsane la falta o acompañe los

documentos preceptivos, con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, se archivará el expediente.

La **resolución** que adopte, de oficio o a solicitud de persona interesada, el órgano competente acerca de la iniciación del expediente es un acto de trámite y por ello, en principio, no susceptible de recurso independiente del acto final resolutorio. No obstante, hay supuestos en que, ante la importancia y consecuencias inmediatas del procedimiento que este trámite inicia, se sustantiviza a efectos de su impugnación separada, como ocurre con el acuerdo de las convocatorias y bases de los procedimientos de selección de funcionarios.

7.- TRAMITACIÓN E INSTRUCCIÓN

Iniciado el procedimiento, la Administración desarrollará los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Estos actos constituyen, sin duda, los más importantes del procedimiento, en cuanto tienden a proporcionar al órgano decisor los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución y, como se ha dicho, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos. Vamos a ver cuáles son estos actos de instrucción.

- Las alegaciones escritas y aportación de documentos, vista oral y trámite de información pública.

Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

De la misma naturaleza que el trámite de alegaciones puede considerarse el de **información pública**, trámite a través del cual se llama públicamente a opinar sobre cuestiones de hecho, de ciencia o de Derecho a cualquier persona, sea o no interesada en el procedimiento. La información pública se abre, según la Ley 30/92, cuando la naturaleza del procedimiento así lo requiere, y además no es infrecuente que las regulaciones administrativas sectoriales impongan el trámite de información pública con carácter imperativo, como ocurre en el procedimiento expropiatorio a propósito del trámite de necesidad de ocupación, en la legislación urbanística para la aprobación de los planes e urbanismo y en otras muchas materias (aguas, montes, etc.)

El trámite de información pública se anunciará en el B.O.E., de la CC.AA., en el de la provincia respectiva. o en ambas, a fin de que cuantos tengan interés en el asunto puedan examinar el expediente o la parte del mismo que se acuerde. La comparecencia en el trámite de información pública no otorga por sí misma la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonable, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales (art. 86.3).

• Informes

Son manifestaciones de juicio que emiten autoridades, funcionarios u organismos distintos a aquellos a los que corresponda dictar la resolución o propuesta de resolución. Los informes como tales no son judicialmente impugnables, únicamente podrán ser valorados como uno más de los presupuestos de la resolución final del procedimiento.

Se solicitarán para resolver el procedimiento administrativo los informes que sean preceptivos en virtud de los textos legales así como todos aquellos que el órgano competente estime necesarios para resolver.

Además de preceptivos y facultativos, los informes pueden ser vinculantes o no vinculantes, según que hayan de ser observados o no al emitir la decisión por el órgano administrativo. Según la Ley, salvo disposición

expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

Los informes deberán ser evacuados, en principio, en el plazo de diez días, pero de no emitirse en este plazo el procedimiento podrá seguir su curso, salvo que tales informes sean preceptivos y determinantes para su resolución, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

La falta de un informe preceptivo constituía un vicio no convalidable para la Ley de Procedimiento de 1958, pero la Ley vigente a eliminado esta prohibición, por lo que el acto podrá, en su caso, ser convalidado *a posteriori* mediante la emisión del informe omitido.

C) La prueba

Consiste en el acto o la serie de actos encaminados a demostrar la existencia o inexistencia de los datos que han de tenerse en cuenta al resolver.

La apertura del periodo de prueba deberá acordarse de oficio o a instancia del interesado cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por éstos o la naturaleza del procedimiento lo exija. El periodo de prueba no podrá ser superior a 30 días ni inferior a 10.

En cuanto a los *medios de prueba*, la Ley permite "cualquier medio de prueba admisible en derecho" (documentos, inspección personal, peritos, testigos, presunciones etc.). Sólo serán rechazables por el instructor del procedimiento las pruebas propuestas por los interesados "cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada". Un medio de prueba muy generalizado, específicamente administrativo, lo constituyen las inspecciones a cargo de funcionarios.

Por lo que respecta a la *carga de la prueba*, no hay reglas específicas en la Ley, por lo que es una cuestión que debe resolverse partiendo de la consideración de que las reglas de atribución de la carga de la prueba no pueden ser las mismas para todos los procedimientos administrativos, dada su variedad. Así por ej., en los procedimientos sancionadores, conforme a la regla de presunción de inocencia que proclama el art. 24 de la CE y en principio *in dubio pro reo*, implica que la carga de la prueba pesa exclusivamente sobre quien acusa. Esta regla debe aplicarse asimismo, por analogía a todos aquellos procedimientos que tiene por finalidad una privación o limitación de derechos. Por el contrario, en los procedimientos arbitrales o triangulares, en los que la Admón. asume una posición de neutralidad, es el actor el que debe probar los hechos constitutivos del derecho que reclama.

En el Derecho administrativo tampoco hay una respuesta específica a la cuestión de la *valoración de la prueba*, por lo que resultan aplicables los criterios generales de la valoración que se han impuesto en nuestro Derecho, en el que prevalece el criterio de libertad de apreciación o de apreciación conjunta de la prueba por el órgano juzgador.

D) El trámite de vista y audiencia

Una vez instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, el instructor habrá de poner el expediente de manifiesto a los interesados para que éstos puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Sólo puede prescindirse de este trámite cuando las alegaciones y pruebas aducidas por el interesado sean las únicas que figuren y sean tenidas en cuenta en la resolución.

Este trámite, en el caso de actos sancionadores o restrictivos de derechos, está considerado como fundamental por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ve en él una observancia del principio básico de justicia según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído.

El plazo conjunto para examinar el expediente y formular alegaciones no puede ser inferior a 10 días ni superior a 15, pudiendo darse por realizado el trámite si antes del vencimiento los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones.

8.- LA TERMINACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La Ley 30/1992 regula como modos o causas de terminación del procedimiento las siguientes:

• El desestimiento y la renuncia

El desistimiento se produce cuando "el interesado desista de su petición o instancia", lo que viene a significar el apartamiento del procedimiento, pero no la renuncia del derecho ejercitado a través de él. A diferencia del desistimiento, la renuncia va más allá e implica la renuncia efectiva al derecho que se había ejercitado, cuando esté permitido por el ordenamiento jurídico (hay derechos, como los de la personalidad, que son irrenunciables), razón por la cual el procedimiento mismo deja de tener sentido.

Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia (art. 90). Una vez realizados, la Admón. Los aceptará de pleno y declarará concluso el procedimiento, salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de 10 días desde que fueron notificados del desestimiento o la renuncia. También continuará si la cuestión suscitada entrañase el interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento, en cuyo caso la Admón., podrá limitar los efectos del desestimiento al interesado, siguiéndose el procedimiento.

• La caducidad

Es una causa de terminación del procedimiento con cierta connotación sancionadora, pues tiene lugar cuando el procedimiento se paraliza por causa del interesado, en cuyo caso, la Admón., advertirá, inmediatamente, que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo, con archivo de las actuaciones (art. 92).

Este carácter cuasi-sancionador supone, en primer lugar, que la caducidad se aplique sólo en aquéllos procedimientos en que el interesado pueda obtener algún provecho y no en los que hubiere terceros interesados o la cuestión objeto del procedimiento afectase al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento. En segundo lugar, la especial gravedad que la caducidad implica lleva a considerar que no toda pasividad u omisión del interesado puede servir de base a una declaración de caducidad, sino solamente aquellas especialmente calificadas, que determinen la paralización del procedimiento por imposibilidad material de continuarlo. Cualquier otra omisión sólo justifica la pérdida del trámite correspondiente.

• La resolución expresa o presunta (por silencio administrativo)

La resolución expresa constituye el medio normal de terminación del procedimiento. Decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento (aunque no fueran planteadas por los interesados). En los procedimientos iniciados a instancia del interesado la resolución no podrá en ningún caso agravar la situación inicial de este (lo que se conoce como prohibición de la *reformatio in peius*), sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar un nuevo procedimiento si procede.

Las resoluciones contendrán la decisión que será motivada en los casos a que se refiere el art. 54 de la Ley. Las resoluciones expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que se hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen procedente.

El procedimiento puede terminar también, a falta de resolución expresa, por silencio administrativo, que

constituye, como hemos expuesto, una técnica arbitrada por el ordenamiento para permitir el derecho de defensa de los interesados en los caso de falta de respuesta de la Administración a sus solicitudes o recursos.

• La terminación convencional

Se trata de una forma de terminación del procedimiento que constituye una novedad introducida por la Ley 30/92 y que se produce, como dice la ley (art.88), por acuerdos, pactos, convenios o contratos entre las Administraciones Públicas y otras personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción. Estos convenios, precisa la Ley, tendrán el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición específica que los regule, por lo que, para que puedan operar como forma de terminación del procedimiento, es preciso una regulación sustantiva que previamente haya aceptado y regulado, lo que lleva a Parada a afirmar que la admisión del convenio, acuerdo o pacto, frente al acto administrativo unilateral como forma de terminación del procedimiento es, sin embargo, más aparente que real.

TEMA XVIII.- LOS CONTRATOS Y LA ADMINISTRACIÓN. RÉGIMEN BÁSICO

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1.- LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATO.

El recurso a la técnica contractual no es nuevo, y podemos remontar sus antecedentes hasta el pactismo de la Edad Media. El pactismo medieval mediante el contrato de vasallaje –por el cual una persona se declara hombre de otro hombre, ofreciéndole sus servicios a cambio de una protección que ha de dispensársele–, privatiza las relaciones de poder tras la crisis del Imperio Romano.

En el Estado absoluto, el contrato deja de ser una forma esencial de la organización política. Al configurarse el Estado como un poder soberano que imponía en toda circunstancia su voluntad, resultaba inconciliable con la posición de igualdad entre las partes y de respeto riguroso a los pactos y acuerdos suscritos que implica la figura contractual. A pesar de ello, la Corona o el Estado contrataban porque necesitaban determinadas prestaciones y colaboraciones que sólo a través de contratos con los particulares podían conseguir. Se utilizaba para ello la ficción de que el Estado cuando contrataba no lo hacía como poder sino como un particular que contrata con otro particular, según nuestra tradición, o, como se dice en el Derecho alemán, con una personalidad diversa de la habitual de poder público, como Fisco, que viene a ser una personificación privada del aspecto patrimonial de la Corona, en función de la cual era posible demandar a la Administración civil en los casos de incumplimientos.

El contrato será fundamental en el Estado absoluto para la gestión del Reino ante la ausencia de servicios propios o de gestión directa. Sobre los contratos se asienta toda la logística militar: la recluta de lo ejércitos reales, todavía fundamentalmente de mercenarios, las obras y el suministro de las fortificaciones militares etc. El funcionamiento de la Real Hacienda se asienta sobre el arriendo de rentas para la recaudación de los tributos en un territorio determinado, y el servicio de correos es atendido por contratos de conducción celebrados con particulares. Incluso la empresa descubridora y colonizadora de América se asentó jurídicamente sobre contratos de concesión de conquista y colonización, técnica que se inicia con las capitulaciones de Santa Fe (17 de abril de 1492).

En el Estado liberal del siglo XIX, se reduce la utilización de la técnica contractual como técnica de gestión administrativa ante la creación de las burocracias civiles y militares estructuradas en cuerpos de funcionarios y la creación de servicios administrativos propios. Siguen utilizándose, sin embargo, los contratos instrumentales de obras, suministros y el contrato de concesión de servicios públicos.

En la actualidad, se utiliza cada vez más la técnica contractual y ello por varias razones:

- Por *la moda liberal y privatizadora* que rechaza la prestación directa de determinados servicios y funciones cuando los mismos puedan ser desempeñados por personas privadas. Por ello, junto a las tradicionales figuras de los contratos de obras, suministros y gestión de servicios, proliferan los contratos sobre toda clase de asesoramientos o servicios, como es el caso de la informática y de los contratos que con la Administración celebran las empresas consultoras, de proyectos y de supervisión. En supuestos límites, como la contratación con empresas privadas de la seguridad de los edificios públicos o funciones recaudatorias, al tratarse de funciones o servicios típicamente esenciales y propios del poder público, la justificación del recurso al contrato resulta más problemática.
- Por *la debilidad política del Estado*. Parece como si la Administración se avergonzara de su condición de poder público y de la imposición unilateral de su voluntad sobre los particulares o sobre otras Administraciones inferiores, y necesitara del consenso de unos y otras para cumplir, incluso, con sus funciones soberanas. Proliferan así, más allá de los anteriores supuestos, los contratos sobre objetos públicos, insusceptibles tradicionalmente de contratación. La Ley 30/92 admite así la terminación convencional del procedimiento administrativo mediante el cual el acto o resolución unilateral se sustituye por *acuerdos, pactos, convenios o contratos* (art.88).
- En el ámbito de la organización administrativa, *la sustitución del tradicional sistema centralista por el autonómico* ha abierto la regulación de las relaciones interadministrativas entre entes públicos al acuerdo de voluntades, mediante convenios entre entes públicos que se justifican en el principio de cooperación.
- Asimismo, por último, una *fuerte corriente privatizadora del sector público* ha llevado al contrato laboral buena parte de las relaciones de empleo público y se ha aceptado también una moderada versión de los convenios colectivos para regular las condiciones de empleo de los trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración, que antes eran puras relaciones estatutarias y unilaterales.

2.- LA LEY 13/1995 DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La materia de la contratación administrativa se introduce en el Derecho español a través de dos vías: una es la judicial, al someter a la justicia administrativa los contratos celebrados por la Administración para obras y servicios públicos, y otra es a través de la regulación de los procedimientos de selección de contratista imponiendo la regla de la subasta pública.

El Reglamento de contratación de las Corporaciones locales de 1953 estableció un principio de regulación sustancial para todos los contratos de los Entes locales. Poco tiempo después y en la misma línea, la Ley de Contratos del Estado de 1965 procedió a una regulación exhaustiva que recogía toda la normativa sobre procedimientos de selección de contratistas, clasificaba los contratos entre administrativos y civiles y regulaba el objeto, la causa, el fin, la forma y los efectos, así como las formas de extinción de los contratos que la Ley consideraba como contratos administrativos típicos.

Este proceso se ha cerrado con la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, objeto de una serie de modificaciones que han obligado a la elaboración de un Texto Refundido: **Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.**

Esta nueva legislación ha querido ser una respuesta a los fenómenos de corrupción materializados en el percibo de comisiones sobre la adjudicación de contratos, que legalmente se veía facilitada por la generalización de la contratación directa a la que ha llevado la proliferación de entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado o que actúan con el disfraz de sociedades mercantiles con la finalidad, precisamente, de eludir la legislación administrativa de contratos.

La nueva legislación se justifica también en la conveniencia de incorporar a un único texto toda la normativa que sobre contratación se había producido desde la Ley del 65, así como el adecuar nuestra legislación interna

al ordenamiento jurídico comunitario, recogiendo, en materia de contratación administrativa, las diversas directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios aplicables por revestir este carácter a todas las administraciones Públicas.

La Ley ha sido dictada al amparo del art. 149.1.18 de la CE que califica de materia básica la de contratación administrativa. No obstante este carácter de legislación básica, la disposición final primera hace una enumeración de los puntos en que los preceptos de la Ley serán de aplicación general únicamente en defecto de regulación específica que dicten las CCAA.

3.- AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 13/1995

Conforme a su art. 1º, la ley es de **aplicación plena** a las administraciones públicas territoriales, es decir, a las del Estado, de las Comunidades Autónomas y a las que integran la administración local. El concepto de Administración del Estado y de las CCAA hay que entenderlo en sentido amplio, comprensivo de la Administración de los órganos constitucionales del Estado (Cortes, Tribunal Constitucional, Tribunal de cuentas, Defensor del Pueblo etc.), así como de los análogos de las CCAA.

La Ley se aplica también plenamente a los organismos autónomos y a las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas, siempre que se den conjuntamente dos requisitos:

- que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- y que su actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras Entidades de Derecho Público o bien que la gestión se halle sometida a un control por parte de éstas.

La Ley es susceptible de **aplicación parcial** respecto a las demás entidades de Derecho Público con comprendidas en el supuesto de aplicación plena anterior, siempre que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de aportaciones de capital provenientes de las Administraciones Públicas. Se trata de una aplicación parcial porque sólo afecta a la capacidad de los contratistas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación y sólo se aplica a los contratos específicamente señalados en la Ley, fundamentalmente los contratos de obra.

La Ley es susceptible de una **aplicación mínima** respecto a todo tipo de entes privados o públicos en lo relativo a las normas que regulan la capacidad de las empresas, la publicidad, los procedimientos de licitación y formas de adjudicación y sólo respecto de los contratos de ingeniería civil y de construcción de determinados equipamientos públicos (hospitales, edificios escolares o universitarios, edificios de uso administrativo etc.), siempre que superen la cuantía mínima establecida en la Ley y sean subvencionados por la administración en mas de un 50 por ciento.

La disposición adicional 6ª prevé una aplicación, que Parada define como **simulada**, en el sentido de ineficaz, para los contratos que quedan excluidos tanto de la aplicación plena como la mínima, puesto que determina que toda la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de capital público se ajustará a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de al operación a realizar sea incompatible con esos principios. Esta invocación a unos principios, sin la obligación de requerir unos procedimientos que acrediten y prueben su aplicación, es una simple remisión a la buena voluntad de los administradores.

4.- NEGOCIOS JURÍDICO- PÚBLICOS EXLUIDOS DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

Existen determinados contratos y convenios que, a pesar de tener carácter jurídico- público, el art. 3 de la Ley deja expresamente fuera de su ámbito de aplicación.

- Quedan excluidas *determinadas categorías de contratos* por contar con una regulación propia, entre las que deben citarse la relación de servicio de los funcionarios y los contratos del personal laboral de la Administración, y las relaciones jurídicas derivadas de la prestación de un servicio público que se utiliza mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público (p.ej., la matriculación en una Universidad).
- Los *convenios de colaboración*, tanto los que se celebren entre entidades públicas, territoriales o no, como con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.
- Una serie de *convenios de carácter internacional*, como los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con Entidades de Derecho Internacional Público.
- Los *contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación*.
- Los *contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables u otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España*.

Quedan asimismo fuera del ámbito de aplicación de la Ley los **convenios entre la Administración y los particulares sobre objetos públicos**, en los que no existe un fenómeno económico de intercambio, sino un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico- pública previamente establecida entre la Administración y la persona que con ella conviene. Como ejemplos de esta figura podemos citar los convenios expropiatorios, los conciertos fiscales, o los convenios de precios. En estos casos la Administración concierta, conviene o contrata, pero lo hace desde la posición de superioridad o coerción que le confiere el poder establecer dicha relación jurídica o una más favorable a través de un acto unilateral (p.ej., en el procedimiento expropiatorio si no se llega a un acuerdo sobre el justiprecio va a ser un órgano administrativo, el Jurado Provincial de Expropiación, quien lo va a determinar unilateralmente).

La Legislación de contratos administrativos no se aplica, como ya hemos señalado, a los **convenios entre entes públicos**. La posibilidad de acuerdos entre entes públicos se halla hoy reconocida en el ordenamiento jurídico pero carece de una regulación general sobre sus efectos, formas y garantías de cumplimiento. La propia Constitución contempla la posibilidad de acuerdos entre Comunidades Autónomas, exigiendo que los que se celebren lo sean con el conocimiento o, en su caso, la aprobación de las Cortes Generales. En la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 se reconoce la posibilidad de que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las CCAA se desarrolle mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban, y en la Ley 30/92 se regulan los llamados Convenios de colaboración entre el Gobierno de la nación y los gobiernos de las CCAA y los convenios de Conferencia Sectorial. Cuando surgen conflictos en su aplicación, compete su resolución a la Jurisdicción contencioso- administrativa, con la dificultad que supone que tanto el proceso como las reglas de competencia entre los distintos tribunales están pensados para resolver recursos de simples particulares contra actos de la Administración y no litigios entre dos actos administrativos o entre dos Administraciones.

5.- ELEMENTOS Y CONDICIONES DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.

Las condiciones de validez de los contratos administrativos son en principio las mismas exigidas para la validez de los contratos privados entre los particulares, aplicándose en ambos casos lo establecido por el art. 1261 del Código Civil: no hay contrato sino cuando concurren los requisitos del consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca. Existen sin embargo algunas reglas propias administrativas sobre estos elementos del contrato derivadas de las inevitables singularidades de los contratos de las Administraciones Públicas y que han sido recogidas por el legislador español.

Objeto de los contratos de la administración, como de los contratos entre particulares, pueden serlo todas las cosas y servicios que no estén fuera del comercio de los hombres, siempre que sean posibles y determinados o determinables. La L de C establece la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos cuando se hace con la intención fraudulenta de eludir determinados procedimientos o sistemas de publicidad

establecidos en razón de la cuantía del contrato, salvo que las diversas partes de un objeto contractual sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto.

En cuanto a **la causa**, al igual que en el Derecho civil no son válidos los contratos sin causa o con causa falsa o ilícita. En los contratos de la Administración la causa se entiende como fin del contrato, al determinar la ley que el objeto del contrato deberá ser necesario *para los fines del servicio público* y que se justificará en el expediente (art.13).

El **precio** de los contratos de la Administración debe ser cierto y estar expresado en moneda nacional, haciéndose constar el montante también en euros para los contratos que se celebren entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2001 (después de esta fecha pasarán lógicamente a expresarse únicamente en euros). El precio se abonará al empresario en función de la importancia real de la prestación efectuada y de acuerdo con lo convenido. En el articulado de la L de C late una preocupación porque el precio de los contratos no sea simplemente el más barato, el más favorable en términos cuantitativos sino el *precio justo*, entendiendo la Ley por tal el más adecuado al mercado (art.14), lo que lleva por ejemplo a la actualización de las tarifas en la concesión de servicio y a la revisión de precios como técnica general para compensar al contratista de quebrantos económicos en los contratos administrativos.

Se prohíbe el precio aplazado, y se admite el pago adelantado de manera total o parcial mediante abonos a buena cuenta, siempre que se aseguren los importes anticipados mediante la prestación de garantía.

El contratista puede cobrar el precio por sí mismo o ceder su crédito a un tercero, siendo requisito imprescindible para la efectividad de la cesión frente a la Administración que se le notifique fehacientemente el acuerdo de cesión.

La Administración tiene la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos de las cantidades adeudadas. Si la demora fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del contrato, previa comunicación a la Administración, y si la demora fuese superior a ocho meses, tendrá derecho asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

6.- ORGANOS DE CONTRATACIÓN Y ORGANOS DE GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En la **Administración del Estado**, los órganos de contratación son los **Ministros** y los **Secretarios de Estado**, cuya competencia puede ser avocada o necesitada de autorización por el Consejo de Ministros o ser desconcentrada mediante Real Decreto. En el caso de organismos autónomos y demás entidades públicas, los órganos de contratación serán sus representantes legales.

La Ley faculta al Ministro para constituir **Juntas de Contratación**, que podrán actuar por delegación de éste como órganos de contratación, con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que el mismo determine. El Ministro podrá asimismo atribuirles las funciones de programación y estudio de las necesidades de contratos a celebrar.

Las Mesas de Contratación se configuran en la Ley como órganos colaboradores en los procedimientos de selección de contratistas, que examinan los procedimientos de selección de contratistas y formulan las oportunas propuestas de adjudicación al órgano de contratación.

En la **Administración Local**, las competencias para la contratación se reparten entre el Presidente y el Pleno

de las Corporaciones Locales.

El **Tribunal de Cuentas** y los **órganos equivalentes de las CCAA** ejercen importantes funciones de control. Siempre que el contrato supere determinadas cuantías que señala la Ley, el órgano de contratación debe remitirles, dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, una copia certificada del documento mediante el que se hubiere formalizado, acompañada de un extracto del expediente, debiendo comunicarles asimismo las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de estos contratos, sin perjuicio de las facultades de estos órganos de control para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estimen pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía.

La **Junta Consultiva de Contratación Administrativa**, dentro del Ministerio de Hacienda, es un órgano consultivo específico en materia de contratación administrativa, y ostenta también competencias resolutorias sobre la clasificación de contratistas. De la Junta dependen el **Registro Oficial de Empresas Clasificadas** y el **Registro Público de Contratos**. Pueden constituirse asimismo Juntas Consultivas de Contratación Administrativa en las Comunidades Autónomas.

7.- LAS HABILITACIONES PREVIAS

El otorgamiento de los contratos de la Administración va precedido, por razones de control, de determinadas intervenciones de autoridades externas al propio órgano de contratación. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

- Autorizaciones de gasto, que suponen la necesidad de acreditar la existencia de la debida y suficiente **consignación presupuestaria** para hacer frente a las obligaciones de gasto que suponga el contrato.
- Autorizaciones de contratar propiamente dichas, como es la existencia de **autorización previa** del Consejo de Ministros para determinados contratos que especifica la Ley, autorización que lleva implícita la aprobación del gasto correspondiente.

La falta de las habilitaciones previas provoca, en principio, la invalidez del contrato, prevista en su grado máximo, esto es, la nulidad de pleno derecho, para los contratos celebrados sin consignación presupuestaria o consignación insuficiente, pudiendo en estos casos el contratista solicitar una indemnización justificada en el defectuoso funcionamiento del servicio o en el enriquecimiento sin causa que la colectividad pública ha podido obtener del contrato irregular.

La Ley obliga también a solicitar determinados **informes** antes de la conclusión del contrato. En el expediente de contratación, se exige un informe jurídico que realiza la Asesoría Jurídica del Ministerio correspondiente, y un informe contable que realiza la Intervención del mismo. El primero no tiene carácter vinculante, pero el contable, de ser negativo sobre la habilitación presupuestaria, impide que el contrato sea concluido a no ser que se obtenga una autorización especial del Consejo de Ministros.

8.- CAPACIDAD JURÍDICA Y MORAL DE LOS CONTRATISTAS

En cuanto a la capacidad jurídica para contratar con la Administración, la Ley parte del reconocimiento de plena capacidad para contratar de las personas naturales y jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, y extiende esta capacidad a las **uniones de empresarios** que se constituyan al efecto temporalmente (hasta la extinción del contrato que motivó la unión), sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato.

Además de la capacidad jurídica, se exige que los empresarios acrediten las que pueden llamarse capacidad moral y capacidad técnico- económica.

La **capacidad moral** la asegura la Ley negativamente estableciendo determinadas prohibiciones para

contratar que afectan a las personas en las que se dan circunstancias que proyectan dudas razonables sobre su fiabilidad. Se refieren éstas a la comisión de determinados delitos, lo que alcanza también a las personas jurídicas cuyos administradores hayan delinquido en beneficio de aquéllas, a la declaración de quiebra o concurso de acreedores, a haber incumplido otros contratos con la Administración, al impago de cuotas a la Seguridad Social etc.

La **prueba** de no estar incurso en prohibiciones para contratar con la Administración podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. Las empresas extranjeras no comunitarias, deberán justificar además, mediante informe de la respectiva representación diplomática española, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración, en forma sustancialmente análoga.

La Ley establece que las adjudicaciones de contratos a favor de personas que carezcan de la capacidad de obrar o de solvencia económica y de las que se hallen comprendidas en alguna de las prohibiciones, serán nulas de pleno derecho, aunque se reconoce al órgano de contratación la facultad de obligar al empresario a que continúe la ejecución del contrato bajo las mismas cláusulas y por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al orden público.

9.- LA CAPACIDAD PROFESIONAL Y ECONÓMICA DE LOS CONTRATISTAS. SU CLASIFICACIÓN

El Texto Refundido de la Ley de Contratos exige que el contratista ostente y acredite la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en los que con arreglo a esta Ley sea exigible.

La exigencia de una especial capacidad se justifica en la necesidad de evitar adjudicaciones sin porvenir en contratos de extraordinaria complejidad y cuantía cuya crisis o fracaso puede originar graves daños al interés público. Se trata de una capacidad no circunstancial en el momento de la contratación, sino estable y permanente, continuada y sostenida a lo largo de la vida del contrato.

La clasificación es una autorización que permite la obtención del status de contratista, y se exige para los contratos que superen determinadas cuantías que precisa la Ley. Se trata de un complejo y costoso sistema para las empresas y para las Administraciones públicas, por lo que convendría someterlo a revisión. Mediante la clasificación se determina la clase de contratos a cuya adjudicación pueden concurrir u optar los clasificados por razón del objeto y cuantía de los mismos, así como el volumen total de obra que puede concertar para su simultánea ejecución una determinada empresa. Para efectuar la clasificación se tienen en cuenta los medios personales, reales y económicos que las empresas poseen con carácter permanente en el territorio nacional, así como su experiencia constructiva derivada de los trabajos que hayan realizado en cualquier país. Las clasificaciones acordadas serán revisables a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto dejen de ser actuales las bases tomadas para establecerlas. Las resoluciones sobre clasificación se adoptan por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, a través de Comisiones clasificadoras que actúan por delegación permanente de aquélla.

10.- LA PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS: PLIEGOS DE CONTRATACIÓN Y TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

A) Pliegos de contratación

Antes de la adjudicación y formalización de los contratos, la Administración debe definir con la mayor claridad su contenido prestacional y acreditar todos los extremos que deberán figurar en el expediente.

El contenido prestacional del contrato se define en los denominados genéricamente pliegos, que son los siguientes:

El Pliego de **cláusulas administrativas generales** contiene las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas que son objeto de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo que celebra la Administración.

El Pliego de **cláusulas administrativas particulares** determina y precisan el verdadero contenido de cada contrato, incluyendo los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato (art. 49.1). Son, por así decirlo, **la ley del contrato**.

Los primeros se aprueban por el órgano superior de cada Administración territorial previo informe del consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma y los segundos por el órgano de contratación, pero no existe una relación de jerarquía entre ambas, ya que en ningún caso tienen naturaleza reglamentaria los pliegos de cláusulas administrativas generales, siendo las particulares las determinantes reales del contenido contractual, y la Ley permite expresamente que en los pliegos particulares se incluyan estipulaciones contrarias a lo establecido en los pliegos de cláusulas normativas generales con el único requisito del informe previo, ni siquiera favorable, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La Ley prevé también los Pliegos de **Prescripciones Técnicas Generales** a que haya de ajustarse la prestación a contratar por la Administración en cada clase de contrato y los Pliegos de **Prescripciones Técnicas Particulares** individualizando lo anterior en cada contrato celebrado. El Pliego de Prescripciones Técnicas Generales es aprobado por el consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente (Art. 51), y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares por el órgano de contratación.

B) Los Expedientes de contratación: El Expediente preparatorio o previo.

Son las actuaciones burocráticas que van desde el comienzo mismo del proceso de contratación hasta que finaliza el proceso de adjudicación y se formaliza el contrato. Hay que distinguir entre el expediente preparatorio y el expediente de adjudicación.

Con el expediente preparatorio o previo de contratación, que es el que ahora nos ocupa, se pretende delimitar el objeto del contrato, precisar sus condiciones y garantizar la existencia de crédito presupuestario. Son tres las clases de expedientes previos: ordinario, urgente y de emergencia.

La **tramitación ordinaria** es aquella, no sujeta a plazos, que consiste en la reunión en un expediente de las actuaciones relativas a la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que hayan de regir en el contrato. Al expediente se incorporarán también, siempre que el contrato origine gastos a la Administración, el certificado de existencia de crédito, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto.

Una vez reunidos estos documentos y previo informe de la Asesoría Jurídica y, en su caso, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando las cláusulas particulares contradigan el de cláusulas generales, el órgano de contratación dictará resolución aprobando el gasto y disponiendo la apertura del procedimiento de la adjudicación.

Podrán ser objeto de **tramitación urgente** los expedientes que se refieran a contratos cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación convenga acelerar por razones de interés público, conteniendo el expediente la declaración de urgencia. En este caso, los plazos que establece la Ley para la licitación y la adjudicación del contrato se reducirán a la mitad.

La **tramitación de emergencia** se caracteriza por prescindir de toda la actividad preparatoria, procediéndose

directamente al otorgamiento del contrato, incluso de forma verbal. Se prevé la tramitación de emergencia en aquellos casos en que se pretende evitar acontecimientos catastróficos o situaciones que afecten a la defensa nacional.

C) La contratación menor

En este caso no existe procedimiento alguno, sino un simple acuerdo de voluntades, que es necesario no obstante documentar mediante la factura que reúna los requisitos legalmente establecidos, así como, tratándose del contrato de obras, el presupuesto de éstas.

Comprende los contratos de obra que no excedan de 5.000.000 Ptas., los de suministros, consultorías y asistencias, los de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración inferiores a 2.000.000 Ptas.

11.- LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS

A) Origen y Significación

Así como los particulares pueden contratar sobre asuntos propios con quienes deseen y en las condiciones que quieran, incluso hacer malos contratos de forma consciente, la Administración no dispone de esa libertad. Y es que la misma es incompatible con la idea de gestión de negocios y dinero ajenos que envuelve toda actividad administrativa y con la garantía del principio de igualdad. Por ello, la Ley prevé determinados procedimientos para la selección de contratistas, que se le impone a la Administración y que tienen por objetivo garantizar los principios de igualdad de los administrados para ser contratistas de la Administración, el principio de publicidad y el principio de concurrencia, cuyo fin es buscar las condiciones más ventajosas para el interés público. Se pretende, por tanto, una mejor contratación, ofreciendo a la vez a todos los ciudadanos la posibilidad de participar y acceder a la condición de contratistas.

En el diseño original de los procedimientos de adjudicación de los contratos predominó la idea de que el licitador de mejor derecho y más conveniente para la Administración era el que ofrecía una oferta económica más ventajosa, es decir, el que se ofrecía a realizar el contrato en menor precio, a esta concepción responde la técnica de **subasta por pujas a la llana**, en la que en un solo acto los aspirantes a la adjudicación del contrato compiten pública y directamente en la oferta de un precio más ventajoso. Se entendía que la subasta garantizaba plenamente la igualdad de oportunidades y la transparencia en la adjudicación.

Esta técnica llevaba el peligro de bajas desproporcionadas o temerarias, que hacían inviable para los adjudicatarios el cumplimiento posterior de las obligaciones asumidas, por lo que se buscó una técnica sustitutoria que permitiera dar con el precio justo mediante la **subasta con pliegos cerrados**, en la que, sobre las condiciones fijadas por la Administración los aspirantes a contratistas presentaban sus propuestas en sobre cerrados adjudicándose el contrato al mejor postor.

Junto al procedimiento de la subasta también se utilizará el **concurso**, sobre todo en la concesión de servicios, procedimiento en el que el precio deja de ser un valor determinante para valorarse conjuntamente con otros, permitiendo a los aspirantes a contratistas proponer mejoras sobre las condiciones establecidas por la Administración.

Los procedimientos de subasta y concurso han dado después origen a sistemas mixtos como el de **concurso-subasta** en el que en una primera fase de selección se aplican criterios no económicos para luego entrar en una segunda fase que implica ya la adjudicación del contrato al postor que ofrece las condiciones económicas más ventajosas.

B) Las clases de procedimientos y formas de adjudicación vigentes

Los procedimientos o forma de selección de contratistas vigentes son el resultado del cruce entre los sistemas comunitarios de selección de contratistas y las formas o criterios de adjudicación ya existentes en nuestro país que hemos expuesto.

Los sistemas comunitarios de selección de contratistas son tres:

- Procedimiento **abierto** es aquel en que todos los empresarios interesados pueden presentar una proposición y por ello todos los que concursen son licitadores.
- Procedimiento **restringido** es aquel en el que sólo pueden presentar proposiciones aquellos candidatos previamente seleccionados por la Administración.
- El procedimiento **negociado** consiste en que el contrato es entregado al elegido justificadamente por la Administración previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios. Se trata por tanto de un sistema de selección del contratista prácticamente discrecional, muy similar a lo que la Ley española denominaba contratación directa.

Estos criterios de selección es necesario cruzarlos con las formas o criterios de adjudicación, y así el Art. 74 del Texto Refundido señala que en el Procedimiento abierto y restringido podrá utilizarse la subasta y el concurso, (el procedimiento negociado supone la adjudicación directa del contrato). La **subasta** versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador, que, sin exceder de aquel, ofrezca el precio más bajo. En el **concurso**, la adjudicación recaerá en el licitador que en su conjunto ofrezca la proposición más ventajosa teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de las mismas y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

La Administración deberá elegir en cada caso entre la subasta y el concurso, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley, que hacen primar este segundo procedimiento, de carácter más discrecional.

C) El procedimiento abierto

En este procedimiento de selección la admisión a la licitación no se encuentra restringida de ningún modo, pudiendo concurrir a la misma todos los empresarios que reúnan las condiciones de capacidad exigidas.

El procedimiento abierto se inicia con los **anuncios** en el BOE. A estos anuncios responden los aspirantes a contratistas con las **proposiciones** que constituyen su oferta contractual. Las proposiciones son secretas, sujetándose al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Su presentación presume la aceptación por parte del empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas.

Las proposiciones presentadas por los licitadores pasan a las Mesas de Contratación, las cuales, previo estudio y de acuerdo con la forma de adjudicación seguida, formulan una **propuesta de resolución** que elevan al órgano de contratación. El órgano de contratación pronuncia la **resolución final** en la que, cuando no adjudique de acuerdo con la propuesta formulada por la mesa de contratación, deberá motivar su decisión.

La adjudicación del contrato es objeto de **notificación** a los participantes en la licitación. La Ley obliga asimismo al órgano de contratación a comunicar a todo candidato o licitador excluido que lo solicite las causas del rechazo de su candidatura o proposición.

Es también necesaria la **publicación** en el BOE, y en su caso, en el diario Oficial de las Comunidades Europeas, momento a partir del cual la adjudicación surte efectos para terceros.

E) El procedimiento restringido

En este procedimiento sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios preseleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos. Se trata de un sistema de adjudicación

que se estructura en dos trámites de selección sucesivos:

- En el primero, la Administración contratante lleva a cabo una primera preselección en base a criterios de idoneidad de las empresas (sin consideración alguna, pues, a su posible oferta, que no se formula en esta fase), las cuales pueden concurrir libremente al trámite en virtud de una convocatoria abierta. La Administración debe fijar, antes de la apertura de este procedimiento, en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos con arreglo a los cuáles el órgano de contratación deberá cursar las invitaciones y podrá señalar los límites inferior y superior donde se sitúe el número de empresas a las que se propone formular invitación (que no pueden ser menos de cinco ni más de veinte).

Recibidas las solicitudes, la Administración, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los petitionarios, seleccionará entre las mismas las de las empresas que han de ser invitadas.

- En el segundo, la Administración invita a las empresas preseleccionadas a formular sus proposiciones acompañadas de la documentación exigida, siguiéndose después los trámites de propuesta de adjudicación por la mesa y de resolución por el órgano de contratación.

Se distingue por tanto en este procedimiento restringido entre el candidato, que es aquel que ha solicitado una invitación para participar en un procedimiento, y el licitador, que es quien ha sido seleccionado y ha recibido una invitación del órgano de contratación y presenta una oferta.

F) El procedimiento negociado

En este procedimiento el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios. La Administración debe solicitar la oferta de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres, siempre que ello sea posible. El contenido de las ofertas recibidas no vincula sin embargo a la Administración, que elige libremente entre ellas. La propuesta de adjudicación corresponde realizarla a la Mesa de Contratación, debiendo el órgano de contratación motivar su decisión si se aparta de la propuesta realizada. El procedimiento negociado sólo puede utilizarse en casos excepcionales o de muy escasa cuantía, que el TR de la L. de C. especifica en relación con cada clase de contrato típico.

12.- LAS FORMAS O CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. LA SUBASTA Y EL CONCURSO

Los procedimientos abierto y restringido admiten dos modalidades de adjudicación, denominadas subasta y concurso.

En la **subasta**, la Mesa de Contratación procederá en acto público a la apertura de las ofertas admitidas y a proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato al postor que ofrezca el precio más bajo.

En el **concurso** el precio ofrecido es un factor más a valorar, pero no determinante para la adjudicación, debiendo recaer la adjudicación en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios objetivos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

El órgano de contratación no tiene libertad para apartarse de la propuesta realizada por la Mesa de Contratación. En la subasta sólo puede hacerlo en dos casos:

- que la propuesta de adjudicación se haya efectuado con infracción del ordenamiento jurídico.
- que el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no podrá ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias.

En el concurso el órgano de contratación puede apartarse de la propuesta de la Mesa por aplicación motivada de los criterios objetivos para su adjudicación.

En ambos casos el órgano de contratación tiene siempre la posibilidad de declarar desierto el concurso o la subasta, porque la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto por la Administración mientras no se haya adjudicado el contrato por acuerdo del órgano de contratación.

En la subasta, cuando se acuerde la resolución del contrato porque el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para formalizar el contrato, es posible la **adjudicación subsidiaria**, esto es, que se adjudique el contrato al licitador siguiente sin necesidad de proceder a una nueva convocatoria, contando con la conformidad del nuevo adjudicatario.

13.- PERFECCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos administrativos, como los civiles, se perfeccionan por la simple concurrencia de voluntades, coincidencia que se produce mediante la adjudicación realizada por el órgano competente cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación realizada. La formalización del contrato no es por tanto requisito esencial de la perfección y validez sino un simple medio de constatación y prueba en los términos ordinarios del Derecho civil.

La formalización del contrato debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes a su aprobación en documento administrativo, redactado por un funcionario, lo que será título válido para acceder a cualquier registro público. También puede hacerse en escritura pública o notarial, la cual se exige cuando lo solicite el contratista, corriendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento.

Aunque no siendo condición de la perfección y validez del contrato, la formalización sí lo es para su *eficacia*, por cuanto no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, reconociéndose una acción de resolución del contrato frente al contratista culpable del incumplimiento de la formalización.

En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados. Si, por el contrario, las causas de la no formalización fueran imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora pueda ocasionar, con independencia de solicitar la resolución del contrato.

14.- GARANTÍAS DE LA CONTRATACIÓN. LAS FIANZAS

Las fianzas administrativas, a diferencia del contrato de fianza civil, se caracterizan por las siguientes notas:

- **Unilateralidad.**– Sólo benefician a una de las partes, la Administración, sin que pueda exigirlas el contratista.
- **Obligatoriedad.**– Las fianzas administrativas son obligatorias excepto en determinados casos que se puede dispensar de la fianza provisional a los contratistas que hayan obtenido una determinada clasificación, especificándose así en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y en el procedimiento negociado, en el que por regla general no se exigen fianzas.
- **Consustancialidad.**– Mientras que en el Derecho civil las fianzas son accesorias, en la contratación administrativa la propia subsistencia del contrato puede depender de la constitución de la fianza.
- **Inembagabilidad.**– La fianza estará primordialmente afectada a las responsabilidades de los contratistas, y el Estado para hacerlas efectivas tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor.

La **fianza provisional** asegura que el aspirante a contratista que participa en un procedimiento de selección formalizará el contrato si realmente resulta beneficiado con la adjudicación definitiva, perdiendo su importe en el caso de que no llegue a formalizarlo.

La cuantía de la fianza provisional es el 2% del presupuesto del contrato, entendiéndose por tal el establecido por la Administración como base de la licitación, y si no se ha establecido se determinará estimativamente por el órgano de contratación.

La fianza será devuelta a los interesados inmediatamente después de la propuesta de adjudicación del contrato en los casos en los que la forma de adjudicación sea la subasta, o de la adjudicación cuando aquella sea por concurso, reteniéndose únicamente la fianza del adjudicatario hasta la formalización del contrato.

La **fianza definitiva** se constituye para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, pagándose con la misma los daños y perjuicios que el contratista pueda ocasionar a la Administración con motivo de la ejecución del contrato y los gastos originados por la demora en el cumplimiento de las obligaciones.

El importe de la garantía definitiva se establece en el 4% del importe del presupuesto, pudiéndose, en casos especiales, decretarse una fianza complementaria de hasta un 6% del presupuesto.

En el supuesto de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, podrá exigirse una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado.

No será precisa la constitución de una garantía definitiva cuando el contratista haya constituido previamente una **garantía global**, que responde genéricamente del cumplimiento de sus obligaciones por el adjudicatario por todos los contratos celebrados con la misma Administración hasta el 4% del presupuesto del contrato respectivo.

Cuando la fianza no sea bastante para responder frente a la Administración, ésta procederá al cobro de la diferencia mediante la ejecución sobre el patrimonio del contratista mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las respectivas normas de recaudación.

La garantía definitiva no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto sin culpa del contratista. En todo caso, la devolución tendrá lugar transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato.

TEMA XIX. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1.- CLASES DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION. PANORÁMICA COMPARATISTA

Si la admisión de la institución contractual es común en todos los sistemas, no son coincidentes, sin embargo, las clases de contratos de la Administración y sus regímenes jurídicos.

En el **Derecho francés**, y por su influencia en el **belga** y en el **español**, se da una categoría de contratos, los contratos administrativos, que es desconocida en otros sistemas, como el alemán y el italiano. El origen de esta singularidad está en que en Francia primero y en los otros dos países después por imitación, se sustrajo en el siglo XIX a la competencia de los Tribunales Civiles y se atribuyeron a la Justicia administrativa los contratos más frecuentemente celebrados por la Administración, fundamentalmente los de obras y servicios públicos. Esta atribución de la competencia sobre los litigios de estos contratos a la Justicia administrativa originó, primero, un diferente régimen procesal y, después, la elaboración por la Jurisdicción administrativa de unas reglas y principios diversas para estos contratos de las que regían en los Tribunales civiles para sus homólogos y correspondientes contratos entre particulares. Surgió así un régimen jurídico diferenciado sobre el que se construyó la figura del contrato administrativo, figura desconocida en otros ordenamientos en los que los conflictos entre la Administración y los contratistas siguieron atribuidos a la competencia de los jueces civiles.

En el **Derecho inglés** se está llegando también, aunque por caminos diversos, a una figura análoga a la del contrato administrativo. Aunque la tradición es que los contratos de la Corona se sometían a las normas comunes y a los Tribunales ordinarios, los privilegios de aquélla y la prohibición de dictar contra ella mandamientos de hacer, dejaban sin eficacia al contrato y sin garantía al contratista. Pero en 1968 se creó un organismo de arbitraje, el *Review Board for Government Contracts*, formado por miembros gubernamentales y de la Confederación de la Industria, que decide preceptiva y definitivamente sobre los conflictos contractuales y ejerce otras funciones consultivas. Sus decisiones se publican anualmente y constituyen un cuerpo de doctrina jurídica que ha desarrollado todo un sistema de poderes exorbitantes de la Administración y de compensaciones económicas al contratista que se pactan mediante la aceptación por éste de un pliego de condiciones y que acercan mucho estos contratos a la tradición francesa del contrato administrativo.

En contraste con los sistemas expuestos, en el **Derecho alemán** los contratos que la Administración necesita celebrar para la realización de obras públicas para el suministro de toda clase de bienes y servicios, incluso las concesiones de servicios, se consideran contratos privados sujetos a las normas comunes del Derecho civil y mercantil y cuyo contencioso se ventila ante los Tribunales civiles.

En el **Derecho italiano**, parte de los contratos que en España se consideran como contratos administrativos son contratos sometidos a las normas del Código Civil y del de Comercio y que se sujetan al conocimiento de los Tribunales civiles, sin perjuicio de que su otorgamiento, por imposición ahora del Derecho comunitario, está sujeta a la observancia de determinados procedimientos de selección de los contratistas. Se trata de los denominados contratos de la Administración, categoría que comprende los contratos ordinarios que instrumentalmente celebra la Administración para procurarse los bienes, servicios o infraestructuras necesarios para su funcionamiento, como los contratos de suministro y los de obra. Se someten únicamente a normas de derecho público los que la doctrina denomina *contratti del diritto pubblico*, que son actos bilaterales en que la Administración y un particular crean conjuntamente un negocio jurídico sobre objetos claramente públicos, como, p.ej., en las concesiones administrativas de servicios y dominio público o en la relación de empleo público.

La existencia de estos países cuyo derecho no admite la figura del contrato administrativo al modo de los derechos francés, belga y español, proyecta un futuro incierto para esta institución en el Derecho comunitario europeo, a menos que se produzca una revisión de los privilegios de la Administración y un acercamiento de las reglas de los contratos administrativos a los contratos civiles.

2.- LOS CRITERIOS DE DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

El vigente Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas afecta a todos los contratos que éstas celebran, pero su aplicación integral sólo tiene lugar respecto a los denominados contratos administrativos, por lo que es necesario precisar el criterio que permite diferenciar estos de los contratos privados. El criterio tradicional para calificar un contrato como administrativo hacía referencia a que su objeto fuera la realización de una obra o servicio público. La jurisprudencia se mantuvo por lo general fiel a este criterio y, a lo más, exigió para considerar que existía contrato administrativo que esa relación fuese directa o inmediata. No obstante, en las últimas décadas, y por influencia del derecho francés, apareció también en algunas sentencias el criterio de las cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la Administración como definidor del contrato administrativo.

En la actualidad, el Texto Refundido de la Ley de Contratos hace de la relación instrumental del contrato con la obra o servicio público el criterio central para calificar un contrato como administrativo, sin referencia alguna al criterio de la cláusula exorbitante. De acuerdo con esta Ley, hay dos clases de contratos administrativos:

1.- Los denominados **contratos administrativos típicos**, que, de acuerdo con el art. 5 son el de obra, el de gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, y

los que se celebran excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Todos estos contratos se rigen íntegramente, esto es, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado. En todo caso el orden jurisdiccional contencioso– administrativo será el competente para resolver respecto a estos contratos los litigios que surjan entre las partes.

2.– Los **contratos administrativos especiales**, definidos por la Ley como aquellos de objeto distinto de los anteriores, pero que tengan naturaleza administrativa por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley. A los contratos especiales se les aplican sus propias normas especiales con preferencia a la Ley de Contratos, de las que se les aplican supletoriamente las normas establecidas para los contratos típicos y, en último lugar, las normas de derecho privado. Al igual que en el caso anterior, el orden jurisdiccional contencioso– administrativo será el competente para resolver respecto a estos contratos los litigios que surjan entre las partes.

El contrato será administrativo, conforme a estos criterios, si cumple con la condición general de tener una relación instrumental directa con la actividad típica de la Administración, como es la obra pública o el desarrollo de un servicio público, y no lo será en caso contrario, por más que en el contrato se contengan cláusulas de sumisión expresa a la jurisdicción administrativa o a la jurisdicción civil, a las que la doctrina española niega toda validez por considerarlas contrarias a los criterios legales de determinación de competencia.

3.– LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION. UNA CATEGORIA RESIDUAL.

Los contratos privados de la Administración eran históricamente todos aquellos que no tuvieran una relación inmediata y directa con una obra o servicio público.

En la actualidad, el Texto Refundido de la Ley de Contratos define los contratos privados primero por exclusión, considerando tales los que no son administrativos (los restantes contratos celebrados por la Administración dice la Ley tras definir los contratos administrativos), y, en segundo, lugar, considera contratos privados, en particular, esto es, en todo caso, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables. Estos contratos patrimoniales de la Administración se rigen por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en todo caso. Los demás contratos privados de la Administración se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la legislación de contratos del Estado y, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

En los contratos privados de la Administración, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso– administrativo.

Recapitulando, la trascendencia práctica en nuestro ordenamiento de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados, radica en la diferente normativa que, según nuestro ordenamiento jurídico, es aplicable a cada una de estas dos categorías, con arreglo a los siguientes criterios:

- Todos los contratos que celebra la Administración, ya sean administrativos o privados, se rigen por las normas de Derecho público en las fases de preparación y adjudicación. Aunque los contratos privados que celebra la Administración son efectivamente contratos privados en cuanto a la regulación del fondo, el hecho de que uno de los sujetos contratantes sea la Administración conlleva ciertas especialidades en la fase pública anterior al acuerdo privado de voluntades, esto es, antes de su

perfeccionamiento. Así, todo contrato que celebre la administración debe ser efectuado por el órgano competente para ello y también deben respetarse otras normas, como las que se refieren a la dotación previa del gasto o al trato de los posibles contratantes en condiciones de máxima igualdad, esto es, a la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia.

- En cuanto a sus efectos y extinción, los contratos administrativos se rigen por las normas de Derecho público y los contratos privados por las normas de derecho privado

Esta dualidad de regímenes jurídicos se corresponde con una dualidad jurisdiccional, de tal forma que los contratos privados de la Administración son competencia de la jurisdicción civil y los contratos administrativos de la jurisdicción contencioso- administrativa. Además, hay que tener en cuenta que las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación del contrato, que se rigen en todo caso por normas de Derecho público, constituyen actos separables cuya impugnación debe plantearse siempre ante la jurisdicción contencioso- administrativa, cualquiera que sea la naturaleza del contrato al que acompañen.

4.- LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DE CONTRATOS CIVILES DEFORMADOS POR EL PRIVILEGIO DE DECISIÓN EJECUTORIA A UN RÉGIMEN SUSTANTIVO DIVERSO DEL CONTRATO CIVIL

Como ya se ha expuesto, en los Derechos francés y español se da una categoría de contratos, los contratos administrativos, que es desconocida en otros sistemas, como el alemán e italiano, lo que se debe a que en que en Francia primero y en España después siguiendo su ejemplo, se sustrajeron en el siglo XIX a la competencia de los tribunales civiles y se atribuyó a la jurisdicción contencioso- administrativa los contratos más frecuentemente celebrados por la Administración, esto es, los que tenían por finalidad obras o servicios públicos. Esta atribución a una jurisdicción especial de ciertos contratos de la Administración originó, según la tesis expuesta originariamente por el profesor Parada y hoy aceptada por la generalidad de la doctrina, primero un diferente régimen procesal y después, con el paso del tiempo, la producción dentro de la jurisdicción administrativa de reglas diversas para estos contratos de las que regían en los tribunales civiles para los contratos equivalentes entre los particulares. Así, según muestra la evolución histórica, las diferencias de los contratos administrativos respecto a los civiles son consecuencia originariamente del sistema contencioso- administrativo al que se sometieron estos contratos, proceso que, en cuanto revisor de actos ejecutorios (por el privilegio de autotutela de la Administración), implicaba la previa sumisión del contratista, en todos los conflictos que le oponían a la Administración, al privilegio de decisión ejecutoria, lo que le convertía en un eterno recurrente contra las decisiones de ésta. La Administración pasa así a decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del mismo, su prórroga y la concurrencia de motivos de extinción etc., de tal forma que se van consolidando una serie de prerrogativas o privilegios de la Administración en el contrato administrativo que son consecuencia de su privilegio general de decisión ejecutoria. Por ello, Parada afirma que el contrato administrativo surge como un *contrato civil deformado por el poder de decisión ejecutoria*.

Los poderes de la Administración en el contrato administrativo que surgieron históricamente de este modo, están recogidos por la legislación desde que la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963 estableció un régimen procesal y sustantivo en algunos casos exorbitante, y en todo caso distinto, del propio de los contratos civiles. Desde esta ley, además, se proclama que el contrato administrativo es una categoría independiente del contrato civil en cuanto sometida a un régimen jurídico diverso.

Este régimen jurídico singular de los contratos administrativos se explica y justifica por las peculiaridades derivadas de las características del giro o tráfico propio de la Administración, esto es, de la actuación específica de la Administración directamente encaminada a la consecución del interés público (como cuando realiza obras públicas o presta servicios públicos), y comprende, por un lado, una serie de privilegios de la Administración, que tienen como misión asegurar la primacía de los intereses generales. El contratista no se encuentra, sin embargo, inerte ante las prerrogativas de la Administración, sino que disfruta a su vez de una serie de garantías especiales, de naturaleza fundamentalmente económica, que reequilibran su posición frente

a la Administración.

5.- LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION DURANTE LA EJECUCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Los poderes y privilegios que se reconocieron a la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa, como consecuencia de la aplicación del privilegio de decisión ejecutoria, se han recogido ahora en la legislación de contratos. El Texto Refundido de la Ley de Contratos confiere así extraordinarios poderes a la Administración frente al contratista: dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.

El legislador español ha llevado tan lejos la afirmación de las prerrogativas de la Administración en el contrato que los derechos del contratista resultan menos garantizados que si los tuviera reconocidos en un acto administrativo unilateral. Así resulta, en especial, tras la reforma operada en la Ley 30/92 por la Ley 4/1999, que ha limitado la declaración de oficio por la Administración de la nulidad de los actos administrativos, de forma que, salvo para el caso de los actos nulos de pleno derecho, la Administración debe acudir a los tribunales, mediante el proceso de lesividad, para que sean éstos los que declaren la nulidad de los actos administrativos declarativos de derechos, mientras que en el caso de los contratos, puede modificar las prestaciones del contrato o resolverlo en perjuicio del contratista sin necesidad de acudir a los tribunales.

Dentro de las prerrogativas de la Administración en el contrato administrativo podemos distinguir dos tipos:

- prerrogativas de carácter procesal, que expresan únicamente una posición de privilegio procesal de la Administración derivada de su autotutela. De este tipo son los poderes de dirección y control, de interpretación, y el de anulación. El ejercicio de estos poderes, ejercidos por la Administración bajo la posterior revisión jurisdiccional, está al servicio del cumplimiento de lo acordado por las partes y de las normas sustantivas de contratación, y debe acomodarse a estas normas de la contratación, que son por lo general las mismas que rigen la contratación entre los particulares.
- Prerrogativas con pretensiones sustanciales, porque expresan no sólo una posición de privilegio procesal de la Administración sino también la aplicación de unas reglas de fondo, sustantivas, distintas de las que rigen los contratos entre particulares. En este sentido pueden señalarse los poderes de modificación, sanción y la resolución del contrato por razones de poder público.

Vamos ahora a exponer todas estas prerrogativas que la Administración ostenta respecto de los contratos administrativos.

1.- El **poder de dirección y control**. Consiste en la posibilidad que tiene la Administración de dar órdenes e instrucciones al contratista, órdenes ejecutorias que el empresario ha de cumplir bajo amenaza de las sanciones previstas en el contrato o en los pliegos de condiciones. Con esta prerrogativa se trata de dirigir al contratista hacia la correcta ejecución de la obra o la idónea prestación del servicio público.

2.- La potestad de **interpretación unilateral** de los contratos por la Administración antes de que, en su caso, el juez los interprete en un eventual proceso posterior. Las resoluciones interpretativas de la Administración vinculan ejecutoriamente al contratista desde el momento en que son emitidas, debiendo ser precedidas del informe de la Asesoría Jurídica o del Consejo de Estado. Esta potestad interpretativa no puede, lógicamente, ser caprichosa o parcial, sino que deberá adecuarse a las normas de interpretación de los contratos que establece el Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre lo reconoce de esta manera, y así, invierte en ocasiones a favor de la Administración la regla de que la parte que ha redactado una cláusula no

puede beneficiarse de la oscuridad de la misma, argumentando para ello que las cláusulas contractuales están redactadas unilateralmente por la Administración y, por ello, debe partirse de la presunción de que es ella quien mejor conoce su sentido.

3.- El **poder de anulación** supone que cuando el contrato ha sido indebidamente celebrado, la Administración podrá resolver el mismo. La declaración de nulidad de los contratos podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, previo informe favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, conforme a los requisitos y plazos establecidos en la Ley 30/92 (modificada en esta materia por la Ley 4/99). La declaración de nulidad, cuando sea firme, llevará consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo, y, si esto no fuera posible, se devolverá su valor. Además, la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido.

4.- El **ius variandi** o poder de modificación unilateral por la Administración del objeto del contrato supone, además del privilegio procesal de establecer unilateralmente la modificación, un poder sustantivo sobre el fondo de la relación contractual que llega al extremo de imponer al contratista, frente a la regla de la inalterabilidad de los contratos por la sola voluntad de una de las partes, determinadas variaciones en las prestaciones debidas. Este poder modificadorio se justifica en las superiores exigencias de los intereses generales que representa la Administración, ante los cuales deben ceder los intereses del contratista, que aparece en el contrato administrativo como un colaborador de la Administración en el logro de esos intereses generales. Este poder de modificación lo reconoce expresamente la Ley con carácter general para todo tipo de contratos administrativos, estableciendo que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Para llevar a cabo la modificación, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en casos de sustancial importancia (cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio original del contrato y éste sea superior a mil millones de pesetas).

5.- El **poder de suspensión** del contrato es una variante del poder de modificación, pues se trata de una modificación que afecta al plazo de ejecución del contrato. La Ley permite que la Administración suspenda el contrato, aunque sujeta este poder a dos condiciones: una formal, que se levante Acta en que se consignen las circunstancias que han motivado la suspensión y la situación de hecho en la ejecución del contrato, y una material, que se indemnice al contratista de los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido a consecuencia de la suspensión.

6.- Se reconoce por último a la Administración un **poder de sanción** con carácter general para los casos de incumplimiento de los plazos por el contratista. Más que de sanciones strictu sensu, se trata de multas coercitivas que puede imponer la Administración al contratista para obligarle a cumplir en plazo, en aquellos contratos que implican la entrega de prestaciones identificables en el tiempo. Las sanciones previstas van, desde las 500 pts. diarias para los contratos de hasta 500.000 pts., hasta 10.000 pts. diarias para los contratos de mil millones de pts en adelante. A diferencia de lo que ocurre en el régimen civil de las cláusulas penales, la constitución en mora del contratista no precisará la intimación previa de la Administración. Este poder de sanción se configura como una alternativa al poder de resolución, pues, de acuerdo con la Ley, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto del cumplimiento de los plazos establecidos, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades previstas.

6.- CUMPLIMIENTO Y RESOLUCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La Ley de Contratos del Estado regula la extinción del contrato administrativo, distinguiendo entre la

extinción por cumplimiento y la extinción por resolución del contrato.

El **cumplimiento** del contrato tiene lugar cuando el contratista haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. De esta forma, se rechaza el cumplimiento parcial que, no obstante, de haberse producido tendrá las debidas consecuencias en cuanto a la exigencia por equivalente, es decir, la indemnización de los daños y perjuicios causados por el contratista cumplidor.

En los contratos administrativos deberá fijarse un plazo de garantía, a contar desde la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

La Administración ostenta además, como una de sus prerrogativas en el contrato administrativo, un **poder de resolución** que puede actuar de forma directa, sin recurso al juez y sin más formalidad que un informe preceptivo, pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando se formule oposición por el contratista, además del previo informe del servicio jurídico correspondiente.

La actual Legislación de Contratos, a diferencia de la anterior, no se refiere al interés público como concepto justificativo general de la resolución, aunque obviamente hay que darlo por entendido, pero sí detalla las distintas causas concretas que pueden determinar la resolución. En estas causas, podemos distinguir:

- aquellas que justificarían la resolución en un contrato civil, como el mutuo acuerdo o el incumplimiento de las obligaciones esenciales o las que se establezcan expresamente en el contrato.
- Otras que revelan y refuerzan la concepción personalísima de los contratos administrativos, como la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, o bien la declaración de quiebra, suspensión de pagos o de concurso de acreedores.
- Otras que manifiestan el carácter formal del contrato administrativo, como la no constitución de garantía y la no formalización del contrato en plazo.
- Y otras, por último, que revelan la rigidez y mayor exigencia de fondo, como la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

De estas causas de resolución, sólo dan lugar a la resolución del contrato de forma imperativa la falta de constitución de la garantía y la declaración de quiebra o concurso de acreedores. En los demás casos, la resolución del contrato es potestativa, y así, en el supuesto de muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, la Administración podrá acordar la continuidad del contrato con sus herederos o sucesores.

Frente a todas estas causas de resolución en que puede incurrir el contratista, la Ley sólo le reconoce a éste el derecho de pedir a la Administración la resolución, que no puede acordarla él mismo, en el caso de falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses.

7.- EL DERECHO DEL CONTRATISTA AL EQUILIBRIO ECONOMICO ALTERADO POR DECISIONES DE LA ADMINISTRACION. *IUS VARIANDI Y FACTUM PRINCIPIS*

Los extraordinarios poderes que la Administración ostenta en el contrato sobre el fondo y la forma, y que proyectan sobre la relación contractual administrativa una profunda desigualdad entre las partes, tienen una importante contrapartida en el derecho del contratista al equilibrio económico del contrato, que se concreta en tantas acciones de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios cuantas hayan sido las agresiones sufridas en sus derechos contractuales provenientes de la Administración o de otras causas y circunstancias. Como dice expresivamente el profesor Parada, es como si todas las reglas de la contratación administrativa,

como los diez mandamientos, se resumieran en dos, que son en este caso que la Administración hace y deshace, compone, modula y arregla a su criterio las prestaciones debidas por el contratista e incluso lo resuelve, y, de otra, que el contratista tiene derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual.

La compensación económica puede producirse **como compensación por el ejercicio del *ius variandi***, derecho reconocido expresamente por la Ley para el contrato de gestión de servicios públicos, al establecerse que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Respecto al contrato de suministros y al de obras, falta un precepto similar, aunque es obvio que las modificaciones, tanto cuantitativas como cualitativas, tendrán la consiguiente repercusión en el presupuesto y precio del contrato. Para la jurisprudencia, la compensación económica por el ejercicio del *ius variandi* debe alcanzar tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Se encuadran también en el derecho del contratista al equilibrio económico las **indemnizaciones de daños y perjuicios a terceros de cuenta de la Administración**, cuando hayan sido ocasionados como consecuencia directa de una orden suya, así como las que se deriven de los vicios del proyecto elaborado por la Administración.

Asimismo garantiza el equilibrio económico del contrato el derecho del contratista a las **compensaciones dinerarias por mora de la Administración**, consistentes en el derecho a percibir el interés legal del precio del contrato, incrementado en 1.5 puntos, por las cantidades adeudadas por la Administración cuando esta incumple su deber de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

Por último, con la expresión ***factum principis*** o hecho del Príncipe se alude a las medidas administrativas generales o de otros Poderes Públicos, como el legislativo, que aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten en él haciéndolo más gravoso para el contratista sin culpa de éste (por ejemplo, una ley o reglamento que incrementa los requisitos que deben cumplir determinadas obras públicas). Esto da lugar a una compensación al contratista, pues aunque no está expresamente reconocida en nuestra legislación, la jurisprudencia tiende a considerarla como una de las especies de la indemnización por los riesgos imprevisibles. Se trataría en este caso del riesgo imprevisible originado por una medida de los poderes públicos adoptada al margen del contrato y que supone una repercusión indirecta en el ámbito de la relación contractual.

8.- LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA.

Más aún que en los supuestos en los que la compensación económica del contratista se deriva de hechos imputables directa o indirectamente a la Administración contratante o al Estado, el reconocimiento integral de la llamada garantía patrimonial del contratista, esto es, el derecho al equilibrio económico, se asegura con **la superación del principio de riesgo y ventura**. Según esta regla de derecho privado, cada contratante soporta el *aleas* del contrato, esto es, la imputación tanto de mayores ganancias sobre las previstas cuanto de las pérdidas en el negocio por muy graves que fueren y por cualquier causa.

También en principio parece que debiera ser así para la contratación administrativa, dado que la Ley se ha apresurado a afirmar la vigencia de este principio, pero esta afirmación no es exacta del todo pues existen las siguientes excepciones:

- En el contrato de obras, constituye una excepción a este principio el reconocimiento al contratista del derecho a ser indemnizado por pérdidas de materiales y jornales en determinados casos de **fuerza mayor**.

La Ley recoge esta excepción favorable al empresario del principio de riesgo y ventura enumerando los supuestos que se consideran de fuerza mayor, como son: los incendios ocasionados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, tales como terremotos, maremotos o erupciones volcánicas, y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. En estos supuestos y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

- En los contratos de obras, en los de suministros y en los de consultoría y asistencia, constituye una excepción al principio de riesgo y ventura el derecho del contratista a **la revisión de precios**, para adecuar el precio del contrato al alza del precio de los materiales o de la mano de obra. El derecho a esta actualización de los precios surge para evitar los perjuicios que a la Administración, y por ende a los intereses públicos, ocasionaba el abandono masivo por los contratistas de las obras ante el alza de los precios de materiales y jornales, y la consiguiente necesidad de contratar de nuevo las obras a los precios de mercado. La Ley de Contratos reconoce este derecho cuando el contrato se haya ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación, pero la fórmula o sistema de revisión aplicable se remite a lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el cual podrá establecerse también, en resolución motivada, la improcedencia de la revisión de precios.
- En el contrato de gestión de servicios públicos, la excepción al principio de riesgo y ventura se manifiesta en el derecho del concesionario a ser indemnizado por **los riesgos imprevisibles** que afectan a los presupuestos económicos sobre los que se había celebrado el contrato, no sólo derivados de situaciones económicas extraordinarias de crisis sino incluso de los procesos inflacionarios tan normales en la economía moderna. Este derecho aparece reconocido en la Ley de Contratos del Estado cuando afirma que la Administración podrá modificar por razones de interés público (...) las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Como señala el profesor Parada, a pesar de que la Ley parece configurar esta modificación de tarifas como una potestad discrecional de la Administración, la revisión de las tarifas para restablecer el equilibrio financiero del contrato ha de considerarse como una facultad reglada y, por tanto, como un derecho del concesionario, en cuanto el interés general y el propio del servicio postula la continuidad del concesionario y no su ruina y la resolución de un contrato que abocaría a la celebración de otro nuevo con las tarifas asimismo actualizadas.

9.- LA NOVACIÓN SUBJETIVA Y LA SUBCONTRATACIÓN

El principio de la regulación civil de los contratos en virtud del cual las obligaciones asumidas en los contratos pueden modificarse por voluntad conforme de las partes (lo que se llama novación), variando su objeto o condiciones principales, sustituyendo la persona del deudor o subrogando a un tercero en los derechos del acreedor (art.1203), resulta en principio aplicable a los contratos administrativos, salvo que a la novación pactada se opongan reglas imperativas contrarias de la ley de Contratos de las Administraciones públicas o que ésta ofrezca una regulación complementaria, como veremos a continuación.

• Sustitución del contratista y subcontratación.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos admite la **novación subjetiva** por cambio de contratista mediante la cesión por éste a un tercer de la totalidad de los derechos y obligaciones, produciendo una subrogación total, salvo que las cualidades técnicas o personales del cedente hayan sido la razón determinante de la cesión. En todo caso, la cesión del contrato exige la autorización de la Administración.

Distintos de la novación subjetiva son los supuestos de **subcontratación**, en los que no hay acuerdo de las partes para la modificación subjetiva del contrato, sino la utilización instrumental por el contratista de los servicios de un tercero para la realización de una parte de la prestación a que está obligado. El subcontratista queda en este caso obligado únicamente ante el contratista principal, que asumirá por tanto la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración. La subcontratación está en principio permitida, pero para impedir que a través de la misma se produzca una novación subjetiva, es decir, un

cambio de contratista, se sujeta a determinadas condiciones:

- que se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista
- que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no superen el 50 por 100 del presupuesto del contrato.

- **Cesión de los derechos de cobro.**

El Texto Refundido de la Ley de Contratos faculta a los contratistas que ostenten un derecho de cobro frente a la Administración a ceder el mismo conforme a Derecho, en contra de la vieja tradición de la legislación administrativa de limitar la legitimación para el cobro de certificaciones de obra al contratista o a persona legalmente por él. Esta cesión de los derechos de cobro hay que entenderla, como ha señalado la doctrina mercantil, como un simple supuesto de cesión de créditos que habrá de regirse –salvo las especialidades que puedan resultar de la propia LC de las Administraciones Públicas, por la disciplina general que de esta figura ofrecen el Código Civil y el Código de Comercio.

Para que la cesión de derechos tenga efectividad frente a la Administración es requisito imprescindible notificar a ésta de forma fehaciente el acuerdo de cesión, lo que produce el efecto de que el mandamiento de pago debe ser entonces expedido a nombre del cesionario.

En cuanto al problema de las excepciones que puede hacer valer la Administración frente al cesionario de los derechos de cobro, la doctrina entiende que ha de resolverse partiendo de la caracterización de esta cesión como un simple supuesto de cesión de créditos. De acuerdo con el régimen propio de la cesión de créditos, hay que entender que al cesionario puede oponerle la Administración todas las excepciones que se deriven del acto o contrato del que proviene el crédito, incluso cuando las mismas surjan o sean conocidas con posterioridad a la cesión. Hay que entender, por tanto, que la Administración podrá negar legítimamente el pago al cesionario, oponiendo la excepción *non adimpleti contractus*, cuando el contratista haya incumplido o cumplido defectuosamente sus obligaciones.

TEMA XX. LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

1. LAS CLASES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La sistematización de las normas administrativas se puede realizar atendiendo a la materia sobre la que recae o la finalidad a que tiende la norma (orden público, asuntos exteriores, comercio, agricultura, sanidad, educación etc.). Se trata de un buen criterio de orden para clasificar las normas administrativas, cuyo número es tan cuantioso. Pero es preciso disponer también de otros criterios que permitan sistematizar, dentro de cada sector o materia, la actuación administrativa y las normas que la rigen. En este sentido, es fundamental el criterio del efecto que la actividad administrativa causa en la libertad de acción y los derechos de los particulares, distinguiéndose entre:

- **Actividad de limitación o de policía:** restringe la libertad, los derechos o la actividad de los particulares.
- **Actividad de fomento o incentivadora:** Estimula mediante premios o apoyos el ejercicio de la actividad de los particulares para que oriente ésta al cumplimiento de fines de interés general.
- **Actividad de prestación o de servicio público:** La administración suministra mediante sus propias organizaciones determinadas prestaciones a los particulares (sanidad, educación, transporte etc.)

A esta clasificación tripartita se adecuan normas clásicas en el Derecho español (como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 1955), y Parada la considera como la más adecuada para dar cuenta

de la actividad administrativa y del contenido del régimen jurídico de cada legislación sectorial o especial, aunque considera que existen dos tipos de actividades administrativas impropias o cuasi- judiciales que no encajan en esas tres categorías y merecen un tratamiento diferenciado:

- **Actividad sancionadora:** es distinta de la actividad de limitación, puesto que no se limitan derechos de los particulares, pues toda actividad sancionatoria presupone teóricamente una infracción o conducta antijurídica del destinatario de la sanción, lo que impide decir que se está limitando su derecho (no hay limitación jurídica donde hay conducta contraria a Derecho). La actividad sancionadora tiene naturaleza garantizadora de cualquier otro tipo de actividad administrativa y tiene un carácter cuasi- judicial de la misma naturaleza que la represiva penal, y que sólo por razones históricas y circunstanciales se ha atribuido a la Administración.
- **Actividad arbitral:** por la que la administración media, decide o arbitra entre pretensiones contrarias de los particulares. También tiene naturaleza cuasi- judicial, porque la Administración actúa en alguna forma como juez civil y el acto administrativo cumple funciones similares a la sentencia..

Estas formas de actividad administrativa operan en todos los campos de intervención de la Administración, aunque pueden estar presentes en distinta medida (así, p.ej., en el orden público actúan fundamentalmente las formas de limitación y de sanción pero no tanto las de fomento). También es posible alcanzar un mismo fin público con diversas formas de intervención, que se pueden combinar y sustituir unas por otras, en lo que se ha llamado *principio de intercambiabilidad de las técnicas de intervención administrativa*. El Estado, por ejemplo, para conseguir un grado digno de asistencia sanitaria puede fomentar con subvenciones los hospitales privados o crear sus propios servicios públicos hospitalarios (actividad de prestación o servicio público).

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OTRAS CONDICIONES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

a) El principio de legalidad

La vinculación de toda la actividad administrativa a la legalidad se expresa en el art. 103 CE, conforme al cual la administración debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, lo que supone el sometimiento al ordenamiento jurídico o bloque de la legalidad, que comprende tanto las leyes como los reglamentos.

En la actualidad, en la línea de las nuevas tendencias democráticas unidas siempre a la prevalencia del Parlamento sobre el Ejecutivo, se impone la tesis de la vinculación positiva de la Administración a la ley como requisito esencial para toda actividad que comporte limitación de las libertades y derechos de los ciudadanos, tal y como lo exige el art. 53 de nuestra Constitución en relación a los derechos fundamentales y las libertades públicas en ella garantizadas: *sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*. La vinculación positiva no se impone en cambio con tanto rigor cuando la actividad administrativa va en la línea de ampliar los derechos y esfera de actuación de los particulares.

En cuanto a la vinculación de la actividad administrativa al reglamento, hay que entender que si la ley junto al reglamento, entendidos como bloque de la legalidad, constituyen el presupuesto de la actividad administrativa, será necesaria la existencia de al menos una norma reglamentaria en aquellos supuestos en que no se exige una ley previa, de tal forma que así como no hay actuación material lícita de la Administración sin acto previo, tampoco hay acto lícito sin una norma previa legal o administrativa.

b) El principio de igualdad

Esta fundamentado en el art. 14 CE y encuentra una aplicación directa en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL), que, respecto a la actividad de limitación, sujeta al principio de igualdad ante

la ley toda intervención sobre la libertad y propiedad y, respecto al de servicio público, establece que todos los administrados tienen derecho a las mismas prestaciones en igualdad de condiciones.

c) La proporcionalidad

La proporcionalidad entre la actividad administrativa y el fin público a que debe responder, supone que los medios empleados se correspondan con los resultados, sin que éstos sobrepasen las necesidades públicas. Este principio tiene en la actualidad un gran desarrollo en materia sancionadora.

d) Principio de buena fe

Este principio rige las relaciones entre la Admon y los administrados del mismo modo que rige las relaciones entre los particulares. La administración viola la buena fe cuando falta a la confianza que ha despertado en el administrado precediendo en contra de sus propios actos. Este principio puede ser invocado por el administrado cuando tenga un motivo serio para creer en la validez del acto al que ha ajustado su conducta y haya sido inducido, en perjuicio de sus intereses, a tomar medidas que no pueda dejar sin efecto.

e) El interés público.

Sirve de justificación a toda actividad administrativa. El interés público es un interés común que, aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, si favorece al menos a una parte importante de sus miembros. La invocación al interés público tiene ciertas limitaciones, y así, p.ej., en base a él la Admon no puede proceder a reglamentar la vida privada o a utilizar los medios fiscales con infracción del principio de igualdad.

3. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LIMITACIÓN

Concepto: es aquella forma de intervención mediante la cual la Admon restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de éstos. También es llamada actividad de policía, si bien este término puede inducir a confusión por sus múltiples significados.

Sólo puede decirse que hay actividad administrativa de limitación cuando la incidencia negativa de ésta sobre la libertad de los particulares sea consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa mediante un acto administrativo, no cuando la limitación es efecto directo de una ley, en cuyo caso estamos ante una limitación legal (como ocurre en el caso de determinadas nacionalizaciones o en algunas imposiciones generalizadas de deberes, como los deberes fiscales).

Como ya se ha señalado, no son medidas de limitación la coacción y la sanción, que operan en el ámbito del Derecho garantizador, pues con ellas no se limitan las libertad y derechos de los particulares en cuanto su empleo presupone una situación ilegítima de éstos y de lo que se trata es de restablecer el orden jurídico perturbado (no hay un derecho a conducir temerariamente p.ej., o a faltar el funcionario al trabajo, que motivarían la imposición de una sanción administrativa o disciplinaria).

4. LOS GRADOS DE LIMITACIÓN EN LA LIBERTAD Y DERECHOS DE LOS PARTICULARES

La actividad de limitación responde a una escala o progresión, según la intensidad de la medida interventora:

En el grado menor: La administración puede exigir a los administrados la comunicación de determinados comportamientos o actividades, bien mediante la remisión de la información, bien mediante la inscripción en un registro público. También se incluye aquí la obligación de ciertas actividades de soportar inspecciones administrativas frecuentes (inspección laboral, sanitaria, tributaria etc.).

En un segundo grado: Sometimiento del ejercicio de un derecho a una autorización administrativa,

constatación reglada por la Administración de que se dan las condiciones requeridas para ello (p.ej: permiso de conducir o licencia de construcción)

Tercer grado: Prohibición formal de hacer o imposición de una determinada conducta positiva (p.ej.: orden de cierre de establecimientos por razones de orden público; en cuanto a la imposición de una determinada conducta, p.ej., la Administración puede requisar los servicios de determinados profesionales en caso de epidemia).

Una forma intensa de limitar derechos es su sacrificio o privación en favor de un interés público mediante una indemnización, actividad que se ha plasmado en una institución de gran arraigo, la expropiación forzosa, que se estudia separadamente por el desarrollo que ha alcanzado y por la importante significación del derecho de propiedad.

5. LAS TÉCNICAS DE LA ACTIVIDAD DE LIMITACIÓN. LA REGLAMENTACIÓN

La primera forma de intervención administrativa limitadora es la que tiene lugar a través de los reglamentos, mediante los cuales la administración del Estado o de las CCAA, desarrollando mandatos legales, imponen determinadas limitaciones o deberes a la actividad de los administrados. El estudio de la intervención administrativa a través de la potestad reglamentaria suele remitirse, sin embargo, a la teoría de las fuentes del Derecho administrativo, porque los reglamentos se ven más como un producto normativo que como una técnica de intervención.

Mediante la reglamentación, la Administración puede imponer, con la cobertura legal necesaria, directamente limitaciones o deberes a los administrados, con amenaza o no de sanción por su incumplimiento, o bien regular las demás formas de actividad de intervención a través de la sujeción a autorización de terminadas actividades o ejercicio de derechos, o de la previsión de órdenes (mandatos o prohibiciones) para casos concretos. Como intervención reglamentaria deben calificarse asimismo los supuestos en que la administración dirige la actividad de los administrados por medio de *directivas*, muy frecuentes en el intervencionismo económico, y que han de calificarse como reglamentos tanto porque se trata sustancialmente de órdenes (mandatos o prohibiciones) de cumplimiento directo, como por la necesidad de sujetar su dictado a las garantías establecidas en el procedimiento de elaboración de los reglamentos y hacer posible su pleno control jurisdiccional.

Un caso límite de actividad de limitación reglamentaria lo constituye la configuración por la Administración del contenido normal de los derechos privados, como es el caso de la intervención administrativa sobre el *ius aedificandi* mediante los planes de urbanismo, que delimitan las facultades del derecho de propiedad.

6. LA AUTORIZACIÓN

a) El concepto de autorización.

La autorización es la técnica reina del control preventivo, en cuanto implica condicionar el ejercicio de un derecho a una previa actividad administrativa. Mediante la autorización, la Admon hace posible el ejercicio de un derecho o facultad que ya pertenece al administrado pero que se haya prohibida preventivamente por una norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad no ha de producir en el caso concreto perturbación alguna sobre los intereses públicos protegidos. La autorización se configura así como un acto simplemente declarativo, frente a la concesión, que otorga derechos enriqueciendo el patrimonio del concesionario. Con ella se trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias (en la licencia de construcción, p.ej., la adecuación del proyecto a los planes de urbanismo, en el permiso de conducir, que se reúnen los conocimientos y aptitudes suficientes para ello, etc.), por lo que resultando ello claro en uno u otro sentido, parece que no debe reconocerse ningún margen de discrecionalidad en su otorgamiento o denegación. No

puede hablarse, en definitiva, a juicio de Parada, de licencias discrecionales.

B) Diferencia con la concesión

En la concesión, a diferencia de la autorización, no existe teóricamente un derecho preexistente del particular, sino que éste nace justamente del acto concesional. En la práctica tal distinción resulta en ocasiones difícil de establecer, porque el legislador utiliza los términos autorización o concesión en supuestos que no responden a las características de estas técnicas de limitación. Parada postula en este sentido que el concepto de autorización se limite a los supuestos en que no hay limitación del número de los beneficiarios del derecho o actividad ejercitada, ni discrecionalidad en su otorgamiento (como ocurre, p.ej., en las licencias de conducir, de caza o en las licencias de construcción), y que se remitan al concepto de concesión los supuestos en los que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas.

C) Las autorizaciones de efecto continuado.

Algunos autores hablan de autorizaciones de efecto continuado para referirse a supuestos en los que se crea entre la Administración y el autorizado una relación jurídica continua en la que éste queda sujeto a una serie de controles análogos a los que en la relación concesional permiten al concedente vigilar y dirigir la actividad del concesionario (así, p.ej., en las autorizaciones que operan sobre actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas). A juicio de Parada, sin embargo, en estos casos en que se establece sobre una autorización una relación duradera y legitimante de nuevas formas de intervención, o bien se está haciendo pasar por autorizaciones supuestos de concesión, o bien se está confundiendo el acto de autorización con otras actividades administrativas de limitación posteriores sobre la actividad autorizada (mandatos, órdenes, prohibiciones etc.), que constituyen actos administrativos independientes del de la autorización inicial, aunque la presupongan, y que encuentran su legitimación en otras potestades que la ley y la reglamentación reconocen a la Administración sobre la actividad autorizada.

d) Condicionamiento, transmisión y extinción de las autorizaciones.

Desde la concepción de la autorización como un acto reglado que sostiene Parada, no es posible aceptar que la Administración pueda introducir **determinaciones accesorias** (condición, término y modo), que modulen los efectos del ejercicio de derecho o actividad autorizada, lo que sí es factible, en principio, en las concesiones.

Respecto a la **transmisibilidad**, en las autorizaciones otorgadas en intuitu personae no es posible su transmisión (p.ej., licencia de conducción o de armas). En cambio, si la licencia se otorga en razón a una actividad sobre determinados objetos, cuando éstos se transmiten se transmite con ellos la autorización (así sucede, p.ej., en las licencias de construcción).

En cuanto a su **extinción**, quedan sin efecto por la ejecución de la actividad autorizada (obra por ejemplo), por el transcurso del plazo por el que fueron otorgadas, si se trata de licencias referentes a actividades personales, y por su revocación o anulación.

e) El procedimiento autorizatorio

El procedimiento general aplicable en el ámbito de la Administración General del Estado está regulado en la Ley 30/92 y en el Reglamento de desarrollo de la misma sobre procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (aprobado por RD 1178/1994, de 5 de agosto).

La estructura del procedimiento consta de tres fases: la solicitud de autorización, la aportación de documentos, y la resolución, que debe ser siempre motivada a fin de reforzar, como dice el Preámbulo del Reglamento, los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa.

El plazo de resolución es de tres meses, entendiéndose estimadas las solicitudes si hubiere transcurrido este plazo sin resolver, aunque se entienden desestimadas las peticiones referidas a las autorizaciones que se recogen en un Anexo del Reglamento, que contiene un repertorio tan amplio de materias que lleva a Parada a calificar de falsa e hipócrita la regla general. Como vacía de contenido puede también calificarse la regulación de la terminación convencional del procedimiento, en cuanto se admite únicamente cuando las normas reguladoras de la autorización así lo prevean.

7. ORDENES, MANDATOS Y PROHIBICIONES

Las órdenes son actos por los que la administración sobre la base de una potestad de supremacía, hace surgir a cargo de un sujeto un deber de conducta positivo (mandato) o negativo (prohibición), cuya inobservancia expone al obligado a una sanción en caso de desobediencia.

Las órdenes positivas o negativas pueden venir establecidas en un reglamento administrativo de forma general para los que se hallen en determinados supuestos, o bien requerirse para su efectividad que la administración dicte un acto administrativo con dicho contenido.

Por otro lado, las órdenes, que siempre han de justificarse en una norma legal, pueden estar legitimadas por una potestad de supremacía general que afecta a todos los ciudadanos o configurarse dentro de una relación de supremacía especial (concesionarios de la administración p.ej.), o de una relación jerárquica (funcionarios, militares). Por lo que respecta a las relaciones de supremacía general, pueden señalarse como ejemplos las órdenes contempladas en la legislación de protección de la seguridad ciudadana (como la disolución de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos que alteren gravemente la seguridad ciudadana), las contenidas en la legislación sanitaria (como los mandatos de las autoridades sanitarias imponiendo medidas de desinfección o vacunas obligatorias a la población como medidas preventivas), o en la legislación de protección civil (que permite a las autoridades dirigir mediante órdenes las conductas de los ciudadanos y medios de comunicación social en las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública).

El efecto de la orden debidamente notificada o comunicada consiste en la obligación ejecutoria de conducirse a la manera exigida por la misma. Las órdenes cuentan con un amplio sistema garantizador. En las relaciones de supremacía especial puede existir un sistema disciplinario singular, con una jurisdicción incluso al servicio de su peculiar disciplina, como ocurre en el ámbito militar. En las relaciones de supremacía general, la obediencia a las órdenes se garantiza tanto con sanciones penales como administrativas, aunque en la actualidad son éstas últimas las que reprimen con mayor eficacia el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones de la Admon.

8. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE FOMENTO

Por actividad de fomento se entiende aquella modalidad de intervención administrativa consistente en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos.

La técnica de incentivar actividades privadas es conocida desde siempre pero es en el despotismo ilustrado del siglo XVIII donde de forma más consciente se emplean técnicas incentivadoras económicas y honoríficas.

La política económica del s. XIX sitúa la acción de fomento en el centro del intervencionismo administrativo, bautizándose el Ministerio que se ocupa de asuntos económicos con el nombre de Ministerio de Fomento. Los estímulos económicos cobran en este siglo decisiva importancia para la realización de las obras públicas por los particulares, aunque los revolucionarios de 1868 se opusieron radicalmente a las subvenciones públicas a las actividades privadas, por considerarlas fuente inagotable de inmoralidad debido a los abusos a que esta técnica se prestaba.

En este siglo, las ayudas públicas a la iniciativa privada en todos los sectores económicos se racionalizaran

después de la Ley de 2 de diciembre de 1963 sobre Industrias de Interés Preferente, y resultan fundamentales en los planes de desarrollo económico y social de los años sesenta, (a través de técnicas para la incentivación de empresas como los polos de desarrollo, zonas de preferente localización, polígonos industriales etc., que se han prolongado hasta nuestros días).

En la actualidad no hay duda sobre la legitimidad de esta forma de intervención, pues la propia CE de 1978 alude en numerosos preceptos a la actividad administrativa de fomento. Puede destacarse en este sentido, que la CE establece expresamente el deber de los poderes públicos de fomentar *la educación sanitaria, educación física y el deporte* (art.43.3), las organizaciones de consumidores (art. 51.2), y las sociedades cooperativas (129.2).

9. LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS

En la actualidad, los incentivos económicos son uno de los procedimientos más eficaces de promoción de la iniciativa económica privada y el cauce a través del cual los poderes públicos orientan y corrigen el sistema de mercado en una determinada dirección.

En cuanto a las clases de incentivos económicos, la doctrina distingue en primer lugar entre aquellos que *no significan para la administración un desembolso inmediato* (exenciones y desgravaciones fiscales) y aquellos que *comportan una efectiva salida de dinero público en favor de un particular o de una administración pública*, como son los anticipos (préstamos reintegrables con bajo interés o sin él), premios o primas (otorgados en función de circunstancias objetivas en relación con determinadas cosas o actividades), subsidios en función de circunstancias personales (número de hijos etc.), y seguros de beneficios industriales (que garantizan un interés mínimo determinado a sus beneficiarios por el ejercicio de una determinada actividad que se quiere promover).

Los estímulos económicos pueden también clasificarse, atendiendo a la condición del beneficiario y a su finalidad en:

- *Económicos*: concedidos a particulares y que tratan de influir en la coyuntura económica (p.ej., congelación de precios).
- *Públicos*: concedidos a personas o entidades que tienen encomendadas funciones de servicio públicos, como es el caso de los concesionarios de un servicio público.
- *Administrativos*: concedidos por una Administración superior a otra inferior.

Desde el punto de vista temporal, las ayudas económicas pueden ser:

- *Previas*: concedidas antes de cumplimiento de la actividad que se pretende incentivar (anticipos, becas etc.).
- *Posteriores*: concedidas una vez desarrollada la actividad.

Parada considera también como **estímulos económicos en especie** los sistemas concesionales establecidos en nuestro derecho para la explotación de los bienes de dominio público afectados al fomento de la riqueza nacional, como son las aguas y las minas, pues su régimen jurídico aparece dirigido a fomentar un adecuado aprovechamiento de los mismos por los particulares.

Debe destacarse, por último, la incidencia del principio de legalidad en la actividad de fomento por medio de estímulos económicos. En virtud del principio de legalidad presupuestaria (que recoge la Ley General Presupuestaria), son nulos los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que otorguen un beneficio económico y supongan por tanto un compromiso económico para la Administración sin cobertura presupuestaria, aunque el beneficiario de buena fe dispondrá de una acción de responsabilidad, contractual o extracontractual, para exigir a la Administración el resarcimiento de los daños

producidos.

10. LA SUBVENCIÓN. CONCEPTO Y NATURALEZA

La legislación española mantiene, a diferencia de la doctrina, un concepto muy amplio y general de subvención. Puede destacarse, en este sentido, la concepción de la Ley General Presupuestaria, que bajo el término "ayudas y subvenciones públicas" comprende las siguientes modalidades de ayuda económica:

- Toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades, públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.
- Cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos autónomos, así como las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea.

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, la relación jurídica que se crea con el otorgamiento de la subvención se califica como jurídico-administrativa, siendo competente la jurisdicción administrativa para conocer los conflictos que en base a la misma se originen.

El **acto de otorgamiento** de la subvención es un acto *reglado*, no discrecional, pues así se deduce de las diversas regulaciones singulares que incorporan elementos reglados y de la posibilidad asimismo de aplicar otros elementos de reducción de la discrecionalidad no previstos en la normativa reguladora, como pueden ser los principios de igualdad, proporcionalidad, eficiencia y economía en el gasto público. Debido a este carácter reglado, resulta impugnabile el acto de denegación, así como el de otorgamiento por parte de terceros aspirantes que se consideren con mejor derecho a la subvención ya otorgada.

La discrecionalidad de la concesión de subvenciones se va reduciendo también por la creciente **procedimentalización** en su otorgamiento. La LGP. declara en este sentido aplicables para la concesión de subvenciones *los principios de publicidad, concurrencia y objetividad*. Tiende en consecuencia a sustituirse el sistema de auxilios *rogados* (el particular toma la iniciativa de solicitar el beneficio), por el de auxilios *concurridos*, en que la administración toma la iniciativa anunciando, con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, su disposición a conceder beneficios a los administrados que, con arreglo a determinados baremos, resultaren de mejor condición.

Existen además otros dos límites que condicionan la actividad administrativa de fomento.

- La necesidad de previa **consignación presupuestaria**, siendo en principio nulos los actos administrativos que otorguen subvenciones sin dicha cobertura.
- El **principio de riesgo compartido** que supone que la subvención no libera al beneficiario de todo riesgo o aportación a la actividad subvencionada (la subvención no es pura donación). Por ello, se establece que en ningún caso su cuantía, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones o ayudas, podrá superar el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario (LGP).

11. LA SUBVENCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

La entrada de España en las comunidades europeas ha supuesto, por un lado, la inserción en nuestro ordenamiento jurídico de las prohibiciones y limitaciones que la Comunidad impone a la política incentivadora de los distintos Estados para asegurar la libre concurrencia, y por otro lado, el que nuestro país pase a gestionar por mandato de diversas normas comunitarias una política subvencional en nombre de la Comunidad.

La prohibición de ayudas económicas tiene su base en el artículo 92 del tratado de la CEE., que las considera

incompatibles con el mercado común cuando amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Para que un determinado apoyo económico a una empresa o grupo de ellas se considere contraria a la prohibición comunitaria es preciso, ante todo, que pueda calificarse como una *ayuda económica*. Se trata de un término muy amplio que comprende, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad, no sólo subvenciones (en metálico) o ayudas directas sino también exenciones de impuestos y tasas, bonificaciones de intereses, etc. Determinadas ayudas se exceptúan de esta prohibición y se declaran compatibles con el Mercado Común (como las ayudas destinadas a remediar los perjuicios ocasionados por catástrofes naturales), o que podrán ser compatibles con el Mercado Común (como las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de aquellos territorios en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo). Se prevé asimismo la posibilidad de que el Consejo acuerde por unanimidad una dispensa general a petición de un Estado miembro, siempre que circunstancias excepcionales justifiquen tal decisión.

Para que las ayudas económicas a las que hemos hecho referencia incurran en la prohibición comunitaria es preciso, además, que se den tres condiciones:

- Que sean otorgadas por el Estado, es decir, que se nutran de fondos públicos y no privados.
- Que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.
- Que sean de tal entidad que amenacen con falsear o puedan falsear la competencia.

En cuanto al **control** de la normativa sobre ayudas y subvenciones, la Comunidad, a través de la Comisión, desarrolla una triple actividad tendente al examen, a la prevención y, en su caso, a la represión, por parte del Tribunal de Justicia y a instancias de la Comisión o de cualquier otro Estado interesado, para que reprima la infracción. Para ello, la Comisión lleva a cabo un análisis permanente con los Estados miembros de los sistemas de ayudas existentes, debiendo también ser informada de los proyectos de creación o modificación de ayudas económicas.

12. LA ACTIVIDAD DE LA PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO

Es aquella por la que la administración, sin limitar ni incentivar la actividad privada, satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. (transporte, abastecimientos, enseñanza, sanidad, etc.)

El desarrollo de la actividad administrativa de prestación es de origen reciente. Hasta el s. XVIII, los servicios sociales, fundamentalmente la sanidad y la enseñanza, se prestaban por la Iglesia, aunque ya el Estado había asumido en régimen de monopolio otros servicios públicos como el correo (postas). Pero es en el s. XIX cuando se desarrollan como servicios estatales la enseñanza, la sanidad, el correo y el transporte ferroviario, en algunos casos, como en los ferrocarriles, mediante la concesión administrativa que le permite organizarlos y dirigirlos sin gestionarlos. En el presente siglo, la actividad de prestación del Estado aumenta y se extiende a la producción industrial de bienes y servicios.

La actividad de prestación se denomina también *actividad de servicio público*, pero Parada prefiere el primer término porque este último resulta equívoco, dado que con el la legislación no designa exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino también el conjunto de ella y de los órganos de la Administración, con independencia de que desarrollen una actividad de prestación, de limitación o de fomento. Así, p.ej., la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local afirma que son servicios públicos cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

En cuanto a la definición de esta actividad, la ley no la aborda con carácter general, pero en el Reglamento de contratos del Estado se establecen las notas que debe reunir el *régimen de servicio público* para su gestión indirecta por los particulares:

- Que no implique el ejercicio de poderes soberanos.
- Publicación de la actividad, es decir, *que se haya declarado expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por el Estado como propia del mismo*.
- Que el servicio o actividad tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares.

13. LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN Y LA ACTIVIDAD PRIVADA

La diferenciación entre las actividades calificadas como funciones soberanas y las que pueden ser objeto de servicios públicos gestionados por particulares está en crisis, pues venimos asistiendo a una tendencia privatizadora de actividades consideradas hasta ahora como funciones propias y exclusivas de la soberanía, debido a la impotencia general del sector público para una gestión eficaz de las más tradicionales funciones soberanas. Así ocurre, p.ej., en el caso de la privatización del orden público a través de las empresas de seguridad o del arbitraje privado como sucedáneo de la justicia civil.

Y es que resulta muy difícil establecer un criterio material que precise qué actividades son por naturaleza públicas o cuáles deben ser confiadas a la iniciativa privada. El régimen liberal se caracteriza por una tendencia a reservar a la iniciativa privada todas aquellas actividades susceptibles de dar lugar al pago de un precio, y que además sean rentables, dejando al sector público aquellas no susceptibles de generar un precio o que son poco o nada rentables. En cambio, en un régimen socialista todas las actividades que comportan poder, y principalmente las finanzas y los grandes medios de producción, tienden a depender del sector público, quedando las restantes para el sector privado.

Podemos en definitiva concluir que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de qué prestaciones han de satisfacerse por la Administración depende en cada caso y circunstancia de lo que decida el poder político desde los parámetros constitucionales.

La Constitución española pretende ser neutral, poniendo una vela en el altar del liberalismo económico, al reconocer la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art.38), y otra en el del intervencionismo público, al prescribir que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. Por lo que respecta a la frontera entre los servicios cuya prestación se reserva a la Admon y los que pueden prestar los particulares, la Constitución establece que mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas, cuando así lo exigiere el interés general (art.128).

De acuerdo con lo preceptuado por la CE, la Ley de Bases de Régimen Local reserva a las Entidades locales determinados servicios que se declaran esenciales, como el abastecimiento y depuración de aguas, recogida de residuos, suministro de gas etc.

14. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La actividad de prestación o de servicio público puede ser cumplida por la Administración directamente o indirectamente a través de los particulares. En este sentido, la LBRL prescribe que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta, salvo los que impliquen ejercicio de autoridad, respecto de los que sólo cabe su prestación en régimen de gestión directa.

La **gestión directa** admite formas de Derecho público y de Derecho privado. Entre las primeras están:

- La *gestión por la propia entidad local*: el servicio estará a cargo del personal directamente dependiente en su actuación de los acuerdos y actos de los órganos de la corporación local.
- La *gestión por organismo autónomo local*: comporta la creación de una organización especializada regida por un Consejo de Administración que será presidido por un miembro de la corporación.

Como forma privada de gestión directa se prevé la gestión a través de una sociedad mercantil (de responsabilidad limitada), cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.

En relación con la administración del Estado, aunque no hay una regulación general, resultan aplicables las mismas formas de gestión, con la precisión de que junto al organismo autónomo, regido íntegramente por el Derecho administrativo, se admite la figura de la Entidad pública mercantil, que, como vimos, es una Entidad de derecho público que sujeta su actividad al derecho privado.

En cuanto a las formas de **gestión indirecta**, todas ellas suponen la intervención de un particular o de una empresa mixta ligadas a la Admon titular del servicio por una relación contractual. Por ello, en el ámbito estatal, las formas de gestión indirecta se enuncian en la Ley de Contratos del Estado a propósito del contrato de gestión de servicio público. Para los Entes locales la LBRL establece como normas de gestión indirecta la concesión, la gestión interesada, el concierto, el arrendamiento y la sociedad mercantil y las cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social parcialmente pertenezca a la Entidad local.

15.- EL ANÁRQUICO DESARROLLO DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A) El inicial monopolio judicial del poder represivo en el constitucionalismo gaditano y sus excepciones en el siglo XIX.

Nuestro constitucionalismo decimonónico se inicia con una atribución de la potestad punitiva estatal a los jueces y Tribunales como consecuencia del principio de separación de poderes.

La negación de poderes represivos en el gobierno y la administración se compatibilizó con la unión de funciones administrativas y judiciales en su último escalón, pues los alcaldes, tenían funciones administrativas en el ámbito municipal y constituían la base del orden judicial (actos de conciliación, juicios civiles de ínfima cuantía, en lo penal conocían sobre las injurias y faltas livianas en el territorio de su demarcación...). Además se le conceden poderes sancionadores como representantes y delegados del Gobierno en el municipio.

En cualquier caso, nuestra doctrina administrativa del siglo XIX, a diferencia de la francesa, debido quizás al desorden judicial imperante, es consciente de que es necesario reconocer un poder represivo a la Administración, aunque en términos muy moderados.

Por su parte el Consejo de Estado, con ocasión de resolver los conflictos entre la administración y los Tribunales, justificó también ese poder sancionador administrativo en la necesidad de la actuación eficaz de la administración, rechazando la posibilidad de recursos ante los jueces contra los actos sancionadores de la administración. En esta doctrina se basa el código penal de 1850, que reconoce a la Admon la posibilidad de sancionar con penas establecidas para las faltas, las infracciones a los reglamentos y ordenanzas administrativos, remitiendo a las leyes especiales la legitimación de sanciones superiores.

La tesis contraria a la existencia de sanciones administrativas y que, por consiguiente, afirma el monopolio judicial sobre la función represiva, luce claramente en el artículo 72 del proyecto de constitución federal de la república federal española, que terminantemente prohíbe "al poder ejecutivo en todos sus grados imponer penas, ni personales ni pecuniarias, por mínimas que sean", añadiendo, para mayor claridad, que "todo castigo se impondrá por el poder judicial".

En todo caso la tónica de la legislación sectorial decimonónica es atribuir al poder judicial la aplicación de toda infracción prevista en ella, otorgando a la administración un mínimo poder sancionador, y remitiendo a los jueces las sanciones que excedían de determinado límite o "los sucesos merecedores de mayor castigo"

B) Politización y crecimiento de la potestad sancionadora en la dictadura de Primo de Rivera y en la II

república.

En esta época los poderes sancionadores de la Admon se disparan, consecuentemente con los principios que inspiran el régimen político. Así el código penal de 1828 limitó las penas privativas de libertad que podían establecer las ordenanzas y los reglamentos, pero no aquellas que afectasen a las penas pecuniarias. Por lo demás la legislación de esta época. se generaliza en la atribución de potestades sancionadoras a órganos superiores de la administración central.

La II república fue inconsecuente con los principios democráticos y liberales que la inspiraban. Así aprobó la ley de defensa de la república de 21 de octubre de 1931, en la que se podrían decretar medidas sin sujeción a procedimiento por el ministro de la gobernación o el consejo de ministros, no admitiéndose más recurso que el de reposición ante las mismas autoridades. En todo caso, estas sanciones gubernativas se declaraban compatibles e independientes de las establecidas en las leyes penales.

La ley de orden público tiene tres innovaciones:

- La definición de orden público y el establecimiento de un catálogo de actos contrarios al mismo;
- La atribución al ejecutivo, sin necesidad de contar con el parlamento, de la facultad de declarar los estados de prevención, alarma y guerra.
- La atribución a la autoridad gubernativa de las facultades sancionadoras ordinarias fuera de la declaración formal de los estado de excepción.

La ley municipal de 1935 mantuvo la atribución de la potestad sancionadora al alcalde por la infracción de ordenanzas y bandos municipales con límite en la cuantía, y las facultades como delegado del gobierno.

C) El sistema sancionador en el régimen de franco.

No modificó la que había anteriormente, sin embargo debe destacarse el crecimiento espectacular del poder sancionador en los ámbitos de la intervención administrativa sectorial, de forma tal que el capítulo represivo se convierte ya en inquilino habitual de toda regulación administrativa sectorial, como acredita la legislación tributaria, divisa, contrabando, vivienda, urbanismo, tráfico, comercio interior, policía fluvial, navegación aérea, agricultura, trabajo, publicidad, caza, etc. con mucho, y ésta es quizá la característica más singular de esta etapa, los poderes sancionadores de las autoridades administrativas sectoriales van a superar los de policía general o de orden públicos. No obstante, debe destacarse la aprobación de un procedimiento sancionador por la ley de 17 de julio de 1958, procedimiento que unido a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales permitirán el desarrollo de un sistema de garantías en vía administrativa y judicial muy avanzado que ha llegado a nuestros días.

16. LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA PENAL COMO CAUSA EXORBITANTE, PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA

El crecimiento del poder sancionador de las autoridades gubernativas en materias de orden público, o que afecten a los derechos fundamentales han sido causa de las reacciones defensivas de los grupos políticos dominantes frente a sus antagonistas. Lo que no explica el desarrollo de ese poder sancionador sobre múltiples sectores, como vivienda, tráfico, comercio o industrias.

Lo decisivo para explicar ese crecimiento será determinar cual es el grado de eficacia del sistema penal, ya que lo que los jueces no cubren se tiende a cubrir por los funcionarios. Si la legislación ha optado por la solución administrativa, debe de ser porque, al menos en buena parte, a que el legislador desconfía de que el sistema judicial penal pueda cumplir satisfactoriamente con aquella función.

a) Ausencia de funcionarios públicos del proceso penal y supresión de su participación en la actividad

administrativa de constatación de infracciones.

Los funcionarios públicos, en el proceso francés, pueden actuar, bien como auxiliares de los órganos jurisdiccionales, ejerciendo con determinadas prerrogativas las funciones de policía judicial, bien como una de las partes del proceso actuando como ministerio fiscal, llevando la acusación de las infracciones a la legislación administrativa que tienen a su cargo.

Sin embargo en Espalda en ningún caso los funcionarios públicos no policiales, a pesar de tener actividades inspectoras, constituyen el régimen de policía judicial, que está reservado para el cuerpo nacional de policía y de la guardia civil, regulado por la ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad.

Los funcionarios tampoco son miembros del ministerio público, al que sólo pertenecen los funcionarios integrados en los cuerpos que lo componen, así en los casos en los que la administración se ve afectada por una infracción con consecuencias penales su función queda reducida al envío del dossier del asunto o del testimonio de particulares al ministerio fiscal.

b) La ambigüedad en torno a la naturaleza y carácter del Ministerio Fiscal.

De una parte, según su forma de reclutamiento, sus condiciones de carrera y su enfática vinculación al principio de legalidad, resulta un cuerpo de funcionarios judiciales en los que descansa una parte especial del proceso penal.

Por otro lado tienen un deber de obediencia al gobierno a través del Ministro de Justicia y del Fiscal General del Estado, pero no a otras administraciones públicas, como comunidades autónomas.

La realidad sociológica muestra que los fiscales tienden más a ser los defensores en el proceso de la sociedad, del interés general, que de los intereses concretos de las administraciones públicas, asimilándolos a los jueces, lo que se explica no sólo por las condiciones de carrera, sino también por la aparición de los abogados del Estado, que los han desplazado en su función de defensa de la administración en la jurisdicción civil y contenciosa administrativa, a través de una fase intermedia en la que actúa como un simple delegado del Ministerio Fiscal.

Incluso en el proceso penal, para el Ministerio fiscal, el Estado es un afectado más. el ministerio Fiscal es un simple mecanismo abstracto al servicio del principio acusatorio que encarna, defiende y representa intereses supraadministrativos.

c) La rigidez de la regla nulla poena sine iudicio.

En nuestra legislación no hay lugar para mecanismos como la conciliación ni para resoluciones judiciales inaudita parte, originándose siempre y en todo caso la celebración del correspondiente juicio.

El único supuesto es cuando hay conformidad del reo a pena no superior a prisión menor, en virtud del cual el imputado, con asistencia del defensor, se muestra conforme con la calificación más grave de las partes acusadoras, el Tribunal, a menos que estime improcedente por corresponderle toda la mayor gravedad, procede a dictar sentencia sin necesidad de la celebración de juicio oral. Con ella sólo se abrevian los trámites, y no actúa, en el juicio de faltas en el que todos los trámites se reducen al acto de la vista o juicio, de acuerdo con el principio de concentración.

17. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La potestad sancionadora de la Administración ha sido convalidada por el art. 25.1 de la CE que al establecer el principio de legalidad en materia punitiva, se refiere a la penal y a la administrativa: "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" y en el párrafo 3 de este artículo dice "La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". También el art. 45.3 de la CE reconoce la licitud de las sanciones impuestas por la administración a quienes violen la legislación referente al medio ambiente.

Consecuentemente con estos preceptos el T.C ha confirmado la legitimidad de la potestad sancionadora de la administración en diversos pronunciamientos y sobre todo en las sentencias 77(83 en la que ha establecido las condiciones y límites para la imposición de sanciones administrativas en los siguientes términos:

- Sujeción de la potestad sancionadora al principio de legalidad.
- Interdicción de las penas de privación de libertad (éste límite no es aplicable al régimen disciplinario).
- El respeto de los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la CE.
- La subordinación de la potestad sancionadora de la jurisdicción c-a y la preferencia de la jurisdicción penal para aquellos hechos susceptibles de ser enjuiciados por ambas jurisdicciones.

El T.C. no se ha planteado los límites cuantitativos de las sanciones de la administración, cuestión ineludible si como afirma, la potestad sancionadora de la administración es auxiliar de la penal que corresponde a los tribunales de justicia.

La realidad es que las multas administrativas superan en ciertos de millones a las multas que por delito impone el código penal, que se fijan entre 100.000 y 1.000.000 de pesetas las más graves.

18. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LA LEY Y TIPICIDAD

El art. 25 de la Constitución se refiere al principio de legalidad en materia penal. En una interpretación amplia, este precepto implica además de la exigencia de ley habilitante o de reserva de ley, la traslación a la actividad administrativa sancionadora del principio de tipicidad, de irretroactividad de la norma sancionadora y retroactividad de la más favorable, prohibición de analogía y del doble castigo (bis in idem) y en general, la aplicación de los principios condicionantes de la potestad punitiva del Estado.

Sin embargo, para el T.C este precepto tiene distinto alcance en materia de sanciones administrativas, pues "la reserva de ley establecida en el art. 25.1 CE no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto". Se entiende por ello, que en el ámbito administrativo no es necesario esa reserva absoluta de ley, bastando con una cobertura legal. Así, otra sentencia del TC emplea la expresión "necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal" y en otra se refiere a la "tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad".

En definitiva, la diferencia entre el principio de reserva absoluta de ley que opera en materia penal y de cobertura legal aplicable a las sanciones administrativas, es que en la primera, la ley legitimadora ha de cubrir tanto la previsión de la pena como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de completar o desarrollar el tipo por medio de un reglamento; mientras que el principio de cobertura legal de las sanciones administrativas, sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, con la posibilidad de remitir a un reglamento la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas. Así las leyes administrativas precisan de ordinario las sanciones y sus cuantías cuando se trata de multas y definen genéricamente como infracción el incumplimiento de los preceptos legales, remitiendo al reglamento de ejecución de la ley, la enumeración de las conductas sancionables. El TC ha sancionado esta técnica y la ley 30/92 ha recogido esta doctrina al establecer la reserva de ley y la tipicidad para las infracciones.

Por último hay que señalar que, aunque el principio de legalidad debiera haberse entendido sin equívocos, al igual que en materia penal, como exigencia de ley estatal, negando, en consecuencia a los parlamentos autonómicos la posibilidad de aprobar normas sancionadoras administrativas, no ha ocurrido así, el TC. opina que las CCAA pueden adoptar normas administrativas sancionadoras, si tiene competencia en la materia, si se acomoda a las garantías constitucionales y no introducen divergencias desproporcionadas con las normas de otra partes del territorio.

19. CONCEPTO, CLASES Y GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La legislación no ofrece una definición de lo que son las sanciones administrativas, una más de las inseguridades que ocasiona la falta de una ley general sobre las mismas.

Sin embargo, la legislación especial administrativa se cuida de delimitar las medidas sancionadoras de otras limitativas de derechos a regularlos en el correspondiente capítulo represivo.

SUAY define la sanción administrativa como "cualquier mal infringido por la administración como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represiva".

Estas notas se cumplen en general en el caso de las multas, pero no en las medidas preventivas dirigidas a impedir una infracción, ni en las medidas resarcitorias cuya finalidad es reparadora, ni tampoco en las multas coercitivas que si bien traen causa del incumplimiento previo de una obligación, tratan de vencer ese incumplimiento, lo que no persiguen las sanciones administrativas que parten de su existencia y que consisten en la pena que corresponde al culpable. Por ello las multas coercitivas son independientes de las que pueden imponerse en concepto de sanción y compatibles con ellas. las multas coercitivas están adscritas a la potestad ejecutiva de la administración y no a la represiva.

Del ámbito de las sanciones administrativas, y por tener una justificación no sólo represora sino más bien reparadora, deben excluirse las medidas que con nombre de sanciones o sin él, implican la privación de determinados derechos (eje,. Expropiación-sanción, retractos en favor de la administración, etc.)

Clases: Además de la multa, que en el supuesto más frecuente, las sanciones administrativas pueden clasificarse en función de la relación que une al sancionado con la administración en:

Sanciones de policía general o de orden público: competencia de las autoridades gubernativas generales (gobierno, alcaldes, etc.) reguladas en la ley 1/92 de seguridad ciudadana.

Sanciones sectoriales: A cargo de la administración especializada (tributarios, sanidad, caza, tráfico etc.) y por último las sanciones que se enmarcan en una relación de supremacía especial en las que destacan las sanciones funcionariales y corporativas, normalmente denominadas sanciones disciplinarias.

Graduación: Como las sanciones administrativas pueden llegar a ser extraordinariamente graves, la jurisprudencia ha impuesto la vigencia del principio de proporcionalidad para limitar la inadmisibile discrecionalidad de la administración en la aplicación de las sanciones.

La ley 30/92, recogiendo esta tendencia, obliga a las administraciones públicas a guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, e impone los siguientes criterios de proporcionalidad:

a) Existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia por comisión (un año) de más de una infracción de la misma naturaleza.

Esta regulación incluye también la norma constitucional (no implicar privación de libertad) y sale al paso de las sanciones rentables, que son aquellas cuya comisión reporta al infractor un beneficio mayor, una vez descontado el importe de la multa. Esto se impide mediante la confiscación de ese beneficio, por vía sancionadora.

20. LA EXTINCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Según el código penal la responsabilidad criminal se extingue por la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, el perdón del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte, la prescripción del delito o de la pena. Todas estas formas de extinción de la responsabilidad se aplicarán a las infracciones y sanciones punitivas, además de aquellas otras que de forma análoga o no al derecho penal, producen un efecto extintivo de la responsabilidad administrativa sancionadora.

Se consideran en primer lugar:

Muerte del infractor: en principio, la personalidad de la sanción propia de toda materia punitiva, implica que la pena o sanción no se transmite a los herederos. Esta regla se recoge en la ley general tributaria 10/1985. El problema es más complejo cuando se trata de la disolución de personas jurídicas, ya que precisamente, el desarrollo del poder sancionador de la administración, se explica como forma de compensación ante la irresponsabilidad penal de éstas. La solución es que el patrimonio social, no obstante la disolución, quede afecto al pago de las sanciones impuestas, como si de otra deuda se tratara y si quedan obligaciones pendientes, responden los socios en proporción a su haber social.

Cumplimiento de sanción o pago de multa. Es el supuesto más frecuente de la extinción de la responsabilidad administrativa. Una modalidad es el pago voluntario en medida reducida, técnica que se introduce en los procesos penales para permitir, ante la masificación de las infracciones menores inculminadas con penas pecuniarias, una condena sin proceso cuando el infractor admite su responsabilidad, constituyendo su ausencia en nuestro proceso penal, una de las causas del anormal desarrollo de la potestad sancionadora de la administración. La ley de bases 19/1988 sobre el Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, hace aplicación del pago en medida reducida, cuando el infractor en el acto de notificación ante la gente (vía breve) o ante el órgano administrativo encargado de la denuncia (vía ordinaria) y dentro de los diez días siguientes a la formulación de la misma, haga efectivo el importe de la multa, reduciéndose la cuantía en un 20 %. Según lozano, esta forma de extinción tiene el peligro de suponer una presión sobre el presunto infractor, que ante el riesgo de sufrir un castigo mayor, acepta el pago incluso cuando se considera inocente.

Arrepentimiento espontáneo. Es otra forma de pago que origina la extinción de las infracciones tributarias. encuentra su aplicación en el pago con intereses de demora de la deuda tributaria antes del requerimiento previo. También en el pago, en el plazo de 5 días del cheque en descubierto.

Derecho de gracia: Es otra forma de extinción de las sanciones administrativas. Si el indulto actúa sobre la reducción o extinción de la pena, la amnistía opera sobre el delito mismo, como un olvido, entendiéndose que la infracción nunca se ha producido. La C prohíbe los indultos generales por se admite la amnistía porque ésta equivale a una legislación derogatoria. El indulto particular se admite aunque produce desigualdad, perdonando a unos y no a otros, y supone modificar los efectos de una sentencia judicial por un acto administrativo. En derecho administrativo no hay una regulación análoga a la establecida en materia penal por la ley de indulto de 1870, que suponga la condonación de una singular sanción administrativa. Se admiten las amnistías fiscales, art. 10 Ley general tributaria que prevé la concesión, mediante ley, de perdones, rebajas, condonaciones o moratorias", por razones prácticas ante la imposibilidad de la hacienda para luchar contra el fraude fiscal.

Prescripción: Las infracciones y sanciones administrativas se extinguen, en fin, por el transcurso del tiempo, regulado en las leyes que establezcan las respectivas infracciones y sanciones y en su defecto por la LRJPA y PAC. Según esta ley, las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. El plazo de prescripción empezará a contarse desde el día en que la infracción se hubiere cometido, interrumpiéndose ésta cuando se inicia el expediente sancionador con conocimiento del interesado. Se admite la reanudación de la prescripción cuando el expediente estuviere paralizado más de un mes por causa no imputable al interesado. En este caso, el tiempo ya ganado se suma al que se gane tras la reanudación.

En términos similares se regula la prescripción de las sanciones ya impuestas por no ejecutarlas durante un cierto tiempo. Los plazos se corresponden, según su gravedad, con los establecidos para las infracciones, si bien el tiempo se cuenta a partir del momento en que se adquiere firmeza la resolución por la que se impone la sanción. la prescripción de la sanción se interrumpe por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución y se reanuda si este se paraliza más de un mes, por causa no imputable al infractor.

21. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

La formulación legal de procedimientos sancionadores es relativamente reciente. La ley de Procedimiento administrativo de 1958 es la que establece el principio general de que "no podrá imponerse una sanción administrativa sino en virtud del procedimiento regulado en el presente capítulo, salvo lo dispuesto en disposiciones especiales". Sin embargo, la ley 30/92 no contiene una regulación del procedimiento sancionador, limitándose a establecer unos principios a los que deben sujetarse estos, y el reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadoras sólo tiene aplicación supletoria "en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas", esto puede conducir a una multiplicación de procedimientos estatales, autónomos y locales, puesto que a todas estas administraciones reconoce el reglamento competencia normativa en materia sancionadora. Se excluye de la aplicación del reglamento de procedimiento y de los principios generales que establece la ley, el ejercicio disciplinario de las administraciones públicas, respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por relación contractual. En estos casos se aplica el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la administración del Estado.

El reglamento de procediendo, establece dos modalidades procedimentales:

El procedimiento general y ordinario y el simplificado: Los tramites son los mismos para ambos, pero en el simplificado se reducen los plazos y se concentran algunos actos procedimentales con el fin de acelerarlo, aunque se aplica en infracciones administrativas leves.

De acuerdo con el reglamento de procedimiento, la iniciación de los procedimientos sancionadores se produce por acuerdo del órgano competente en cada caso, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición de otros órganos o denuncia. A tal efecto, el órgano competente podrá realizar unas actuaciones previas que suponen una "información reservada" pero no forman parte del expediente sancionador (su omisión no constituye vicio de procedimiento).

El acuerdo de iniciación habrá de precisar, como contenido mínimo lo siguiente:

- Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- Hechos que motivan la incoación, su posible calificación y sanción corresponden.
- Determinación de los órganos instructor y decisor.
- Medidas de carácter provisional para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- Indicación del derecho a formular alegaciones, audiencia en el procedimiento y plazos para su ejercicio.

La formulación del acuerdo de iniciación con este contenido mínimo, es un trámite esencial del procedimiento y constituye el presupuesto formal básico de su existencia.

El acuerdo de iniciación se comunica al instructor, con traslado de las actuaciones que existan y se notifica al denunciante, en su caso, y a los interesados entendiéndose por tal al inculcado. Los interesados, recibido el acuerdo, tiene un plazo de 15 días para ejecutar alegaciones. Si los interesados no formulan alegaciones en dicho plazo, la iniciación podrá considerarse como propuesta de resolución, si contiene un pronunciamiento preciso de la responsabilidad imputada, obviándose toda fase instructora previa.

Una forma de eliminar trámites y obtener una pronta resolución, es el pago voluntario que algunas normas sectoriales admiten (seguridad vial, control de cambio) y que requieren que el infractor reconozca su responsabilidad, o que proceda al pago de la sanción, voluntariamente, en los plazos y términos establecidos.

El instructor del procedimiento, una vez terminado el plazo de alegaciones, podrá acordar la apertura de un periodo de prueba, entre 10 y 30 días. La carga de la prueba corresponde a la administración. En aplicación del principio de presunción de inocencia, el interesado no tiene que probar la no comisión de los hechos que se le imputan. Acreditados los hechos se procede a la formalización de la propuesta de resolución, en la que se fijarán, de forma motivada los hechos, especificándose los probados y su exacta calificación jurídica; se determinará la infracción y las personas que resulten responsables, especificándose la sanción que se propone o declarando la no existencia de infracción. La propuesta de resolución se notifica a los interesados, indicándoles la apertura del procedimiento y concediéndoles un plazo de 15 días para formular alegaciones, etc. Se abre así un trámite de audiencia del que sólo se puede prescindir cuando, en la propuesta de resolución, no se tomen en cuenta otros hechos ni otras alegaciones que las incorporadas al acuerdo de iniciación. Presentadas las alegaciones si transcurrido el plazo para ello, el instructor cursará al órgano competente todos los documentos, alegaciones etc. para resolver su propuesta de resolución. El órgano decisorio podrá, antes de dictar resolución, decidir la realización de actuaciones complementarias que él mismo llevará a cabo. Este trámite menoscaba el principio de separación de funciones inspectoras y decisorias y quebrantara el principio de congruencia al permitir que en la resolución se incorporen hechos distintos a los incluidos en la fase de instrucción.

El órgano competente dictará resolución en el plazo de 10 a 15 días desde la recepción de la propuesta de resolución (salvo suspensión por actuaciones complementaria) La resolución ha de ser motivada y decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados o derivadas del procedimiento, y en ella no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción (salvo los que resulten de actuaciones complementaria). Se reconoce así, el principio de congruencia, la vulneración de éste es causa de nulidad de la resolución, porque afecta al derecho de defensa del administrado y así lo ha declarado el T.C. "la resolución deberá fundarse únicamente en los hechos que hubieren sido notificados por el instructor al interesado. En otro caso, la resolución podrá recurrirse de nulidad por indefensión" sentencia 44/1983.

En el reglamento se establece además, que si el órgano decisor considera que la infracción reviste mayor gravedad de la considerada en la propuesta de resolución, deberá notificarse al inculcado para que aporte, en el plazo de 15 días, cuantas alegaciones estime convenientes.

TEMA XXI. LA EXPROPIACION FORZOSA

(actualizado con la edición de septiembre de 2000)

I.- GARANTIA PATRIMONIAL Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE EXTINCIÓN DE DERECHOS. SUS FORMAS.

La forma más intensa y extrema de la actividad administrativa de limitación es la que se concreta en la privación por destrucción o desposesión de un derecho o interés patrimonial de otro sujeto a favor de un

interés público. Esta privación de derechos e intereses patrimoniales en aras de un fin público no es gratuita, pues unos y otros están protegidos por la llamada garantía patrimonial del administrado, que está constitucionalmente reconocida en el art. 33.3 CE sobre la institución de la expropiación forzosa, y en los arts. 106 y 121 CE sobre la responsabilidad civil de la Administración y de los órganos judiciales respectivamente.

La garantía patrimonial del administrado que cubre las privaciones y daños directos se alcanza siguiendo distintos procedimientos diseñados en función de las distintas hipótesis de sacrificio de los bienes particulares. En unos casos, la privación de bienes o derechos a favor de un interés público se puede adivinar como necesaria, funcionando ex ante la garantía patrimonial, a través de procedimientos preventivos que condicionan la apropiación del bien o derecho a su previa indemnización, como es el caso de la expropiación forzosa; en otros casos, la lesión o sacrificio de los bienes o derechos puede producirse como consecuencia no prevista de una actividad lícita ó ilícita de la Administración dando lugar a la institución de la responsabilidad administrativa. La legislación española abordó de forma conjunta, todas estas formas de privación de bienes de los particulares en la Ley de Expropiación forzosa de 1954, garantizando la entera garantía patrimonial del administrado frente a los sacrificios patrimoniales que le imponga cualquier suerte de actividad administrativa, ya fuere planificada y prevista o casual e imprevista.

2.- SIGNIFICADO Y ALCANCE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Nuestra Constitución no consagra el derecho a la propiedad como un derecho fundamental de naturaleza preconstitucional, regulable sólo por Ley orgánica y susceptible de amparo directo, sino que lo incluye entre los derechos que pueden ser regulados por Ley ordinaria y sólo garantizados ante los Tribunales por los modos comunes (art.33 y 53.1). El derecho se regula de igual forma depreciada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no lo incluyó inicialmente entre los derechos protegidos, sino en su Protocolo núm.1, y con numerosas salvedades.

Este inferior tratamiento del derecho de propiedad en los textos básicos del Derecho moderno contrasta con la formulación radical que el derecho de propiedad recibió en la Revolución Francesa, pues la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 lo calificó como derecho sagrado e inviolable, de igual naturaleza que el derecho a la libertad o el derecho a la resistencia a la opresión. En esta concepción se aprecia la influencia de las tesis iusnaturalistas que afirmaban que el hombre posee un dominio de derecho natural, sobre el que ostenta plenos poderes. Sin embargo, la existencia de un derecho así concebido pugnaba con otro de los principios básicos de la Revolución, el de la soberanía nacional, por lo que era preciso encontrar una solución que arbitrara un equilibrio entre el derecho de propiedad privada inviolable y sagrado y los intereses de la colectividad representados por el Estado.

El instrumento al servicio de este equilibrio de intereses sería la figura de la expropiación forzosa que, de acuerdo con la concepción de la propiedad como un derecho individual y sagrado, del que sólo su titular puede disponer, se configura por asimilación a los supuestos generales de disposición contractual de los derechos dominicales, como una especie de venta forzosa llevada a efecto, casi con carácter exclusivo, para la utilización por el Estado de los terrenos que necesitaba para las grandes obras públicas (carreteras, puertos etc.). La expropiación se configuraba como una garantía de la propiedad de los particulares en estos supuestos extraordinarios en que era objeto de absorción por el Estado, y no como una potestad pública del Estado para apropiarse de los bienes particulares al servicio del bien común. Por eso, los primeros textos constitucionales definen la expropiación en términos prohibitivos, como el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: *siendo la propiedad un derecho inviolable y hasta sagrado, nadie podrá ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija claramente y con la condición de una indemnización justa y previa.*

Sin embargo, la configuración constitucional de la propiedad ha ido cambiando con el tiempo, y la concepción actual de este derecho, afincado en mayor o menor medida en todos los países occidentales, no es la de un derecho natural, que deriva sus efectos sólo de la propia voluntad del propietario, sino la de un derecho

definido por el Estado, que configura cuáles son los derechos del propietario y también cuáles son sus obligaciones. Este nuevo enfoque del derecho de propiedad da lugar a la concepción de la expropiación forzosa como una potestad pública más que como un mecanismo defensivo de los propietarios. Hoy, por consiguiente, la propiedad ya no es un derecho absoluto, sino que se funcionaliza socialmente, poniéndola al servicio de los intereses colectivos, aunque se admite la existencia de situaciones dominicales. Así se deduce de nuestra CE, que al mismo tiempo que reconoce expresamente en el art.33 la propiedad privada y el carácter garantista de la expropiación, afirma la función social de la propiedad, y en el art. 128 proclama que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general.

3.- EXPROPIACIÓN Y FIGURAS AFINES: LIMITACIONES Y SERVIDUMBRES. La garantía constitucional de la propiedad plantea el problema de definir este Derecho señalando qué bienes o derechos comprende, cuál es el ámbito de la propiedad pública o de la privada, que limitaciones la propiedad son permisibles y cuáles lo son con

indemnización.

En el Derecho público, el **concepto de propiedad** tiene un alcance más amplio que el establecido en el Derecho Civil, que lo refiere al dominio pleno de un hombre sobre una cosa, ya que comprende la titularidad de toda clase de derechos patrimoniales y, por ello, tanto el dominio y demás derechos reales como los derechos de obligación, la titularidad de acciones, etc... De ahí que nuestra Constitución utilice indistintamente las expresiones de propiedad, bienes y derechos.

Respecto al **deslinde entre la propiedad privada y la pública**, el Art. 38 de la C.E. implícitamente considera la propiedad privada como la predominante al establecer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, si bien, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Por tanto, el campo de la propiedad pública es excepcional y marginal respecto de la propiedad privada que es la regla general de la propiedad de los particulares, que no puede ser invadida por la propiedad o actividad pública sin una clara justificación en el interés general y a través, en todo caso, de procedimientos públicos.

Otro problema es el de las **limitaciones a la propiedad y derechos de los particulares**, que van desde las restricciones compatibles con la titularidad del propietario a la desposesión (prohibición de segregación, control de precios, prohibición de determinadas plantaciones en la propiedad rústica, etc.). Sin duda, la restricción más significativa de la propiedad inmueble ha sido la eliminación del ius aedificandi en el suelo no urbanizable, que se instrumenta a través de los planes de urbanismo. Supuesta la legitimidad de cada una de estas restricciones, la pregunta fundamental es si toda limitación de una propiedad o derecho supone una expropiación y resulta por tanto indemnizable. La respuesta es negativa, pues son muchas las limitaciones a la propiedad que privan al propietario de alguna de sus potestades pero que no suponen, no llegan a ser, una expropiación. No son en principio indemnizables las limitaciones genéricas, como las impuestas por la reglamentación de alquileres, de control de precios, o por la proximidad del dominio público (servidumbres aéreas, de carreteras, ferrocarriles etc.). La privación sin indemnización tiene su razón de ser en la generalidad de las personas a que afectan las limitaciones, a quienes sería financieramente imposible compensar adecuadamente. En estos casos se considera que no existen limitaciones del derecho de propiedad sino delimitaciones de su contenido. Más allá de ese contenido definido por el Estado es donde puede tener lugar la institución de la expropiación forzosa cuando se produzca la privación pública y singular de derechos patrimoniales, pero lo que sea consecuencia directa del estatuto dominical, aunque suponga desventajas patrimoniales, no resulta indemnizable. Parada advierte de los peligros que entraña esta concepción de la propiedad pues, dice, de no establecerse algún límite a esas configuraciones legales de la propiedad, ésta puede aparecer como la margarita que el legislador deshoja poco a poco para terminar dejando en manos del titular tan sólo el tallo de la flor y la espina del pago de los impuestos que toda titularidad comporta en mayor o menor medida, pudiéndose llegar a reducir la titularidad dominical a la mera facultad del propietario a pasearse por sus campos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido la necesidad de que los poderes públicos respeten el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada, entendido como la

posibilidad de reconocer cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario puedan ir más allá de lo razonable (Sentencia de 26 de marzo de 1987).

En cuanto a **las servidumbres**, con ellas se restringe no tanto el contenido general del derecho de propiedad cuanto su exclusividad, por lo que las facultades de la propiedad vienen a quedar divididas entre el propietario y el titular de la servidumbre, de forma que, desde el punto de vista del propietario, la servidumbre consiste en un soportar algo. Las servidumbres sí son indemnizables, por lo que vienen a configurarse como expropiaciones parciales, pues si la servidumbre es una restricción que implica el nacimiento de un derecho real sobre cosa ajena ya demás es indemnizable como cualquier otro supuesto de expropiación, y esta institución ha dejado de definirse por la desposesión total de un bien o derecho, resulta prácticamente imposible su diferenciación con la expropiación forzosa cuando su titular es una Administración.

Las **nacionalizaciones de actividad**, por las cuales las actividades que están llevando a cabo los particulares se declaran actividades públicas y socializan, también presentan problemas, pues se sitúan a medio camino entre la expropiación estricta y la limitación definida por la nota de la generalidad. En principio deben ser indemnizables las cesaciones del ejercicio de actividades cuando pasan las mismas al sector público y producen el cierre de empresas y pérdida de clientela, ya que cabe la individualización y por tanto, la indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre lo ha reconocido así, pues no reconoció derecho de indemnización a las empresas aseguradoras privadas cuando el Texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 dispuso el cese de sus actividades a favor del sector público.

4.- ORIGEN Y EVOLUCION DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO (epígrafe menos importante, sólo de lectura recomendada).

5.- LA LEY SINGULAR COMO TECNICA DE ELIMINACION DE LA GARANTÍA EXPROPIATORIA

Ni la LEF de 1954 ni el art. 33.3 de la Constitución admiten la expropiación legislativa singular y directa en que el efecto transmisivo de la propiedad se produce directamente ex lege, como ocurre en otros derechos como el alemán.

Además de su falta de previsión constitucional expresa, la ley expropiatoria singular resulta a juicio de Parada inadmisibles por las siguientes causas:

- Infringe las reglas de distribución constitucional de competencias, pues la Constitución ha tasado las competencias de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos a los supuestos de elaboración de normas generales, al control del Gobierno y de la Administración y a efectuar determinados nombramientos de altos cargos, y por consiguiente no pueden salirse de esas atribuciones sin infringir la Constitución. Los órganos legislativos no pueden expropiar directamente, del mismo modo que no pueden imponer multas de tráfico, revocar licencias de urbanismo o resolver el más sencillo de los pleitos judiciales. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre sobre el caso RUMASA, reconoció la incompetencia en principio de las Cortes para dictar leyes singulares, pero afirmó que la adopción de leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria transcendencia y complejidad no son remediados por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a una situación irregular. Se trataría por tanto, como dice Parada, de una especie de leyes-decreto (si se habla de decretos- leyes para denominar a las normas con valor de ley, pero de origen gubernamental, las leyes-decretos servirían para denominar estas actuaciones singulares en que las cortes llevan a cabo actos administrativos en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad), pero como destaca este autor, mientras que los decretos- leyes están expresamente previstos en la

Constitución no lo están las leyes singulares de contenido idéntico a los actos administrativos.

- Implica la omisión del trámite de audiencia previsto en la Constitución con carácter previo a la adopción de los actos limitativos de derechos o sancionadores (art. 105.3). En estos casos, esa audiencia previa es una exigencia mínima e indispensable, pues como ha proclamado el TS, constituye un derecho elemental, esencial y hasta sagrado que nadie pueda ser condenado sin ser oído.
- Priva al expropiado de cualquier derecho de defensa judicial ulterior porque las leyes son judicialmente inatacables. Toda posibilidad de enjuiciamiento queda en estos casos al albur de que un Juez plantee frente a esa ley expropiatoria singular una cuestión de inconstitucionalidad (como ocurrió en el caso RUMASA) y a la posibilidad de interponer recurso de amparo frente a la posible vulneración de un derecho fundamental. Se trata esta de una forma muy devaluada y por ello inadmisibles de tutela judicial, a pesar de que el TC la dio como válida en la citada sentencia 166/1986.

Por todas estas razones afirma Parada que expropiar por ley es un modo inconstitucional de administrar.

6.- CONCEPTO Y OBJETO DE LA EXPROPIACION.

La regulación actual de la expropiación forzosa en nuestro país está constituida por la Ley de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y el Reglamento ejecutivo de dicha Ley, aprobado por Real Decreto de 26 de abril de 1957.

Si se compara la regulación que estas normas realizan de la expropiación forzosa con la que realizaba la antigua Ley de 1879, se aprecia que se ha producido una evolución expansiva del concepto de expropiación, en cuanto se ha ampliado tanto su objeto, como su causa y sus sujetos, lo que es una consecuencia de esa nueva concepción de la propiedad, que ya no se considera como un derecho absoluto que excepcionalmente puede sufrir una especie de venta forzosa a favor de la comunidad, sino como un derecho supeditado a los intereses generales y cuyo contenido es definido por el Estado.

De acuerdo con el art.1º de la vigente LEF, en el concepto de expropiación forzosa se encuentra comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación en su ejercicio.

Por lo que respecta al objeto de la expropiación, la ampliación de la materia expropiable es un rasgo característico de la evolución de esta institución. La Ley de 1879 hablaba expresamente en su art. 1 de la propiedad inmueble. Más tarde se admitió, sin embargo, la posibilidad de expropiar bienes muebles por razones de interés histórico o artístico, y la Ley vigente formula con tal amplitud el campo de aplicación de la expropiación que ésta viene a ser utilizable en relación con cualquier forma de propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos. Con esta amplia fórmula, ya no se considera la propiedad inmueble como único objeto de la expropiación, sino que se admite que ésta se ejerza sobre cualquier situación jurídica patrimonial, ya sea real u obligacional, y, por consiguiente, sobre bienes muebles e incorpóreos (títulos de crédito, por ejemplo). No se comprenden, como es evidente, los derechos de la personalidad y los familiares, porque se trata de bienes que están fuera del comercio de los hombres.

La garantía expropiatoria u objeto de la expropiación incluye también la privación de intereses patrimoniales, como lo hace la Ley al declarar indemnizables los gastos originados en las expropiaciones que dan lugar al traslado de poblaciones, como los debidos al cambio forzoso de residencia, gasto de viaje, transporte, jornales perdidos, etc.

7. LOS SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA.

Tres son los sujetos que intervienen en la expropiación: el expropiante, el expropiado y el beneficiario.

1. El expropiante. El expropiante es el titular de la propiedad expropiatoria. De acuerdo con el art.2.1 de la LEF, la ex.forzosa sólo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia o el Municipio, esto es, los entes públicos territoriales, a los que ahora habrá que añadir las CCAA. En principio, por tanto, sólo las administraciones territoriales son titulares de la p.expropiatoria, aunque ello no quiere decir que los organismos de carácter institucional no puedan expropiar, si las leyes expresamente les asignan esta facultad. Si no es así, habrán de solicitar su ejercicio, cuando proceda, a la Administración territorial de la que dependan.

Como regla general, los órganos encargados de ejercer en concreto la p.expropiatoria son el Subdelegado del Gobierno en la Provincial en las expropiaciones del Estado y el Presidente de la Diputación y el Alcalde en las de las Administraciones locales.

2. El beneficiario. El b. es, según el art.3 del REF, "el sujeto que representa el interés público o social, para cuya realización está interesado a instar a la Admon. expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiados". En la Ley de 1879, y salvo el caso especial de las empresas concesionarias, el supuesto normal era que coincidiese subjetivamente la condición de expropiante y la de beneficiario: el Estado o los entes locales expropiaban para adquirir los bienes inmuebles que habían de ser sacrificados a la ejecución de un plan de obras públicas del propio ente público. Hoy, sin embargo, los beneficiarios pueden ser sujetos distintos de los expropiantes, incluso los propios particulares.

En concreto, beneficiarios de la expropiación por causa de utilidad pública pueden serlo, además de los propios Entes territoriales, los entes institucionales y los concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición. Por causa de utilidad social, podrán ser beneficiarios, aparte de los anteriores, cualquier persona natural o jurídica en la que concurran los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos.

Los beneficiarios, cuando no son expropiantes, pueden instar la ex.f. de quien tenga facultades expropiatorias, debiendo justificar plenamente la procedencia legal de la exp. y su cualidad de beneficiarios. En este caso, como señala el REF (art.4), el expropiante decide de modo ejecutorio sobre la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto del expropiado y adopta todas las demás resoluciones que impliquen ejercicio de dicha potestad, esto es, actúa como intermediario, como un juez o árbitro, gestionando la adquisición de los bienes en favor del beneficiario.

3. El expropiado. Es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto de la expropiación. El status de expropiado no lo adquiere el sujeto en virtud de ninguna cualidad ni circunstancia personal, sino como consecuencia de su relación con la cosa objeto de la expropiación, es, como dicen GE y TRF una cualidad "ob rem", por relación a la cosa. Por ello, y porque la Ley dice expresamente que la ex. de los bienes puede realizarse "cualquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan", hay que entender que pueden ocupar la posición de expropiado tanto los entes públicos respecto de sus bienes patrimoniales (así, p.ej., cuando se expropian por el Estado grandes zonas destinadas a un pantano, dentro de las cuales puede haber bienes de Municipios), como cualquier sujeto privado. Incluso quienes no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial los bienes que administren o disfruten se consideran autorizados para verificarlo en los supuestos de la LEF. (art.6, en este caso las cantidades a que ascienda el justo precio se depositarán a disposición de la autoridad judicial para que les de el destino previsto en las leyes). También puede ser sujeto expropiado la Iglesia, aunque en estos casos hay que estar a lo dispuesto en los acuerdos con la Santa Sede, advirtiendo a la autoridad eclesiástica y esperando a que se secularicen los bienes.

También como consecuencia de esta configuración del expropiado por su relación con el objeto de la expropiación, si aquél transmite dicho objeto a un tercero cuando ya ha sido iniciado el proced. expropiatorio, se considerará subrogado el nuevo titular, como dice la LEF (art.7), en las obligaciones y derechos del

anterior.

8.- LA CAUSA DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA, EL REQUISITO DE LA DECLARACION DE INTERES PUBLICO O SOCIAL.

Por causa de la expropiación forzosa se entiende el motivo o finalidad que justifica el apoderamiento o sacrificio de un bien o derecho en favor del beneficiario de la expropiación. Esta finalidad o justificación debe perdurar durante un tiempo, de tal manera que si la causa de la expropiación desaparece antes de su transcurso, surge el derecho del expropiado a la reversión, derecho que consiste en la devolución de los bienes como luego veremos.

De acuerdo con el art. 33 CE, nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad o interés social, siendo éstas, como también reconoce el art.1 de la LEF, las causas que justifican la expropiación. Tradicionalmente, la expropiación sólo se justificaba por razón de la utilidad pública que representaban las obras causantes del sacrificio concreto de propiedades particulares. Pero la generalización del mecanismo expropiatorio a los bienes muebles y a la admisión de los sujetos privados como posibles beneficiarios, derivada del desbordamiento de los ámbitos tradicionales de intervención administrativa que ha tenido lugar en este siglo, planteó la insuficiencia de la utilidad pública como única causa de expropiación, incorporándose por ello el nuevo concepto de interés social. Este cambio de concepción sobre el contenido y significado de la causa expropiatoria se ha puesto de relieve en la Sentencia del TC de 2 de diciembre de 1983 sobre la expropiación de las empresas del grupo RUMASA. Esta expropiación no se justifica por el TC por la clásica finalidad de realización de obras o de prestación de servicios públicos, sino por valores más inmateriales, como son la utilidad pública de defender la estabilidad del sistema financiero o el interés social de defender los intereses legítimos de los depositantes en las entidades de crédito del holding.

De acuerdo con el art. 9 de la LEF, para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado. De acuerdo con los preceptos de esta Ley, esta declaración ha de realizarse mediante Ley formal, bien caso por caso o bien de forma genérica para una categoría especial de bienes, obras, servicios o fines, en cuyo caso su reconocimiento, en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros. No es necesario, sin embargo, este acuerdo del Consejo de Ministros en aquellos supuestos en que las leyes lo excepcionan, como es el contenido en la propia LEF, que dispone que "la utilidad pública se entiende *implícita*, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio", con lo que basta la individualización de los bienes que se realiza en el plan de obras para que se entienda cumplido respecto a dichos bienes la declaración de utilidad pública de su expropiación. Otras leyes contienen también disposiciones en este sentido.

9.- EL REQUISITO DE LA NECESIDAD DE OCUPACION.

Se trata de una fase importante de la expropiación, pues en ella se singularizan, entre los que ya fueron previamente declarados de utilidad pública o interés social los bienes o derechos que se van a expropiar, y se individualiza, por tanto, a sus titulares.

Los trámites que integran el procedimiento normal de declaración de necesidad de ocupación son los siguientes:

- La administración expropiante o, en su caso, el beneficiario, debe formular una relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que se considere que se han de expropiar. La publicidad de la relación de bienes o derechos expropiables se hace en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en cuyo término radiquen los bienes y además, cuando la ex. la realice el Estado, es necesario que dicha relación se publique en el BOE del Estado y en el de la Provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia.

- Se abre entonces un período de información pública durante un plazo de quince días, en el que los particulares titulares de derechos o intereses afectados por la ex. podrán presentar alegaciones e incluso oponerse, por razones de fondo o de forma, a la necesidad de ocupación. En el caso de que se opongan a la necesidad de ocupación, deberán señalar los fundamentos de la misma, y podrán también indicar los motivos por los que deba considerarse 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.
- Al finalizar el trámite de información pública se abre otro de veinte días durante el cual el órgano administrativo expropiante debe proceder al examen y calificación de los fundamentos de la oposición a la necesidad de ocupación de los escritos que se hayan presentado, realizando las comprobaciones que estime oportunas.
- Esta fase finaliza con el acto administrativo por el que se resuelve sobre la necesidad de ocupación, describiendo en la resolución detalladamente los bienes y derechos a que afecta la expropiación y designando nominalmente a los interesados con los que hayan de extenderse los sucesivos trámites.

El acuerdo de necesidad de ocupación se publica de igual forma que el acto por el que se ordene la apertura de la información pública y ha de notificarse personalmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio. Contra este acuerdo caben los recursos administrativos que sean procedentes (frente a la resolución del subdelegado del Gobierno cabe recurso de alzada ante el Ministerio correspondiente, frente a la del presidente de la diputación y el alcalde, cabe recurso de reposición). La LEF prohíbe reclamar en vía contencioso-administrativa contra la resolución administrativa del recurso interpuesto contra el acuerdo de necesidad de ocupación, pero en la actualidad la jurisprudencia admite su impugnación, por aplicación de los arts.24 y 106.1 de la Constitución.

Este trámite de la necesidad de ocupación resulta eliminado, según dispone el art.17 de la LEF, cuando el proyecto de obras y servicios comprenda la descripción detallada en los aspectos material y jurídico de los bienes y derechos que se consideren de necesaria expropiación, pues en este caso la aprobación de dicho plan o proyecto implica también el acuerdo de necesidad de ocupación. Este supuesto, que es utilizado con gran frecuencia en la práctica, comporta como ha denunciado la doctrina, una grave exclusión de las garantías del particular para poder oponerse a la designación de los bienes o derechos objeto de la posible expropiación y poder proponer otros alternativos, siendo ésta la función más importante que debe garantizar esta fase del procedimiento expropiatorio. También se prescinde de este trámite, y hasta de la misma relación detallada de los bienes a expropiar, en los supuestos de expropiación urgente.

10.- EL JUSTO PRECIO. NATURALEZA Y CRITERIOS DE VALORACION.

a) La regla del previo pago y la naturaleza del justiprecio.

La indemnización es un elemento fundamental del mismo concepto de expropiación, como lo demuestra que es un elemento siempre presente en las sucintas definiciones que sobre ésta institución contienen los textos constitucionales (así, art.33 CE). Su finalidad es compensar económicamente al expropiado por la privación del bien o derecho objeto de la expropiación.

La doctrina discute sobre cuál es la naturaleza jurídica de la indemnización expropiatoria, tradicionalmente llamada justiprecio, existiendo a este respecto dos teorías:

- La de quienes, como GE y TRF sostienen que el justiprecio es un presupuesto o requisito previo para la ocupación de los bienes expropiados.
- La de quienes, como Parada, afirman que en la actualidad el justiprecio se configura más bien como una indemnización a posteriori por el daño ocasionado por la privación del bien o derecho.

Ambas tesis, es curioso, utilizan al art.33.3 de la CE para fundamentar su teoría. Para los primeros, la expresión mediante la correspondiente indemnización que utiliza la Constitución equivale a "por medio de", esto es, a utilizar el camino intermedio de la indemnización para llegar al efecto final de la privación en que la ex. consiste, coincidiendo, por tanto, con la expresión "previo pago" que utilizaban las anteriores Constituciones, mientras que para el segundo, el que la C. haya sustituido la expresión "previo pago" por la de "mediante la correspondiente indemnización" es expresiva de la configuración del justiprecio como una figura simplemente indemnizatoria.

Pero con independencia de estas discusiones doctrinales, lo cierto es que la práctica del ejercicio de la potestad expropiatoria parece dar la razón a la tesis de Parada, debido a la generalización del procedimiento de urgencia en el que, como veremos, no opera la regla del previo pago, y por la inclusión en el concepto de expropiación de nuevas figuras en las que dicha regla no funciona, como las requisas o ex. por razones de necesidad, las ocupaciones temporales y las expropiaciones legislativas. El propio TC ha dicho, en la S. de 19 de diciembre de 1986 sobre el caso RUMASA, que el art.33 de la CE no exige el previo pago de la indemnización y esto, unido a la garantía de que la ex. se realice "de conformidad con lo dispuesto en las leyes" hace que dicho artículo consienta tanto las ex. en que la Ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo por ello inconstitucional una Ley como la de RUMASA que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio.

b) Criterios generales y reglas concretas de valoración.

Desde una perspectiva general puede decirse que el criterio central de valoración de cualquier bien es el que determina el mercado y por ello, y preferentemente, el valor que el bien expropiado pudiera tener en una eventual compraventa. El problema está en que no todos los bienes tienen una cotización precisa (como ocurre en las bolsas de valores), por lo que si no se han producido transacciones con anterioridad no puede acreditarse el valor en venta o de mercado, lo que lleva a recurrir a otros criterios y reglas para valorar los bienes expropiados. El Tribunal Constitucional, interpretando el art. 33.3 de la Constitución, ha soslayado como criterio central de valoración la referencia al valor de mercado y es más, advierte que son diversos los criterios para determinar el valor real y no únicamente el precio de una eventual compraventa, criterios o reglas de valoración que corresponde prescribir al legislador ordinario (Sentencia sobre la expropiación de RUMASA de 19 de diciembre de 1986).

La Ley de Expropiación de 1954 no establece un criterio claro y único para la determinación del justiprecio. En todo caso, la Ley no parte de la simple valoración fiscal de los bienes, porque ello supondría, según dice la Exposición de Motivos de la Ley, volver la espalda a realidades económicas elementales, por lo que las valoraciones fiscales habrán de ponderarse con las de mercado y con la apreciación de circunstancias específicas que, de no tenerse en cuenta, provocarían una tasación por completo irrazonable. Por su parte, el TS considera la valoración fiscal de los bienes o derechos como un dato más a tener en cuenta, al que en todo caso otorga el significado de cuantía mínima a la que en ningún caso puede ser inferior el justiprecio.

La LEF contiene diversas reglas especiales sobre la determinación del justiprecio, en las que la regla del valor fiscal se combina con otros criterios, como, a título de ejemplo, la ponderación del valor fiscal y del valor de mercado a través de la media aritmética de ambos que establece el art.38.2 (los edificios se justipreciarán en la medida aritmética que resultare del valor actual de venta de otras fincas análogas en el mismo municipio y de la capitalización al tipo del interés legal del líquido imponible señalado para la contribución urbana).

Al margen de la legislación general de expropiación forzosa, el derecho urbanístico ha supuesto el alumbramiento de normas especiales para la valoración de los bienes inmuebles, valoraciones que, desde la Ley 8/1990, se han declarado aplicables a todo tipo de expropiaciones de terrenos para obras públicas, al margen de que tengan por finalidad o no la ejecución de planes de urbanismo.

Pero, junto a estas reglas de valoración establecidas por las normas, el art. 43 de la LEF reconoce el principio

de libertad estimativa, en virtud del cual, tanto el propietario como la Administración podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, si la evaluación practicada conforme a los criterios que establece la Ley no resultare, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación, por ser éste superior o inferior a aquélla. El Jurado provincial de expropiación también podrá hacer aplicación de este artículo.

c) Conceptos indemnizables y momento de la valoración.

Por lo que respecta a los **conceptos indemnizables**, el TS supremo entiende, ante la falta de un precepto legal expreso que así lo diga, que en los elementos integrantes de la valoración se comprenden, en principio, todos los daños y perjuicios patrimoniales, incluyendo dicha indemnización en el justiprecio.

Las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables, salvo cuando se hubieran realizado de mala fe (Art.36).

Tampoco se tiene en cuenta el valor afectivo o sentimental que para el expropiado pudieran tener los bienes, sino sólo su valor objetivo. Sin embargo, la LEF establece en el art.47 una compensación alzada por aquél concepto, abonándose al expropiado además del justiprecio un 5 por 100 del mismo como "premio de afección".

En cuanto al **momento de la valoración** de los bienes expropiados, las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plan o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro.

11.- LOS PROCEDIMIENTOS DE VALORACION DEL JUSTIPRECIO.

Una vez firme el acuerdo por el que se declara la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de derechos expropiables, se procederá a la fijación del justiprecio, abriéndose a tal fin un expediente individual a cada uno de los propietarios de los bienes expropiables. Los procedimientos para la fijación del justiprecio son dos: el sistema del mutuo acuerdo y el sistema del jurado provincial de expropiación.

a. El sistema del mutuo acuerdo. Según el art.24 de la LEF, el primer medio al que deben acudir el expropiado y la admon. para valorar la cuantía de la indemnización es el del acuerdo amistoso, para el que disponen de un plazo de quince días. Si durante el mismo llegan a un acuerdo se da por concluido el expediente iniciado. Si el acuerdo no se lograra, se seguirá el procedimiento ante el Jurado provincial de expropiación, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de tramitación del proced. es. puedan ambas partes llegar a un acuerdo.

b. El sistema del Jurado Provincial de Expropiación. Dicho jurado constituye un organismo arbitral para la fijación de la indemnización. El sistema de valoración objetiva del j. por este órgano consta de dos fases:

– Formalización de las posiciones discrepantes de las partes en las hojas de aprecio. La admon. requiere al particular para que en el plazo de veinte días formule su "hoja de aprecio de la propiedad", en la que ha de concretar el valor en que estima el objeto que se le expropia, pudiendo aducir cuantas alegaciones estime pertinentes. Esta valoración habrá de ser forzosamente motivada y podrá estar avalada por la firma de un perito.

La administración expropiante, a la vista de la anterior "hoja de aprecio", habrá de aceptar o rechazar la valoración del particular en igual plazo de veinte días. En el primer caso se entenderá determinado definitivamente el justo precio y el beneficiario procederá al pago del mismo, como requisito previo a la

ocupación o disposición. Pero si no hay acuerdo, la admon. deberá, a su vez, extender también dentro de un plazo igual de veinte días su "hoja de aprecio", fundada en el valor del objeto de la ex., que se notificará al propietario, el cual, dentro de los diez días siguientes podrá aceptarla lisa y llanamente o bien rechazarla, en base a las alegaciones y pruebas que estime oportunas. Si el propietario rechaza el precio ofrecido por la admon., se pasará el expediente de j. al Jurado Provincial de expropiación..

b. Decisión del Jurado provincial de expropiación. Este importante órgano fué creado por la LEF para dirimir objetivamente los conflictos de las partes en la fijación del justiprecio. Es un órgano administrativo de naturaleza arbitral y se encuentra adscrito al Gobierno civil de la Provincia.

Está compuesto por cinco miembros, uno neutral (el Presidente, cargo que corresponde a un Magistrado designado por el Presidente de la Audiencia correspondiente), y cuatro vocales en representación de las partes (un Abogado del Estado y un funcionario técnico (Arquitecto de Hacienda, Ingeniero de caminos etc.) en representante de la Admon. y un Notario y un representante de la Cámara Oficial o Colegio profesional, según la nat. del bien expropiado, –Agraria, de la propiedad urbana, Colegio profesional u organización profesional– en representación de los intereses del sector privado.

El jurado provincial de ex., decidirá en el plazo de ocho días, que en la práctica no se cumple, sobre el justo precio que corresponda, a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la admon. La imp. mayor de las decisiones del jurado es que son ejecutorias, y si el beneficiario paga el justiprecio acordado por el mismo, puede procederse a la ocupación del bien. Las resoluciones de este órgano agotan la vía administrativa y contra la misma procederá tan sólo el recurso cont. administrativo. La fecha del acuerdo constituye el término inicial para la caducidad de la valoración, que se producirá por el transcurso de dos años sin que la cantidad fijada como justo precio se pague o se consigne, en cuyo caso deberá procederse a una nueva valoración.

Con esta figura del Jurado Provincial de Expropiación, la LEF ha pretendido reunir en el seno de un organismo el mayor número posible de expertos para la valoración de los bienes. Sin embargo, si teóricamente dicha composición es irreproachable, la realidad, como señala Parada, ofrece un funcionamiento muy defectuoso, pues, como sus componentes son funcionarios o representantes que tienen a su cargo otras tareas prioritarias, la dedicación suele ser mínima. Esto se traduce en el incumplimiento de los plazos y en una escasa fundamentación de las resoluciones, por lo que urge una revisión a fondo del sistema, quizás en la línea de lo que se ha hecho en Francia con una reforma del año 1958, que ha otorgado la competencia para la determinación de las indemnizaciones ex. a la jurisdicción civil, suprimiendo el Jurado Provincial de expropiación.

12.– EL PAGO DEL PRECIO Y LAS RESPONSABILIDADES POR DEMORA. INTERESES Y RETASACION.

El justiprecio se abonará en el plazo máximo de seis meses precisamente en dinero (en la expropiación por fines urbanísticos se admite, sin embargo, que la Administración actuante satisfaga el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que el expropiado) y previa acta, que se levantará ante el Alcalde del término en que radiquen los bienes o derechos expropiados, si bien el beneficiario y el expropiado podrán convenir otra forma y lugar de pago, estando el pago exento de toda clase de gastos, de impuestos y gravámenes del Estado, Provincia o Municipio.

Cuando el propietario rehusare recibir el precio el beneficiario consignará el justiprecio en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente, lo que produce el efecto del pago a efectos de posibilitar la toma de posesión del bien o derecho por el beneficiario, pero el expropiado tendrá derecho a que se le entregue la indemnización hasta el límite en que exista conformidad, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio.

Pero, ¿Qué ocurre cuando la Admon. demora la determinación o el pago del justiprecio más allá del plazo de seis meses previsto como máximo en la Ley?. En este caso la LEF trata de proteger al expropiado frente al perjuicio que le ocasiona recibir un dinero devaluado, y ello lo hace con tres medidas:

1. Mediante el pago de intereses de demora al expropiado en dos supuestos:

- Cuando el expediente expropiatorio se demora más de seis meses, contados desde su iniciación, sin haberse determinado de forma expresa el justo precio. En este caso, la administración expropiante deberá abonar al expropiado el interés legal del justiprecio hasta que dicho expediente de determinación del precio finalice, interés que se liquidará lógicamente con efectos retroactivos una vez que el justiprecio haya sido determinado.
- Cuando el beneficiario pague después del plazo de seis meses en que tiene que hacerlo, deberá asimismo pagar el interés legal de demora del justiprecio por los días de retraso.

2.- La retasación. De acuerdo con el art.58 de la LEF, si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectiva o se consigne, habrá de procederse de nuevo a evaluar las cosas o derechos objeto de la expropiación. Se trata ésta de una fórmula que se ha revelado como muy poco efectiva para proteger al expropiado, pues se limita a ofrecer al expropiado, que ha sufrido durante largos años los trámites de una expropiación, la posibilidad de que vuelva a instar un nuevo expediente de fijación del justiprecio, lo que le supone seguir sin cobrarlo y tener que soportar nuevos trámites administrativos y, en su caso, nuevos procesos judiciales. Por ello, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández postulan la introducción de fórmulas que permitan una revisión automática del justiprecio sin tener que emprender el penoso camino de una vuelta atrás.

3.- La prioridad de los procesos sobre expropiación. La LEF declara de turno preferente los procesos contencioso- administrativos sobre expropiación. Esta medida resulta sin embargo, como señala Parada, ineficaz, dado el enorme retraso con que, ante una acumulación de recursos desbordante, actúa de ordinario la Jurisdicción contencioso- administrativa.

13.- LA OCUPACION DE LOS BIENES EXPROPIADOS. MOMENTO DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD.

El efecto fundamental del pago o de la consignación, cuando este cumple se cumple el requisito del previo pago, es que da derecho al beneficiario a la ocupación de la finca o el ejercicio del derecho expropiado, ocupación que se documenta por la admon. en un acta. Este efecto se produce aunque el justiprecio fijado por el Jurado haya sido impugnado en la vía administrativa o jurisdiccional, como consecuencia de la ejecutividad de los actos administrativos y salvo los supuesto en los que el órgano encargado de resolver el recurso acuerde la suspensión.

La LEF no señala cuál es el momento en que realmente se produce la transmisión de la propiedad, pero aplicando el art.609 del CC, la adquisición de la propiedad por la admon. tendrá lugar cuando previo el pago, que hace de título, ésta tome posesión de los bienes, posesión u ocupación que puede entenderse efectuada por la redacción del acta de ocupación (art.1462 CC).

El momento de la transferencia de la propiedad es, en todo caso, anterior e independiente del momento en que se cumple el trámite, no constitutivo, de la inscripción de los bienes a favor de la administración en el registro de la propiedad.

En el caso de expropiación urgente, la transferencia de la propiedad se produce también en el momento de la ocupación de los bienes expropiados, a pesar de que en este caso, como veremos, sólo se realiza un depósito previo a la ocupación. La administración adquiere sin embargo, desde el momento de la ocupación, las

facultades dispositivas sobre el bien o derecho expropiado y la facultad de alteración sustancial sobre el mismo, pudiendo, p.ej., proceder a realizar las obras públicas para las que se expropia, por lo que ante esta desposesión absoluta del expropiado no cabe otra interpretación que la de que se ha transmitido la propiedad, aunque la inscripción en el Registro no proceda, según la Ley, hasta que se verifique el pago definitivo o su consignación. Así lo han entendido tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Constitucional.

14.- LA EXPROPIACIÓN URGENTE.

La ex. urgente se configura por la LEF como un proced. ex. excepcional, pero esta excepcionalidad va convirtiéndose en regla general, puesto que la mayoría de los procedimientos llevan aparejada la declaración de urgencia. De esta forma, como señalan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández la ex. urgente se está convirtiendo en la puerta falsa que permite a la admon. evadir lisa y llanamente las garantías inherentes a la institución expropiatoria. Como dice Martín Mateo, "es deseable y explicable que la admon. tenga prisa en realizar las obras, pero la celeridad estaría mejor ubicada en la tramitación del expediente expropiatorio que no en el acortamiento de las garantías".

De acuerdo con la LEF, art.52, "Excepcionalmente, y mediante acuerdo del Consejo de Ministros, podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que de lugar la realización de una obra o finalidad determinada". Esta declaración lleva implícita la de necesidad de ocupación de los bienes o derechos que hayan de ser expropiados (por lo que debe individualizar los bienes) y según el REF contra él no cabe recurso alguno, aunque tras la aprobación de la CE y en base al art.24 y 106 el TS ha entrado en el fondo de numerosos recursos contra Decretos declaratorios de la urgencia, rechazando dicha inadmisibilidad.

Declarada la urgencia –e implícitamente la necesidad de ocupación–, debe extenderse el acta previa a ésta, documento cuya finalidad fundamental es la de constatar el estado físico y jurídico de los bienes o derechos afectados por la medida expropiatoria, para extraer de tales datos las oportunas consecuencias valorativas de los bienes o derechos objeto de ocupación. Debe para ello notificarse a los interesados el día y la hora en que va a levantarse dicha acta, lo que se hace constituyéndose en la finca que se trate de ocupar el representante de la administración, acompañado de un perito y del alcalde o el Concejale en quien delegue, los propietarios y los demás interesados. En este acta previa 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 ocasionados por la rápida ocupación.

A la vista del acta previa a la ocupación y de los documentos que obren en el expediente, la Administración fija una cantidad provisional por la expropiación con arreglo a criterios exclusivamente fiscales, cantidad que se consigna en la Caja General de Depósitos (conocida por ello como depósito previo), devengando esta cantidad el interés legal del dinero hasta que se produzca el completo pago o consignación del justiprecio. Además, es preciso que la admon. fije la indemnización que procede por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, indemnización que se abonará al expropiado o se consignará. Una vez hecho esto, la admon. procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate "en el plazo máximo de quince días" (de lo contrario no estaremos ante el proced. de urgencia sino ante el ordinario y como ha declarado el TS, no es posible ocupar la finca sin el previo pago del justiprecio), sin que sea admisible al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar.

Una vez efectuada la ocupación, se tramitan las fases de justiprecio y pago del expediente expropiatorio conforme a las disposiciones establecidas para el procedimiento ordinario, debiendo darse a estos expedientes preferencia para su rápida resolución.

Este procedimiento, como señalan García de Enterría y T.R. Fernández, se ha visto desvirtuado en la práctica, pues las declaraciones de urgencia no se producen en base a urgencias reales, sino que constituyen más bien una regla general, de tal forma que se invierte la regla de justiprecio en perjuicio del expropiado y sin una justificación suficiente.

15.- LA REVERSION EXPROPIATORIA.

La reversión, según precisa el art. 54 de la LEF (modificado, junto con el 55 por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación), es el derecho del expropiado o sus causahabientes, en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, de recobrar la totalidad o la parte sobrante del bien expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de una indemnización. Este precepto configura, por tanto, el derecho del expropiado a recuperar el bien que se le expropió, a deshacer la expropiación, derecho que se conoce como "reversión".

Este derecho se fundamenta en la prohibición de la realización de obras o el establecimiento de servicios distintos de los que dieron lugar a la expropiación (art.66 del Reglamento). En cuanto a su **naturaleza jurídica**, Parada considera adecuado entender que en la reversión se da un derecho potestativo de compra a favor del expropiado al que sigue una obligación de vender el bien no utilizado, que funciona como un derecho real de adquisición preferente que puede anteponerse al derecho de los colindantes y los titulares de otros derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad siempre que, tal como ha establecido la Ley de la Edificación de 1999, se haya hecho constar este derecho preferente en la inscripción en el Registro del dominio y demás derechos reales de los bienes inmuebles adquiridos por expropiación.

La jurisprudencia considera el derecho de reversión como un derecho transmisible por negocio *inter vivos*, por lo que el adquirente debe considerarse causahabiente del expropiado a efectos de su ejercicio.

Las **causas legitimadoras** de la reversión son tres:

- No ejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivó la expropiación.
- Existencia de bienes sobrantes después de realizadas aquéllas.
- Pérdida de la afectación de los bienes o derechos. La Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 ha corregido la rigidez de la regulación que no permitía a la Administración cambiar nunca la afectación por la que se había expropiado, situándola en la disyuntiva de mantener una obra o servicio inadecuado o perder por reversión los bienes expropiados. Ahora es posible el cambio de afectación cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley.

En cuanto al tiempo de ejercicio, La Ley de Ordenación de la Edificación descarta el derecho de reversión por pérdida de la afectación de los bienes o derechos cuando hayan transcurrido veinte años desde la toma de posesión de los bienes o derechos.

Requisito común para el ejercicio del derecho de reversión en estos tres supuestos es que la Administración, previa declaración expresa o implícita del supuesto de hecho que da lugar a la reversión (por declaraciones o actos administrativos que impliquen la inejecución de la obra o el no llevar a cabo el establecimiento del servicio), notifique ésta al expropiado, para que éste, en el plazo de un mes, pueda instar la reversión. Sin embargo, como en muchos casos esta declaración de la Administración no se produce, la legislación de EF arbitra otros medios para que el particular pueda ejercitar el derecho de reversión. Así, de acuerdo con el art.64 del REF, se entiende no ejecutada la obra o establecido el servicio por el transcurso de cinco años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la admon. sin que se hubiese iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio, o dos años desde la fecha prevista a este efecto, momento a partir del cual los titulares de aquéllos bienes o derechos o sus causahabientes, podrán advertir a la

admon. expropiante su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente ejercitarla si transcurren otros dos años desde la fecha de aviso sin que se hubiese iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio.

La **competencia** para resolver sobre la reversión corresponde a la Administración en cuya titularidad se halle el bien o derecho en el momento en que se solicite aquélla o a la que se encuentre vinculado el beneficiario de la expropiación.

En cuanto a los **efectos**, la reversión obliga a la devolución de los bienes al expropiado, aunque no siempre procede la reversión *in natura*, es decir, mediante la devolución del bien expropiado. Así ocurre en los casos en que la utilización del bien con una finalidad pública distinta produce una alteración del mismo que haga imposible su devolución (p.ej., si sobre los terrenos expropiados se ha realizado una obra pública distinta de la prevista), lo cual está prohibido de acuerdo con el art.66 del REF, pero en caso de que se haga, y sin perjuicio de las responsabilidades que la admon. pueda exigir a sus funcionarios con este motivo, el derecho reversional se traducirá en una indemnización por daños y perjuicios.

El procedimiento reversional se inicia mediante una solicitud a la Administración expropiante en el plazo de un mes, plazo que empezará a contarse:

- Desde el día siguiente a la notificación formal del acto que diere lugar a la reversión.
- Desde que el interesado compareciera en el expediente y se diera por notificado de las declaraciones, disposiciones o actos administrativos que implicaren la inejecución de la obra o el no establecimiento del servicio que motivaron la expropiación.
- Una vez que transcurran los plazos de cinco y dos años antes señalados.

Una vez instada la reversión, la Administración resolverá previo informe del beneficiario y previas las comprobaciones oportunas, contra cuya resolución cabrán los recursos administrativos que sean procedentes y posterior recurso jurisdiccional.

Acordada la reversión, se produce la recuperación por su antiguo titular del bien o derecho que le fue expropiado, y a cambio, éste tiene la obligación de devolver al beneficiario el justo precio del bien o derecho. Ahora bien, como entre la expropiación y la reversión pueden mediar diferencias de tiempo de muchos años, es preciso saber a qué momento se debe referir la tasación del justo precio que se debe devolver. La LEF opta en este sentido por la misma solución general prevista para la tasación del justo precio de la expropiación. Si no han transcurrido más de dos años, el justo precio que se debe devolver será el inicial de la ex., incluyendo las mejoras realizadas por el beneficiario en la cosa expropiada y deduciendo los daños ocasionados, y en caso contrario, se aplicará analógicamente la técnica de la retasación prevista en el art.58 de la ley, procediéndose a una nueva valoración.

16.- GARANTIAS JURISDICCIONALES

La LEF establece una doble garantía jurisdiccional en protección de la propiedad frente a su privación sin expropiación o frente a las expropiaciones irregulares: la contencioso- administrativa y la interdictal ante los tribunales civiles. De acuerdo con el art. 1235 de la Ley, siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida.

La intervención del juez civil sólo está justificada en el caso extremo de incompetencia de la autoridad administrativa o falta de procedimiento, que son los supuestos que se engloban en la llamada vía de hecho que

con carácter general contempla, a contrario sensu, el art. 101 de la Ley 30/92: no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. En la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1998 se ha introducido una especie de "interdicto administrativo frente a la vía de hecho al que nos referiremos en el capítulo correspondiente al proceso administrativo.

El recurso contencioso– administrativo ordinario se interpone, por su parte, contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de sus piezas separadas. Cuando se recurre contra la resolución final de la expropiación puede impugnarse tanto el justiprecio como la legitimidad de la expropiación misma. En la LEF se exige que para recurrir contra el justiprecio el recurso se funde en que la cantidad fijada origine una lesión inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno, aunque este requisito es como señala Parada de dudosa constitucional en cuanto restringe el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Hay que señalar por último que el turno preferente de los procesos de expropiación que estableció la LEF no ha sido eficaz para reducir la lentitud de los expedientes expropiatorios, pues por un lado la Ley 30/92 no garantiza en forma alguna el cumplimiento de los términos por la Administración y por otra cualquier preferencia en la tramitación jurisdiccional de los procesos resulta ineficaz ante el enorme retraso con que, dada la desbordante acumulación de recursos, vienen actuando los tribunales contencioso– administrativos.

TEMA XXII. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.– ORIGENES Y REGULACION POSITIVA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

La responsabilidad es la posición del sujeto a cargo del cual la Ley impone la consecuencia de un hecho lesivo sobre un interés protegido. Esta responsabilidad puede ser contractual, cuando la obligación de resarcir deriva del incumplimiento de un deber nacido de una relación jurídica singular, o extracontractual, cuando se origina al margen de la existencia de una relación contractual por una acción u omisión que transgrede el mandato general de no hacer daño a otro.

La responsabilidad extracontractual (también llamada aquiliana), tiene su origen en el Derecho civil, y puede ser directa, por un hecho propio, o indirecta por el hecho de personas o cosas sobre las que se tiene un deber de custodia o que se han elegido para que actúen en provecho propio. En este ámbito del derecho civil el elemento de la culpa es fundamental, presumiéndose su concurrencia en el caso de la responsabilidad indirecta (responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*).

En la actualidad, también el derecho administrativo conoce la responsabilidad extracontractual del Estado, consagrada al máximo nivel por el art. 106 de la Constitución, en virtud del cual *los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*

Pero no siempre ha sido así. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial de los entes públicos ha sido admitida muy recientemente, dada la tradicional irreconciliabilidad de los conceptos de soberanía y responsabilidad, que todavía a mediados del siglo XIX Laferrière expresaba diciendo que lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compasión (aunque la jurisprudencia francesa ya admitía entonces una limitada responsabilidad de la Administración por los daños de las obras públicas). El paso desde la irresponsabilidad del Estado a la generalización del principio de responsabilidad civil de la Administración, ha seguido vías distintas en unos y otros países: jurisprudencia en Francia, aplicación de la responsabilidad extracontractual del derecho civil en Italia, y a través de la promulgación de una ley concreta a este respecto

en Inglaterra (la *Crown Proceeding Act* de 1947).

En nuestro Derecho no aparecerá un primer reconocimiento general del principio de responsabilidad civil del Estado hasta la redacción del Código Civil de 1889 (anteriormente sólo se había admitido el concepto de responsabilidad de forma singular en ciertos textos legales que enunciaban ésta). De acuerdo con el art.1902 Cc, quien por culpa o negligencia causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado. En cuanto al Estado, el art.1903, en el que se enuncia el principio de responsabilidad por daños causados por un tercero, en su apartado 3º especifica que "el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior". Una interpretación conjunta de estos dos artículos hubiera permitido concluir que el Estado respondía directamente –según el art.1902– por los daños causados por sus funcionarios cuando éstos actuaran en el ejercicio de sus cargos, y que, además, en virtud del art.1903, también respondía de los actos dañosos no de sus funcionarios, sino de sus agentes especiales. Sin embargo, la interpretación que llevó a cabo la jurisprudencia de estos preceptos fue muy restrictiva, pues consideró que el Estado, en tanto que persona jurídica, no puede actuar culpable o negligentemente, y que sólo pueden hacerlo los funcionarios a título personal, por lo que limitó la responsabilidad del Estado exclusivamente al supuesto de que su actuación se realizara por "agente especial", quedando los demás daños de los funcionarios remitidos a su responsabilidad personal.

Ante esta incapacidad de la jurisprudencia para reconocer la responsabilidad de la Administración, ésta se introdujo por vía legislativa. Con los antecedentes de la Constitución de 1931 y del Estatuto Municipal de 1935, su consagración con la mayor amplitud se produjo con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. En la actualidad, está reconocida como hemos señalado en la Constitución y regulada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92), en sus arts. 139 y ss.

Por último, han de destacarse dos notables circunstancias producidas en los últimos tiempos en relación con la responsabilidad de los entes públicos.

- que la aceptación de la resp. del Estado antes reducida a la actividad del Poder Ejecutivo haría se extiende al Poder Legislativo por la actividad que le es propia, lo mismo que al Poder Judicial.
- Que los términos en que se admite superan ya en generosidad indemnizatoria a los que son propios de la responsabilidad extracontractual que rige en el Derecho privado.

Nada queda ya pues del viejo dogma de la irresponsabilidad del Estado.

2.- FUNDAMENTO Y ORIGINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. LA SUSTITUCION DE LA NOCION DE CULPA POR LA DE LESION.

Si la responsabilidad extracontractual por daños está regulada con carácter general en el Código Civil, es necesario explicar la razón o necesidad de una regulación distinta para los daños que puedan ocasionar los poderes públicos y precisar en qué consisten las peculiaridades de este régimen jurídico.

La distinción fundamental entre la responsabilidad del Derecho civil y la responsabilidad administrativa consiste, como destacó la doctrina francesa, en que en las relaciones entre un particular y la Administración la responsabilidad se plantea en términos más simples que en las relaciones entre particulares, donde deben tenerse en cuenta elementos subjetivos como la concurrencia de culpa, porque lo decisivo es el deber de la Administración de prestar determinados servicios, originándose el daño indemnizable por la carencia o defectuosa prestación de estos. Consecuentemente con estas ideas, el Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio, entendiéndola como carencia o defectuoso funcionamiento de éste, al margen de cualquier consideración subjetiva sobre el comportamiento de los funcionarios responsables, e incluso ha llegado a soslayar esta exigencia en función de justificaciones diversas, como la idea de riesgo

creada por la Administración o el principio de igualdad ante las cargas públicas.

La construcción legal española de la responsabilidad administrativa responde a la idea de la innecesariedad del elemento de la culpabilidad, fundándose en el dato objetivo de la lesión y en la indiferencia hacia la concurrencia de culpa o dolo del funcionario o persona alguna, como exige para la responsabilidad entre particulares el Código Civil, bastando, como dice la Ley 30/92, que *el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida que se ha producido una lesión patrimonial. Numerosa jurisprudencia ha reiterado, en este sentido, que para que exista responsabilidad administrativa no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues los requisitos de su exigencia quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causalidad entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos.

Un sector de la doctrina, al que se adscribe Parada, critica esta construcción de la responsabilidad patrimonial de la Administración sobre el concepto de lesión, por considerar que una responsabilidad objetiva general de las Administraciones Públicas es económicamente insoportable e indefendible en términos de simple justicia. Consideran estos autores que en daños producto de accidentes sólo debería responder la Administración cuando sean consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, de una faute de service, que podrá existir aunque no quepa identificar culpa o negligencia alguna, pero no cuando estemos ante un funcionamiento normal del servicio, y proponen modificar en este sentido la Ley 30/92.

3.- LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA IMPUTACIÓN.

Si la responsabilidad administrativa descansa básicamente sobre la producción de un hecho dañoso derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es preciso determinar, en primer lugar, qué se entiende por servicio público, y, en segundo lugar, qué supuestos se incluyen en el normal o anormal funcionamiento de aquél.

A) Servicio público como actividad administrativa o función estatal.

La resp. del Estado alcanza hoy, como hemos visto, a la actividad del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. Además, dentro de la responsabilidad por actos del Poder Ejecutivo el término servicio público debe entenderse en un sentido muy amplio, que es el que hoy recoge la jurisprudencia, como sinónimo de actividad administrativa, comprendiendo tanto la actividad prestacional o de servicio público en sentido estricto como la actividad de policía o limitación, la actividad sancionadora, la arbitral, e incluso la de fomento, en cuanto favorezca a unos administrados en detrimento de otros.

La actividad administrativa puede ser por *acción* u *omisión* (p.ej., se ha condenado a la Administración municipal cuando incumple los deberes de inspección urbanística). En cuanto al *retraso*, en principio la jurisprudencia afirma que no son daños indemnizables los generados por la demora en la tramitación de un expediente, afirmando que el retraso burocrático tiene cauces específicos de solución a través del recurso de queja o imputando el retraso a falta del administrado, aunque excepcionalmente se han estimado indemnizables los daños causados por el retraso de la administración.

Desde otra perspectiva, la actividad administrativa que da lugar a la responsabilidad puede ser una actividad material o bien tratarse de *una actividad jurídica*, la emanación de un reglamento o acto administrativo, siempre que de lugar a un daño indemnizable (antijurídico, efectivo, evaluable e individualizable). La jurisprudencia no admitió en principio esta idea, pero acabó aceptándola cuando los actos o disposiciones administrativas ilegales originen perjuicios que deben ser indemnizados. Así parece reconocerlo, aunque de forma muy confusa, la Ley 30/92, cuando afirma que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho

a indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva (art.142.2).

Respecto a las personas que son capaces de generar la responsabilidad de la Administración, la Ley 30/92 refiere el régimen de responsabilidad a las Autoridades y al personal al servicio de la Administración, con lo que se adscribe a una interpretación amplia, en virtud de la cual no sólo los funcionarios, sino cualquier persona que en virtud de cualquier título esté inserto en la organización administrativa (funcionario interino, contratado laboral etc.) genera la responsabilidad de la Administración por los daños que produzca su actuación. Por falta de esta integración, no es posible que la imputación de la responsabilidad se produzca en el supuesto de profesiones oficiales, como los notarios o los corredores de comercio, ejercientes a título privado de profesiones públicas. En cuanto a los concesionarios de servicio público, los perjuicios que puede ocasionar su actividad a los usuarios o a terceros no se imputan a la Administración concedente, de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.

B) Funcionamiento anormal del servicio. La falta personal de los funcionarios.

Los supuestos que engloba esta rúbrica son los mismos que en Derecho francés, de donde se toma este concepto: el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado o lo ha hecho con retraso.

La generosidad del Derecho español pone sin embargo en la cuenta de la Administración todos los comportamientos de los funcionarios, sin distinguir como se hace en Francia entre lo que es una falta de servicio y una falta personal del funcionario. En el Derecho francés, en los casos de funcionamiento anormal del servicio la responsabilidad se atribuye al funcionario, y no a la Administración, cuando media una falta personal de aquél (*faute personnelle*), concepto que comprende aquellos comportamientos funcionariales de especial gravedad en los que el funcionario, como señala la doctrina francesa, actúa no como administrador mandatario del Estado más o menos sujeto a error, sino como hombre o mujer con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias. En nuestro Derecho no se admite, en cambio, esta virtud exoneratoria de la responsabilidad de la Administración cuando se aprecia una falta personal del agente o funcionario, pues, siguiendo las tesis de la doctrina dominante, la Ley 30/92 admite la responsabilidad de la Administración incluso cuando el funcionario o agente de la Administración ha actuado con dolo, culpa o negligencia grave, en cuyo caso la acción de responsabilidad se dirigirá contra aquélla, pudiendo después la Administración que ha abonado los daños resarcirse mediante el ejercicio de la acción de regreso por vía administrativa contra el agente causante del daño (arts. 142 y 145).

C) El funcionamiento normal como causa de imputación.

En cuanto a lo que ha de entenderse por funcionamiento normal del servicio público, la generosidad doctrinal y jurisprudencial ha llevado a admitir que el concepto de funcionamiento normal incluye los daños de accidente originados por el mero riesgo de la presencia de la Administración, de la actuación de un servicio o utilización de un bien público, salvando únicamente los casos de fuerza mayor. Ello ha llevado, como señala Parada, a casos en los que el reconocimiento de la responsabilidad administrativa ha sido desmesurado, como cuando, en una Sentencia del TS (de 14 de junio de 1991), se ha condenado al Estado a pagar por los daños derivados de una operación quirúrgica de la Seguridad Social, aun sin apreciarse anormalidad en el funcionamiento del hospital, ni falta de pericia alguna en el cirujano. En consecuencia, el problema para constatar si se está o no en presencia de un funcionamiento anormal se reduce en definitiva en deslindar el concepto del caso fortuito, del que responde la Administración, de la fuerza mayor en que su responsabilidad quedaría excluida. La *fuerza mayor* se caracteriza, según la jurisprudencia, por su carácter irresistible, que hace que aun en el supuesto de que hubiera haber sido prevista no podría haber sido evitada, y por su exterioridad, es decir, que resulta ajena al funcionamiento del servicio, mientras que en el *caso fortuito* el objeto dañoso se encuentra íntimamente ligado al funcionamiento del servicio y, de haberse previsto, podía haberse evitado. La prueba de la concurrencia de fuerza mayor incumbe, de acuerdo con la jurisprudencia, a la

Administración.

4.- LA LESIÓN: DAÑOS RESARCIBLES Y CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS.

De acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la reparación o indemnización administrativa se extiende *a toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos* provenientes de daños que el particular *no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*.

La jurisprudencia ha incluido entre los daños indemnizables no sólo los causados a la propiedad y demás derechos reales, sino también los daños corporales, así como los producidos por el dolor físico. También se considera en la actualidad indemnizable el daño de carácter moral, como el que la muerte causa en las personas allegadas a la víctima, pues aunque la dificultad de valorar y cuantificar económicamente el daño moral en sentido estricto (*pretium doloris*) llevó inicialmente a la jurisprudencia a su eliminación como concepto indemnizable, más recientemente una línea jurisprudencial más generosa admite el resarcimiento por estos daños, por entender que son susceptibles de evaluación o compensación económica, aunque ésta sea de difícil precisión. La Ley 30/92 admite expresamente la responsabilidad por daños a las personas de carácter físico o psíquico (art.142.5).

La Ley exige en todo caso, para que el daño sea indemnizable, que sea **efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas**. Se excluyen, en consecuencia, los daños eventuales o simplemente posibles, por su falta de efectividad. El que los daños sean evaluables económicamente no quiere decir, como hemos visto, que no exista responsabilidad por daños no materiales, sino que los daños deben ser susceptibles de cuantificación patrimonial, aunque esta resulte complicada. La evaluación económica de los daños no es necesario realizarla en al demanda, porque su concreción puede relegarse al período de ejecución de sentencia. En cuanto a la exigencia de individualización del daño, está orientada a excluir el resarcimiento de los daños derivados de medida generales, cuya indemnizabilidad las hace, ante los costes financieros a que obligaría, de imposible exigencia.

Por último, el daño o la lesión ha de ser **antijurídico**, es decir, tratarse de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art. 141 Ley 30/92). Esto supone que la Administración debe responder de los daños que ocasiona a los particulares cuando no disponga de un título jurídico especialmente previsto por la norma para legitimar dicho perjuicio. Como es evidente, no todo daño producido por la actividad administrativa es indemnizable, pues en el ejercicio de cualquier actividad que suponga limitación de derechos la Administración puede causar daños y éstos, si están amparados en una ley, no son indemnizables (así, por ejemplo, la Administración causa daños cuando impone un tributo, cuando sanciona o cuando deniega una autorización, pero se trata de daños que no son antijurídicos, que el particular tiene el deber de soportar de acuerdo con la Ley).

5.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Todo sistema de responsabilidad patrimonial supone la acción u omisión de una persona, un resultado dañoso y una relación o nexo causal entre uno y otro. Este nexo o relación causal lo expresa la Ley, en el caso de la responsabilidad de la Administración, diciendo que la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal del Servicio Público.

La determinación de esta relación de causalidad no es siempre, sin embargo, una operación sencilla, aunque existen dos supuestos en los que la cuestión no plantea problemas:

- Cuando la producción del daño se debe a una causa de **fuerza mayor**, está claro que, según el art. 106.1 de la Constitución y los arts.139 de la Ley 30/92, cuando queda probada su existencia la Administración. queda exonerada por completo del deber de reparar. La fuerza mayor la define la Ley

como hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos (art. 141.1). Antes de esta definición legal, la jurisprudencia la caracterizaba asimismo por su carácter *irresistible*, que hace que aun en el supuesto de que hubiera sido prevista no podía haber sido evitada, así como por su *exterioridad*, es decir, que resulta ajena al funcionamiento del servicio, mientras que en el caso fortuito el objeto dañoso se encuentra íntimamente ligado al funcionamiento del servicio y, de haberse previsto, podía haberse evitado.

- Tampoco plantea problemas, en sentido contrario, el deber de reparar la Administración cuando existe una *única causa referible en exclusiva a la Administración*.

Sin embargo, en la práctica, los daños suelen tener origen en una concatenación de causas, de tal forma que junto a la actuación de la Administración concurre en la producción del daño el hecho de un tercero o la falta o culpa de la propia víctima, y aquí surge el problema, pues la ley nada dispone al efecto. En estos supuestos de causalidad plural, por tanto, la solución queda referida a la jurisprudencia.

De acuerdo con las construcciones doctrinales que sobre la relación de causalidad se han efectuado en la dogmática civil y, sobre todo, penal, dos son las teorías más aceptadas para explicar la relación de causalidad cuando concurren una pluralidad de causas: desde la perspectiva de la *equivalencia de condiciones*, se considera como causa aquellos hechos o acontecimientos de los que se pueda decir que sin su concurso el daño no se habría producido, apareciendo todos ellos como condición necesaria para la producción de aquél. Por el contrario, la teoría de la *causación adecuada* distingue de todos los hechos que han podido concurrir en la producción del daño aquél que lleve consigo la mayor probabilidad de haber sido su causa generadora. La jurisprudencia española maneja ambas técnicas para resolver los problemas de la relación de causalidad cuando concurren una pluralidad de causas.

Así, cuando concurre en la producción del daño, junto a la Administración, *el hecho de un tercero*, nuestra jurisprudencia durante mucho tiempo excluía la responsabilidad administrativa por exigir que la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso fuera no sólo directa sino también exclusiva. Sin embargo, esta tendencia va a verse modificada con la Sentencia de 5 de noviembre de 1974, que condenó a la Administración por los daños a súbditos españoles en Guinea Ecuatorial (daños que, en realidad, habían sido causados por las medidas tomadas contra ellos por el Presidente Macías en represalia por determinadas noticias desfavorecedoras para éste que difundió la Televisión Española). El fundamento de la reclamación consistía en entender que los daños sufridos habían sido consecuencia del funcionamiento de TVE, servicio público del entonces Ministerio de Información y Turismo. La Sentencia estimó el recurso y condenó a la Administración a pagar las reparaciones solicitadas, a pesar de que el funcionamiento del servicio no se podía catalogar como anormal y que los daños habían sido causados por un tercero, el presidente Macías). En la actualidad, la concurrencia del hecho de un tercero no exonera necesariamente la responsabilidad de la Administración, pudiendo reconocerse la responsabilidad de ésta bien por un principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las obras públicas (como en el caso expuesto), o bien por considerar que la Administración ha infringido un deber de vigilancia sobre la actividad del productor del daño (así, por ejemplo, el TS declaró la responsabilidad de la Administración en el famoso atentado de ETA en el Hipercor de Barcelona, por considerar que se produjo una cierta pasividad o conducta omisiva de las fuerzas de seguridad tras la amenaza de boma, Sentencia de 31 de enero de 1996).

Por lo que respecta a la concurrencia de la *falta o culpa de la víctima*, se aprecian en

la jurisprudencia dos tendencias. Por un lado, algunas Sentencias mantienen una línea de dureza, exigiendo que el nexo causal sea directo y exclusivo y desestimando por ello las pretensiones en que hay alguna culpa de la víctima. Por otro lado, existe una línea más generosa que tiende a imponerse en la actualidad, en virtud de la cual el TS admite que la Administración es responsable, a pesar de que el perjudicado haya participado en el proceso de causación del daño, con una conducta imprudente o abiertamente ilícita en ocasiones (así, por

ejemplo, no excluyó el derecho al resarcimiento ante la concurrencia causal entre la culpa de la Administración y la culpa del perjudicado la Sentencia de 12 de mayo de 1982, relativa a un accidente sufrido por una avioneta en el aeropuerto de Barajas, debido a la existencia de una zanja sin señalizar, por una parte, y a que el piloto no siguió las instrucciones del señalero, por otra, distribuyendo por mitad la cuantía de los daños entre la Administración y el reclamante).

También puede ocurrir, por último, que exista una *responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas*, en cuyo caso la regla general es la solidaridad, de manera que el perjudicado pueda dirigirse a cada una de las Administraciones intervinientes y exigir la totalidad de la reparación.

6.- EXTENSION DE LA REPARACION Y SU VALORACION.

Respecto a la **extensión del daño indemnizable**, la Constitución, al declarar indemnizable toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, obliga a una reparación integral de los daños, de forma que la víctima o perjudicado resulten indemnes. La indemnización debe comprender por tanto, tal como lo reconoce la jurisprudencia, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En cuanto a los **criterios de valoración**, La Ley 30/92 establece que la indemnización se calcula con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. Se trata de una norma bastante generosa por su referencia a los valores del mercado que, como señala Parada, cuando estén perfectamente establecidos deben ser los que prevalezcan por identificarse más con los valores reales.

Por lo que respecta al **momento de la evaluación** del montante de la indemnización, La Ley 30/92 remite el cálculo de la cuantía de la indemnización al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria.

Por último, en cuanto a la **forma de pago**, la Ley 30/92 admite como novedad la indemnización en especie, además, claro está, de la indemnización en dinero, de una sola vez o mediante pagos periódicos cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

7.- LA RECLAMACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD FRENTE A LA ADMINISTRACION

El régimen jurídico de las reclamaciones por daños contra la Administración ha sido regulado por la Ley 30/92 y desarrollado por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo).

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pueden iniciarse de oficio o por reclamación de los interesados.

En el caso más frecuente de que se inicien por reclamación de los interesados, la reclamación contra la Administración por los daños ocasionados debe formularse en el plazo de un año a partir del hecho dañoso. El día inicial del cómputo es aquél en que se ha producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. Esta regla general está sujeta a dos excepciones:

- en caso de daños a las personas de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.
- Cuando se trata de daños derivados de la nulidad de un acto, el derecho a reclamar prescribe al año de la declaración administrativa o judicial de aquélla.

Dentro de este plazo, la reclamación ha de interponerse, según cuál haya sido la Administración causante del daño, ante el Ministro, Consejo de Ministros si una ley así lo dispone, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, o el Presidente de la Corporación local o entidad institucional bajo cuya dependencia se encuentra el servicio o dependencia causante del daño. La reclamación deberá ir acompañada de las pruebas que demuestren efectivamente la producción del daño y su valoración.

Para resolver, la autoridad competente debe dar audiencia al interesado y, en el caso de la Administración del Estado, es preceptivo, aunque no vinculante, el informe del Consejo de Estado. Una novedad que ha introducido el Reglamento es la posibilidad de *terminación convencional del procedimiento*, de tal forma que el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional mediante acuerdo indemnizatorio. Transcurridos seis meses desde la interposición de la reclamación sin resolución expresa o sin formalización de acuerdo, se entenderá desestimada la reclamación y quedará expedita la vía jurisdiccional (pudiéndose interponer facultativamente recurso de reposición).

Podrá seguirse un **procedimiento abreviado**, que consiste fundamentalmente en el ahorro de tiempo por la innecesariedad de actuaciones probatorias y la reducción de los plazos, cuando se entienda que son inequívocas la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización.

Este régimen de responsabilidad no es de aplicación cuando se trata de indemnizaciones derivadas de un **acto administrativo cuya anulación se pretende**. En este caso, dado que la mera anulación del acto no da derecho a indemnización, es necesario probar que el acto ha producido una lesión digna de tutela para el ordenamiento jurídico. En este supuesto caben dos alternativas: o bien se acumulan ambas pretensiones (anulación del acto e indemnización), o bien se espera a la declaración positiva sobre la anulación del acto, pudiéndose, a partir de esa fecha, interponer durante el plazo de un año la correspondiente acción indemnizatoria.

En el caso, por último, de los **servicios públicos en régimen de concesión**, la reclamación ha de dirigirse a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quien debe pagarla. Se trata de un acto administrativo claramente arbitral, como bien señala Parada, y contra él tanto el reclamante como el concesionario podrán interponer recurso contencioso-administrativo.

8.- LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El art. 121 de la Constitución declara la responsabilidad del Estado por los daños causados en cualquiera de los bienes y derechos de los particulares por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, salvo casos de fuerza mayor. Esta responsabilidad por actos de la Administración de Justicia ha sido regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que se remite la Ley 30/92 en esta materia. Al igual que en la responsabilidad administrativa general, también aquí se exige que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, sin que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales presuponga por sí sola derecho a indemnización. La reclamación se dirigirá al Ministerio de Justicia en el plazo de un año y se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, procediendo recurso contencioso-administrativo en caso de denegación.

La L.O.P.J. regula dos clases de responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia: la responsabilidad por error judicial y la responsabilidad por prisiones preventivas indebidas.

En cuanto a la responsabilidad por *error judicial*, hay un requisito indispensable para que pueda reclamarse esta responsabilidad, consistente en que previamente a la reclamación ante el Ministerio de Justicia, el error debe haber sido declarado o reconocido expresamente por un Tribunal, bien directamente mediante sentencia dictada en virtud de recurso de revisión, o bien con arreglo a un procedimiento especial que la Ley establece,

tras el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento.

En cuanto a la responsabilidad por *detenciones preventivas indebidas*, se reconoce cuando el acusado ha sido absuelto por inexistencia del hecho imputado, o cuando por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, y la cuantía de la indemnización se calcula en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

9.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS O NORMAS DEL PODER LEGISLATIVO.

El funcionamiento del Poder Legislativo puede originar también daños y perjuicios a los ciudadanos en los mismos o parecidos términos que los demás Poderes del Estado.

El supuesto central de la responsabilidad administrativa es aquél en que la Ley produce una desposesión de bienes o servicios de entes privados a favor del sector público. La indemnizabilidad se justifica aquí por el art. 33.3 de la Constitución, que no dispensa a ningún poder público de indemnizar la privación de bienes y derechos y por el art. 9.3, que predica la responsabilidad de todos los poderes públicos. Tanto la Ley de aguas de 1985 como la Ley de Costas de 1988 han reconocido una compensación a los particulares por la nacionalización de los derechos privados preexistentes, aunque sólo parcial en el caso de la Ley de Costas, que se limitó a otorgar a los perjudicados un título de concesión administrativa sobre los bienes ahora demaniales por un plazo máximo de sesenta años.

Más difícil de resolver son los supuestos de simple prohibición (por razones de riesgo o peligro) de una actividad. En estos casos (p.ej., cierre de establecimientos, destrucción de los bienes cuya utilización la ley prohíbe), Parada considera que la indemnización debe entenderse incuestionable en función de los principios constitucionales de igualdad y de prohibición de la arbitrariedad.

La Ley 30/92 ha pretendido limitar la responsabilidad derivada de las leyes, al establecer el art. 139.3 que las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar y *en los términos que especifiquen dichos actos*. De esta forma se remite a cada Ley, estatal o autonómica, el régimen propio de la responsabilidad. Parada considera que este precepto, además de que puede ser derogado por otras leyes generales o particulares en cualquier momento, se puede considerar inconstitucional por regular por una ley ordinaria una cuestión que debe deducirse directamente de la Constitución.

TEMA XXIII LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

(actualizado con la edición de septiembre de 2000).

1.- OBJETO Y CLASES DE RECURSOS

OBJETO

Los recursos administrativos y las reclamaciones previas a la vía judicial y laboral son dos instituciones de pareja finalidad y contenido. Se trata de abrir una primera vía de revisión de la actividad administrativa ante la propia Administración a instancia de los particulares lesionados en sus derechos o intereses. Además, estas técnicas quieren impedir que la Administración resulte enjuiciada sorpresivamente ante los Tribunales Contencioso- administrativos, civiles o laborales, otorgándole un plazo de reflexión o respiro.

Fue la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa de 1956, con la exigencia de un recurso llamado de reposición, previo a la vía judicial, la que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de interponer un recurso administrativo como una condición para acceder al proceso contencioso- administrativo.

El recurso administrativo previo puede contemplarse desde una doble perspectiva:

- De una parte, es una garantía del particular al que se le permite alegar o discutir la validez u oportunidad de un acto o conducta administrativa
- De otra parte, el recurso administrativo aparece como un privilegio de la Administración, pues con este filtro puede retrasar en su favor el enjuiciamiento por los Tribunales de sus actos y conductas.

En la actualidad, puede afirmarse que los recursos administrativos se ven por el legislador más como un privilegio de la Administración, como un obstáculo al enjuiciamiento de sus actos, que como una garantía del administrado, como lo prueba el que las leyes que incorporan una mayor preocupación garantista, como la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, liberan al administrado de la exigencia de la interposición de recursos administrativos como requisito previo al acceso a los Tribunales.

CLASES

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, estableció que contra las resoluciones administrativas y los actos de trámite que determinasen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produjesen indefensión, los interesados podrían utilizar los recursos de alzada ante el órgano superior, y el de reposición, previo a la vía contenciosa ante el mismo órgano autor del acto, y con carácter extraordinario el de revisión.

La Ley 30/92, rompe con el sistema italiano que había incorporado la L.P.A. de 1958 y vuelve a la situación anterior de 1956, suprimiendo el recurso de reposición, aunque se mantiene un recuso jerárquico o de alzada al que se priva de esos nombres para llamarlo recurso ordinario. En cierto modo, el suprimido recurso de reposición, como recurso previo a la vía contencioso– administrativa se sustituyó por la comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado de la intención de interponer un recurso contencioso– administrativo. La comunicación previa, que acaba de ser derogada, planteaba un sinnúmero de interrogantes acerca de su naturaleza, requisitos para su formulación y efectos que su incumplimiento había de provocar sobre la validez del proceso contencioso– administrativo.

Esta ley admite también el recurso de revisión, como un recurso extraordinario, que sólo se admite por las cuatro causas que la Ley enumera, contra los actos que agotan la vía administrativa o contra los actos firmes, que se interpone y resuelve por el mismo órgano que dictó el acto impugnado.

Tras la Ley 4/1999 del 13 de enero, el sistema de recursos ha sido modificado de nuevo, volviéndose al sistema de la Ley de 1958 al introducirse las siguientes novedades:

- El recurso que antes se llamaba ordinario, se vuelve a llamar **recurso de alzada**. Este recurso se interpone ante el superior del órgano que dictó el acto con objeto de agotar la vía administrativa y permitir al tiempo un control de los órganos superiores sobre los inferiores. La Ley prevé asimismo la posibilidad de que las leyes establezcan un **sistema alternativo al recurso de alzada**, disponiendo que las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.
- Ley resucita el antiguo **recurso de reposición**, al que otorga, en todo caso, carácter potestativo. Con ello se atiende a la crítica que la doctrina había formulado a la supresión por la Ley 30/92 del recurso de reposición. El profesor Parada criticó en este sentido que no hubiera, salvo en los supuestos en que procedía el recurso ordinario, oportunidad de intentar formalmente una avenencia con la Administración autora del acto, lo que llevaba a que incluso ante reclamaciones de escasa cuantía hubiera que afrontar desde el principio los costes de un procedimiento judicial, con lo que se privaba

al ciudadano de una garantía ante la propia Administración sin los costes procesales que conlleva acudir a la jurisdicción (el único coste es el del retraso en un mes para acudir al juez contencioso-administrativo), y se privaba asimismo a la Administración de una oportunidad de volver sobre sus propios actos inválidos.

- Se mantiene asimismo en el nuevo sistema el **recurso de revisión** (art, 108), que procede contra los actos firmes en vía administrativa cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en la Ley.

2.- EL RECURSO DE ALZADA.

Definición: el recurso de alzada es un recurso jerárquico a través del cual se pretende que el órgano superior revise y, en su caso, corrija o anule la decisión del órgano inferior. Como dice la Ley, las resoluciones y los actos de trámite que 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, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el superior jerárquico del que los dictó (arts. 107 y 114 Ley 30/92, en la redacción introducida por la Ley 4/1999).

El ahora denominado, como en la Ley de 1958, recurso de alzada, que coincide con el anterior recurso ordinario, puede considerarse como el recurso común en las Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en las que se da una estructura jerárquica de dos o más niveles. Sin embargo, no resulta apenas aplicable contra los actos de los Entes locales, pues, al producirse la mayoría de las resoluciones como decisiones del Presidente o Alcalde de las Corporaciones locales o del Pleno, no encuentra posibilidades de aplicación, por lo que en este ámbito resulta especialmente positivo haber reintroducido la posibilidad de interponer el recurso de reposición.

La Ley ha previsto un **sistema alternativo al recurso de alzada** a regular por leyes autonómicas. Se trata de que en supuestos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, este recurso pueda ser sustituido por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas, no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

Objeto: pueden ser objeto del recurso de alzada las resoluciones y actos de trámite, si éstos últimos 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, siempre que el acto o resolución *no haya agotado la vía administrativa*, o, en expresión equivalente, que no haya causado estado.

Se llama vía administrativa a la línea jerárquica existente entre los órganos administrativos de un mismo ente público. Para agotar la vía administrativa no es siempre necesario obtener una resolución del órgano que está en la cúspide de la jerarquía administrativa, pues dicho agotamiento también se puede alcanzar antes de llegar al último nivel de la jerarquía en los casos en que la Ley así lo establece. Así, de conformidad con el artículo 109 de la Ley 30/92 (en la redacción dada a este precepto por la Ley 4/1999), ponen fin a la vía administrativa:

- Las resoluciones de los recursos de alzada. De esta forma, con la interposición y resolución de un solo recurso basta para agotar esta vía, aunque queden algunos escalones jerárquicos más para escalar.
- Las resoluciones que resuelven procedimientos de impugnación ante órganos colegiados o comisiones específicas establecidos por una Ley en sustitución del recurso de alzada.
- Las resoluciones de órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que la Ley establezca lo contrario.
- Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.
- Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del

procedimiento.

El cuarto supuesto introduce una cierta inseguridad en la regulación de esta materia, por lo difícil que es estar al tanto de todas las leyes y reglamentos, estatales, autonómicos y de los entes locales, que pueden prever supuestos de agotamiento de la vía administrativa. La Ley sólo despeja esta incógnita para la Administración del Estado, precisando que ponen fin a la vía administrativa los siguientes actos (Disposición Adicional decimoquinta de la LOFAGE):

- los actos administrativos de los miembros y órganos del Gobierno.
- Los actos emanados de los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas los órganos de los que son titulares.
- Los emanados de los órganos directivos con nivel de Director general o superior, en relación con las competencias que tengan asumidas en materia de personal.

Interposición: el recurso de alzada habrá de interponerse ante el órgano superior jerárquico del que dicto el acto impugnado; pero también puede interponerse ante el autor del acto, en cuyo caso éste habrá de informar el escrito del recurso y remitirlo al superior con una copia completa y ordenada del expediente en el plazo de 10 días, siendo responsable directo de esa remisión.

La Ley precisa que, a efectos de la interposición y resolución de los recursos de alzada, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

Fundamentación: la fundamentación del recurso podrá apoyarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en la ley (arts. 62 y 63). Sin embargo no podrán ser alegados por sus causantes los vicios y defectos que hagan anulable el acto. Se trata de una aplicación del principio de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza, que no es más que una aplicación del más amplio principio de buena fe. Lo cierto es que la jurisprudencia suele aplicar este principio más contra la propia Administración que contra el propio recurrente, pues normalmente los vicios o defectos del acto administrativo son imputables a ella (como cuando pretende negar las obligaciones contraídas con los administrados so pretexto de que no tenían dotación presupuestaria).

Plazo: el plazo para la interposición del recurso de alzada es el de un mes. La falta de interposición del recurso en plazo lo convierte en firme a todos los efectos". Pero esa firmeza hay que entenderla atemperada por la posibilidad de deducir contra ese acto no recurrido en plazo una acción de nulidad, si incurre en un vicio determinante de la nulidad de pleno derecho, o de interponer un recurso de revisión.

Resolución: La resolución expresa del recurso de alzada es una forma común de terminación del procedimiento especial a que da origen su interposición. Otra es la resolución presunta, que se sujeta a un régimen especial que consiste en que transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que recaiga resolución expresa, se entiende desestimado, salvo que el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, en cuyo caso se entiende estimado. Se trata, este último caso, de un castigo a la reincidencia en el silencio y por ello se admite que el primer acto presunto sea negativo, pero no el segundo.

3.- EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN

Definición: recurso que con carácter potestativo se puede interponer contra los actos que agotan la vía administrativa y antes de recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de una suerte de acto de conciliación, una última posibilidad de arreglo con la Administración antes de acudir a un enfrentamiento judicial.

Objeto: pueden ser objeto de este recurso los mismos actos que lo son del recurso de alzada, es decir, los actos y las resoluciones y actos de trámite en los casos expuestos, siempre y cuando, a diferencia del recurso de alzada, hayan puesto fin a la vía administrativa.

La Ley contempla aquí también un **sistema alternativo al recurso de reposición**, mediante procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas, no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo, y respetando siempre el carácter potestativo que tiene el recurso de reposición al que sustituyen.

Plazo: un mes si el acto fuera expreso y tres meses si no lo fuera. Tanscurridos dichos plazos únicamente podrá interponerse recurso contencioso– administrativo, salvo que proceda, en su caso, el recurso extraordinario de revisión. El plazo máximo para que la Admon dicte y notifique la resolución del recurso de reposición es de un mes.

4.- RECURSO DE REVISIÓN.

De acuerdo con el art. 118 de la Ley 30/92 (en la redacción dada a este precepto por la Ley 4/1999), el recurso extraordinario de revisión es aquél que se interpone contra los actos firmes en vía administrativa (porque no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo). El recurso se interpone ante el órgano administrativo que los dictó, que será también el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Que al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. A diferencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la Ley vigente no exige que el error sea manifiesto, con lo que por esta vía resulta ya posible cualquier revisión sobre los supuestos fácticos del acto recurrido, lo que reduce mucho la excepcionalidad del recurso de revisión, acercándolo a un recurso ordinario.
- Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida. También en este caso se ha reducido el grado de excepcionalidad con respecto a la regulación anterior, que exigía que dichos documentos fueran ignorados al dictarse la resolución o fueran de imposible aportación entonces al procedimiento.
- Que en la resolución hayan influido documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución. También aquí se ha reducido la excepcionalidad del motivo de revisión, al eliminarse el requisito que exigía la LPA de 1958 de que el interesado desconociese la declaración de falsedad cuando la sentencia hubiera sido anterior a la resolución.
- La última causa de revisión es la misma que preveía la L.P.A. de 1958: que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se halla declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

Como vemos, se han ampliado los motivos que permiten la interposición del recurso de revisión respecto de la regulación de 1958, lo que ha ocasionado, como señala el profesor Parada, una cierta desnaturalización de su carácter de recurso extraordinario (aunque en la Ley 4/1999 vuelve a denominársele recurso extraordinario de revisión), acercándose hoy a un recurso común, no jerárquico, que permite el control a posteriori de las cuestiones de hecho sobre las que se asienta la resolución recurrida.

Esta impresión se confirma si se tiene en cuenta que el recuso de revisión puede interponerse a través de **plazos** muy generosos, como es el de los cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada si el recuso se funda en el error de hecho. Los tiempos se acortan a tres meses si el recuso se fundamenta en los restantes motivos, plazo que se contará desde que se tuvo conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

La **resolución** de los recursos de revisión, ya no corresponde como preceptuaba la L.P.A., al Ministro u órgano superior de cada Administración, sino que puede ser resuelto por ese órgano superior, pero también, si no se había agotado la vía administrativa, por el titular de la competencia que había dictado el acto cuya revisión se pretende.

El recurso se entenderá desestimado si transcurren más de tres meses sin haberse dictado y notificado la resolución, quedando entonces expedita la vía contencioso- administrativa. En esta vía, lógicamente, el debate se contraerá a verificar la procedencia o no de los motivos que dieran origen a la revisión.

5.- LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La Ley 30/92 regula bajo el título de Principios Generales los que son comunes a la tramitación y resolución de todos los recursos administrativos.

A) La interposición.

Los escritos de interposición de los recursos administrativos deben contener los siguientes extremos:

- El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige.
- Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

La falta de alguno de estos elementos no es determinante de su inadmisión, salvo que la misma impida su tramitación. Este espíritu antiformalista que la Jurisprudencia ha asumido se refleja también en la regla de que "el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter". En cualquier caso, antes de rechazar de plano un recurso por motivos formales, habrá que conceder un plazo de diez días al recurrente para subsanación de los defectos.

B) La suspensión de efectos del acto recurrido.

La interposición del recurso no produce efecto alguno sobre la ejecución del acto administrativo, que debe seguir adelante pese a dicha interposición, salvo que una disposición establezca lo contrario (art. 111). Pero es posible solicitar la suspensión del acto recurrido, que podrá acordar el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, cuando concurran alguna de las causas que ya vimos al estudiar la suspensión de los actos administrativos (que la ejecución pudiera causar daños de difícil o imposible reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art.62 de la Ley).

La suspensión puede acordarse de manera expresa o tácita, ya que se entenderá concedida si transcurren treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma y ésta no hubiese dictado resolución expresa al respecto.

La eficacia de la suspensión concedida de forma expresa o tácita se mantiene, aunque el recurso haya sido desestimado, si el recurrente interpone recurso contencioso- administrativo y reitera la petición de suspensión ante el órgano judicial. En este caso, será este órgano judicial el que decidirá en definitiva, cuando resuelva en el incidente judicial de suspensión.

Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

C) Instrucción del procedimiento

La resolución de los recursos puede ir precedida de diversas actuaciones a las que son de aplicación todas las reglas que la Ley establece a propósito del procedimiento general, y, por consiguiente, puede abrirse un periodo de prueba, solicitarse informes etc. La Ley consigna además expresamente dos reglas de capital importancia.

El necesario **llamamiento a los terceros titulares de derechos o intereses** que pudieran quedar afectados por la resolución que se dicte. Dichos interesados deberán ser notificados de la existencia del recurso, y si comparecieran en el procedimiento, se les dará traslado del escrito de recurso para que formulen las alegaciones que estimen procedentes.. En este caso, el trámite de audiencia es un trámite esencial y equivale, a los efectos de una eventual invalidez del acto de resolución del recurso, a la falta absoluta de procedimiento, por lo que esos terceros interesados podrán pedir en vía contenciosa la declaración de nulidad de la resolución dictada con la omisión de su audiencia.

Asimismo, antes de la resolución del recurso, puede tener lugar **un trámite de vista y audiencia al recurrente**, aunque únicamente es preceptivo cuando en la resolución del recurso hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente (art.112.2). En este sentido, la Ley determina que no tienen ese carácter de documentos nuevos los informes y las propuestas, como tampoco los documentos que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada.

D) La resolución

El procedimiento de tramitación de los recursos administrativos puede terminar por resolución expresa o presunta. La **resolución expresa** obliga al órgano que resuelva el recurso a decidir cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente. La resolución acordará, en todo caso, la "estimación en todo o en parte o desestimación de las pretensiones formuladas".

Siempre es necesario que la resolución cumpla estas dos reglas:

- Ser *congruente con las pretensiones del recurrente*, lo que significa que la resolución, además de la congruencia con el objeto del procedimiento (resolviendo cuantas cuestiones resulten del mismo, hayan sido o no alegadas por los interesados), en ningún caso dejará sin respuesta las pretensiones del recurrente.
- La prohibición de la *reformatio in peius*, es decir, que de la resolución no se derive para el recurrente ninguna agravación de la situación inicial, tal como lo había establecido antes de la Ley 30/92 la jurisprudencia.

Se admite también la **resolución presunta**, por silencio administrativo cuando transcurren los plazos que establece la Ley para que la Admon resuelva los recursos. El silencio tiene siempre sentido desestimatorio salvo en el caso del recurso de alzada cuando se haya interpuesto el recurso contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud (como una especie de castigo al doble silencio).

6.- LAS RECLAMACIONES PREVIAS AL PROCESO CIVIL Y LABORAL

Los conflictos que se originan cuando la Administración actúa en régimen de Derecho privado se sustancian ante la Jurisdicción civil y laboral. No obstante, la presencia de la Administración, como demandada en los correspondientes procesos civiles y laborales, distorsiona su desenvolvimiento regular como consecuencia de

la aplicación de reglas especiales relativas al fuero territorial de la Administración, suspensión de plazos para consulta, a la exclusión de medidas de ejecución judicial sobre los bienes de la Administración, y a las vías de reclamación previa.

Esta última es la más importante de estas singularidades, pues implica la sustitución de los juicios o actos de conciliación por las llamadas reclamaciones previas a la vía judicial civil y laboral, reguladas ahora en los arts.120 a 126 de la Ley 30/92.

La reclamación previa es como una técnica substitutiva del juicio de conciliación que se exige en los procesos civiles entre simples particulares y de otro lado, viene a ser un remedo de lo que son los recursos administrativos como fase previa al proceso contencioso– administrativo.

Esta reclamación es por definición legal un requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el Derecho privado o laboral contra el Estado y Organismos Autónomos, lo que, igualmente, hay que entender referido a las CCAA., y a los Entes Locales, pues la Ley impone el trámite de una reclamación ante la propia Administración antes de plantear ante los Jueces civiles o laborales las acciones correspondientes a estos órdenes jurisdiccionales (de ahí el nombre de reclamación previa con que se conoce a este trámite).

Este *efecto preclusivo* lo describe la Ley determinando que, hasta que la reclamación haya sido resuelta o hasta que haya transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada, no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción competente. Otro efecto consiste en la interrupción de los plazos para el ejercicio de las acciones judiciales, que volverán a contarse a partir de la fecha en que se haya practicado la notificación expresa de la resolución o, en su caso, desde que se entiende desestimada la pretensión por el transcurso del plazo.

La **reclamación previa a la vía judicial civil** se dirige al órgano competente de la Administración. Pública de que se trate. Para la Administración. del Estado la ley indica que se planteará ante el Ministro del departamento que por razón de la materia sea competente, debiendo presentarse la reclamación en cualquiera de los lugares previstos por la Ley para la presentación de escritos y solicitudes.

Nada dice la Ley, sobre la necesidad de acompañar al escrito los documentos en que el interesado fundare su derecho que exigía la Ley de 1958. Ese deber de unir a los escritos antecedentes necesarios se hace recaer sobre la propia Administración.

La resolución de la reclamación previa corresponde al Ministro u órgano competente y deberá notificarse al interesado. Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial.

A diferencia de la regulación anterior no se establece en la nueva la necesidad de plantear la correspondiente demanda en un plazo de meses. Eliminada dicha exigencia, la demanda civil podrá formularse en cualquier tiempo sin otra limitación que la derivada del plazo de prescripción del derecho material que se reclama.

Las **reclamaciones previas a la vía judicial laboral** deben dirigirse al Jefe administrativo o Director del establecimiento u organismo en que el trabajador preste sus servicios. Denegada la reclamación o transcurrido un mes sin haberle sido notificada resolución alguna, el interesado podrá formalizar la demanda ante la Magistratura del Trabajo. También aquí se ha eliminado el plazo de meses que establecía la legislación anterior para presentar la demanda, con lo que ahora la acción laboral podrá plantearse antes de que transcurra el plazo de prescripción del derecho que se reclame, sin necesidad de reiterar la reclamación previa.

TEMA XXIV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA

(actualizado con la edición y el programa de septiembre de 2000)

1. EL PROCESO CONTENCIOSO COMO PROCESO REVISOR O DE APELACION Y SUS INSUFICIENCIAS.

El proceso contencioso– administrativo se diseñó en su origen, a mediados del siglo XIX, sobre la plantilla de un proceso civil de primera instancia, que se iniciaba por demanda del particular (que tenía que esgrimir, como vimos, la vulneración de un derecho por la Administración), sin necesidad de acto ni recurso administrativo previo y sin sujeción a plazo de interposición. Con el tiempo, sin embargo, el proceso evolucionó hacia un modelo similar al de apelación civil, en cuanto se impuso una concepción del proceso como revisor de lo previamente decidido por la Administración. Así se reconoció primero en la jurisprudencia y se consagró después en la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 y en la Ley Jurisdiccional de 1956.

Esta concepción del proceso conlleva diversas restricciones o insuficiencias del proceso contencioso– administrativo desde la perspectiva de la garantía judicial efectiva, entre las que pueden destacarse las dos siguientes

- la restricción derivada *de la exigencia del acto previo*, pues de la misma manera que no se concibe una apelación civil sin una sentencia del juez de primera instancia, tampoco se concibe un proceso contencioso– administrativo sin acto previo, de modo que la jurisprudencia declara inadmisibles cualquier pretensión que no traiga causa de resoluciones o acuerdos de la Administración. La prueba, sin embargo, se admite con mayor amplitud que en la apelación civil.
- Del carácter revisor o de apelación que se otorga al proceso contencioso– administrativo se deriva también que, del mismo modo que la sentencia civil de primera instancia deviene inatacable si no se apela en el breve plazo establecido en la Ley, también el acto administrativo se convierte en acto firme y consentido y resulta inatacable si no se recurre en el plazo de dos meses establecido por la Ley de la Jurisdicción.

D) La Ley jurisdiccional de 1998: mantenimiento del carácter revisor para la impugnación de actos

La Ley de 1998 mantiene la principal consecuencia del carácter revisor del proceso contencioso– administrativo, como es *la inadmisibilidad del recurso contra actos firmes y consentidos* (art.28), lo que justifica en razones de seguridad jurídica a favor del interés general y de quienes puedan resultar beneficiados o amparados por el acto administrativo.

E) El abandono del carácter revisor en los recursos contra la inactividad de la Administración y las vías de hecho

Aunque mantiene ese principal efecto del carácter revisor del proceso, la Ley de 1998 intenta superar algunas de las restricciones que para la tutela judicial efectiva entraña esta concepción, mediante la introducción de dos tipos de procesos que ya hemos expuesto y cuyo objeto no es la revisión de una decisión previa de la Administración sino una conducta omisiva o agresiva de ésta: el recurso contra la inactividad de la Administración y el recurso contra la vía de hecho

En ambos casos, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, lo que se impugna es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, aunque se interponga antes una reclamación o requerimiento previo en vía administrativa para dar a la Administración la posibilidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial.

2.– MEDIDAS CAUTELARES. LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS DEL ACTO RECURRIDO

La tutela cautelar se presenta, a juicio del profesor Parada, como la última oportunidad desde el frente procesal de salvar la Justicia administrativa de su profunda crisis, provocada por una masificación de recursos

que es incapaz de resolver.

Las medidas cautelares están pensadas para asegurar el cumplimiento y la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, y para ello o bien se evita la ejecutoriedad del acto administrativo (medida cautelar negativa) o bien se anticipa la prestación solicitada en casos de necesidad (medida cautelar positiva). Con las medidas cautelares se juega en muchos casos el que la Justicia no se convierta en una estafa procesal, pues cuando al retraso en la resolución de los procesos, se une que la sentencia no puede ejecutarse por no haberse tomado las adecuadas medidas de aseguramiento, es que estamos cerca de la total inoperancia de la justicia.

En nuestro Derecho las medidas cautelares se admiten en las más variadas formas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reconoce al demandante el derecho a solicitar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en juicio recayere, y también en otras normas como la Ley de Defensa de la Competencia o la Ley de Procedimiento Laboral. En el ámbito del proceso contencioso-administrativo, sin embargo, la Ley de la Jurisdicción de 1956 no admitió otra medida cautelar que la suspensión de efectos del acto recurrido.

La Ley Jurisdiccional de 1998 ha hecho un esfuerzo por ampliar las medidas cautelares, impulsada por una previa jurisprudencia progresiva y por la evolución seguida por otros ordenamientos europeos y el Derecho comunitario. En consecuencia, la Ley no limita las medidas cautelares a la suspensión del acto recurrido, pues permite solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de *cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*. Además, contempla medidas cautelares concretas, como la suspensión de efectos de las disposiciones y actos o actuaciones constitutivas de vías de hecho, y medidas positivas de anticipación del cumplimiento de obligaciones concretas que constituyen la pretensión deducida en el proceso. En definitiva, ahora son posibles, al lado de medidas de suspensión de efectos de la disposición o acto recurrido, cualesquiera otras positivas o negativas de hacer o de no hacer.

La Ley impone sin embargo a la concesión de medida *limitaciones* muy importantes como son:

- En cuanto al fundamento o causa en que el juez puede apoyar la medida cautelar, y frente a lo que había admitido una cierta jurisprudencia anterior, sólo se admite su otorgamiento con la finalidad de evitar que la ejecución del acto o aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Sólo se admite por tanto como causa esencial para conceder la medida cautelar el *periculum rei*, es decir, el riesgo que corre el objeto de la pretensión mientras se tramita el proceso, y no la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, en virtud de la cual bastaría con que la demanda estuviese seriamente fundada con posibilidades de prosperar para que el juez debiera conceder la suspensión de efectos del acto recurrido.
- Además, se imponen a la concesión de la medida cautelar *otros límites o condiciones* muy rigurosos. Así, el juez no puede conceder automáticamente la medida cautelar, ni siquiera ante el riesgo de inutilidad de la pretensión del actor, pues se exige, lo que por otra parte es muy razonable, que el juez proceda a una previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Una segunda condición obliga al Juez a acordar garantías frente a la medida cautelar cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza.

Los interesados podrán solicitar la medida cautelar en cualquier estado del proceso, pero si se impugnare una disposición general y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Las medidas cautelares estarán vigentes hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que fueron acordadas o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en la Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del proceso si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

3.- EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO DE PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

La Ley Jurisdiccional de 1998 regula un procedimiento común de primera o única instancia, al que se ha añadido un procedimiento abreviado para conflictos de menor entidad. Además, la Ley da una nueva regulación dos procedimientos especiales: el procedimiento de protección de los derechos fundamentales que sustituye al regulado en la Ley 62/1978, y el procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos, e instaura uno nuevo, la cuestión de ilegalidad de los reglamentos.

a) El inicio del procedimiento.

El recurso contencioso- administrativo común, esto es, el que comienza a instancia de los particulares contra la Administración, se iniciará por un **escrito de interposición** reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de la vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, debiendo acompañarse el mismo de los documentos acreditativos de la representación del compareciente, la legitimación del actor y de la copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran. El trámite del escrito de interposición del recurso no es, sin embargo, necesario en el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados, que podrá iniciarse directamente mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a Derecho.

El **plazo** para interponer el recurso contencioso- administrativo es de *dos meses* contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses.

b) Publicidad, emplazamiento de los demandados y reclamación del expediente administrativo.

Iniciado el recurso por medio del escrito de interposición o la demanda, el órgano juzgador podrá acordar de oficio o en todo caso si lo solicita el recurrente, que se anuncie el recurso en el diario oficial que proceda, con el objeto de llamar a los terceros interesados para que comparezcan si les interesa. Al propio tiempo, el órgano jurisdiccional requerirá de la Administración la **remisión del expediente administrativo**, ordenándole que emplace a quienes aparezcan como interesados en él, para que puedan personarse en el plazo de nueve días. La reclamación del expediente produce formalmente el efecto de emplazamiento de la Administración y su envío equivale a la personación en el proceso.

c) Los trámites de admisión, demanda, alegaciones previas y contestación a la demanda. La reconvencción.

Tras los trámites de interposición, reclamación del expediente, emplazamiento y personación, la Ley establece un trámite de admisión para que el órgano juzgador pueda rechazar sin discusión las acciones más evidentemente infundadas. Podrá el juzgador declarar la inadmisión del recurso, previa reclamación y expediente administrativo, cuando concurren alguna de las siguientes causas:

- cuando constare de modo inequívoco y manifiesto la falta de jurisdicción o la incompetencia del juzgado o Tribunal, la falta de legitimación del recurrente, haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación, o haber caducado el plazo de interposición;
- cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme;
- cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido;
- cuando se impugne la no realización por la Administración de sus obligaciones si fuera evidente la

ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes.

Si se admite el recurso, se pasa el expediente administrativo al recurrente para que formalice la demanda en el plazo de veinte días. Si las partes estimasen que el expediente administrativo no está completo, podrán solicitar, dentro del plazo para formular la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo con suspensión del plazo correspondiente. En la demanda se consignarán, con la debida separación, los hechos, fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, y se acompañarán los documentos en que los recurrentes funden su derecho.

El actor podrá pedir por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni vista o conclusiones. Si la parte demandada no se opone, el pleito será declarado concluso para sentencia, una vez contestada la demanda.

Las partes demandadas podrán formular dentro de los primeros cinco días del plazo para constar la demanda, **alegaciones previas sobre inadmisibilidad**, referidas a los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso. Del escrito formulando alegaciones previas se dará traslado al actor por cinco días, el cual podrá subsanar el defecto, si procediera, en el plazo de diez días. El auto desestimatorio de las alegaciones previas no será susceptible de recurso y dispondrá que se conteste la demanda en el plazo que reste.

La **contestación a la demanda**, escrito parejo a ésta, debe formularse en el plazo de veinte días o de los que resten después de los invertidos en el trámite de alegaciones previas, y tiene la misma estructura formal y las mismas reglas sobre acompañamiento de documentos que la demanda. La jurisprudencia española, ante el silencio de la Ley, niega la posibilidad de que la parte demandada introduzca en el escrito de contestación lo que en el proceso civil se conoce como **reconvención**, que consiste en una acción nueva –no necesariamente contraria– que el demandado ejercita frente al actor, para que se sustancie en el mismo proceso y se decida en la misma sentencia.

d) La prueba

En la prueba rige, como en el proceso civil, el principio dispositivo de forma que el recibimiento del proceso a prueba se solicita por medio de **otrosí**, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán las partes expresar en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba

Al margen de la voluntad de las partes, el juez puede acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar. No obstante, se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

e) El periodo conclusivo.

El proceso contencioso– administrativo termina con una fase de recapitulación y valoración de lo actuado, cuya existencia se remite a la voluntad de las partes, pues éstas podrán solicitar en la demanda y en la contestación:

- Que se celebre vista
- Que se presenten conclusiones o
- Que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia.

Dicha solicitud habrá de formularse por otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de tres días contados desde que se declare concluso el período de prueba y el juez proveerá según lo que coincidentemente hayan solicitado las partes.

En el acto de la vista, cuando se acuerde por el juez su celebración, se dará la palabra a las partes por su orden para que de forma sucinta expongan sus alegaciones.

Cuando se acuerde **el trámite de conclusiones**, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones en el plazo de 10 días, sin que puedan plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación, salvo que el juez estime las relevantes para el fallo.

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el juez o Tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de su facultad de acordar determinadas pruebas para mejor proveer, en cuyo caso la declaración de concluso se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de las diligencias de prueba acordadas

4. TERMINACION DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento Contencioso– administrativo, como los pleitos civiles y laborales, concluye por sentencia, por desistimiento del actor y por allanamiento del demandado. Además puede terminar por reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante o por conciliación judicial.

A) La sentencia: contenido, extensión y límites

La sentencia es el modo normal de terminación del proceso y por ella el órgano jurisdiccional decidirá sobre la regularidad del proceso y sobre las pretensiones de las partes.

Se dictará en el **plazo** de diez días desde que el pleito haya sido declarado concluso y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso, bien mediante la inadmisibilidad del recurso, bien con su estimación o desestimación, y en todo caso se pronunciará respecto de las costas.

Se declarará la *inadmisibilidad del recurso* o de alguna de las pre-tensiones cuando: el Juzgado o Tribunal Contencioso– administrativo carezca de jurisdicción; se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada; tuviere por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación, recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia; cuando se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

El recurso se *desestimar*á cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados.

Por el contrario, se *estimar*á cuando los mismos incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, en cuyo caso la sentencia estimatoria contendrá alguno de estos pronunciamientos:

- Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.
- Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.
- Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.
- Si fuera estimatoria de una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a

la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar, y fijando la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía (art. 71).

Un límite importante a los poderes del juez es la prohibición de determinar el contenido de los preceptos de una disposición general en sustitución de los anulados o el contenido discrecional de los actos administrativos.

En principio, la sentencia sólo produce efectos entre las partes, pero si se trata de una disposición general los tendrá *erga omnes* desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas (art. 72).

B) Desistimiento, allanamiento y conciliación judicial

El **desistimiento** del actor en el proceso contencioso– administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, provoca que el actor pierda el derecho a las pretensiones ejercitadas, en cuanto el acto recurrido se convierte en acto consentido y por tanto en acto posteriormente inatacable. Pero la Ley admite también un desistimiento del actor sin renuncia al derecho material fundado en que la Administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante.

El **allanamiento** es un comportamiento procesal del demandado que acepta mediante una manifestación de voluntad las pretensiones del actor. Admite dos variantes, según se produzca dentro del proceso o se trate de un allanamiento extraprocesal: cuando la Administración reconoce totalmente las pretensiones del demandante fuera del proceso. En ambos casos, el Juez dictará un auto en el que declarará terminado el procedimiento salvo que el reconocimiento de las pretensiones del demandante infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico, en cuyo caso dictará sentencia ajustada a Derecho.

Mediante la **conciliación judicial**, por último, el juez, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, somete a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al Ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros (art. 77).

5. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Se trata de un proceso rápido, articulado en torno a los principios de concentración, oralidad y amplia discrecionalidad judicial que la Ley prevé para los recursos que se deduzcan en las materias de que conozcan los juzgados de lo contencioso– administrativo, cuando su cuantía no supere las 500.000 pts. o se trate de cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera. Entre sus peculiaridades, destacan las siguientes:

- El procedimiento se inicia por demanda, prescindiendo del escrito y trámite de interposición.
- El procedimiento se sustancia mediante una vista oral, de cuyos trámites e incidencias se extiende un acta. La vista comienza con la exposición por el demandante y el demandado de sus pretensiones o alegaciones y de los hechos en que las fundamenten. Si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán las que el juez estime procedentes, resolviendo éste en el acto los recursos de súplica sobre la denegación de pruebas. Para la práctica de la prueba en el procedimiento simplificado la Ley recoge numerosas peculiaridades simplificadoras.
- Tras la práctica de la prueba, si la hubiere, las partes podrán formular las conclusiones y, con la venia

- del Juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa antes de dar la vista por terminada.
- El Juez dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista.

6. SISTEMA DE RECURSOS

Las clases de recursos admitidos en el contencioso– administrativo son los tradicionales del Derecho procesal español.

El **recurso de súplica** se caracteriza por la rapidez de planteamiento y de resolución, porque es el propio órgano jurisdiccional autor de la resolución impugnada ante quien se interpone y quien lo resuelve. Puede interponerse contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación, y no impide que se lleve a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario.

El recurso de **apelación** lo resuelve el órgano judicial superior y se caracteriza por dar lugar a una segunda instancia o reproducción simplificada del juicio anterior en el que se ha producido la resolución judicial impugnada.

El recurso de **casación** se interpone igualmente ante un tribunal superior, pero con la finalidad no ya de dar lugar a una segunda y completa oportunidad al perdedor de primera instancia, sino con la más limitada de controlar la correcta interpretación del derecho por el órgano judicial de instancia, por lo que se admite sólo por motivos muy concretos a los que deben ceñirse los argumentos de las partes y la eventual casación o anulación de las resoluciones judiciales recurridas.

Por último, el recurso de **revisión** se configura como un recurso extraordinario contra sentencias firmes y, fundamentalmente, para corregir la apreciación de hechos, que la aparición de documentos hasta entonces desconocidos o posteriores condenas penales han evidenciados como inciertos o falsos.

A) Los recursos ordinarios contra las sentencias. Evolución.

Contra las sentencias de primera instancia se han ensayado en la Justicia administrativa tres fórmulas impugnativas: recurso de nulidad, recurso de apelación y recurso de casación. El recurso de nulidad estuvo vigente desde el origen de nuestro sistema de justicia administrativa en el siglo XIX hasta la Ley Jurisdiccional de 1956 y tenía por objeto anular una sentencia de primera instancia por vicios graves de carácter procesal. La Ley de 1956 estableció contra los autos y sentencias de las salas de lo contencioso– administrativo recurso de apelación ante el Tribunal Supremo. Este recurso de apelación fue sustituido por el recurso de casación por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La Ley vigente de 1998 mantiene el sistema introduciendo algunos cambios, como la reimplantación del recurso de casación, pero limitado a las resoluciones de los juzgados de lo contencioso– administrativo.

B) El recurso de apelación

Se trata, como hemos dicho, de una reproducción simplificada del juicio anterior, en el que el debate se articula en torno a la sentencia que remató la primera instancia y en relación a los autos o conjunto de documentos en que se formalizó el primer juicio. En general, son susceptibles de apelación determinados autos y las sentencias de los juzgados provinciales y centrales de lo contencioso– administrativo ante los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA y ante la Sala de lo contencioso– administrativo de la Audiencia Nacional.

El recurso de apelación puede interponerse por quienes se hallen legitimados en el proceso como parte demandante o demandada. El recurso se **interpone** ante el Juzgado que hubiere dictado la Sentencia que se apele, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que contiene ya las

alegaciones en que se fundamente el recurso, escrito sobre cuya admisión decide el juzgado y del que se dará traslado a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, puedan formular su oposición. Las partes favorecidas por la sentencia recurrida podrán solicitar su **ejecución provisional**, que el Tribunal podrá acordar previa exigencia de caución o garantía o adopción de medidas adecuadas cuando de la ejecución pudieran derivarse perjuicios, o bien denegará cuando sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

La **resolución** del recurso corresponde a las Salas de lo contencioso– administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, a las que se remitirán los escritos de las partes y los autos de primera instancia. Ante ellas podrán solicitarse por las partes y practicarse únicamente las pruebas que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables a la parte que las solicita. La Sala acordará la celebración de vista si lo hubieren solicitado todas las partes o si se hubiere practicado prueba, y podrá hacerlo cuando lo estimare necesario. En caso contrario, resolverá directamente, estimando o desestimando la apelación y anulando en su caso la sentencia apelada.

7. RECURSOS DE CASACION Y RECURSO DE REVISION

A) El recurso ordinario de casación

En casación son recurribles ante la Sala de lo Contencioso– administrativo del Tribunal Supremo determinados autos y contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, con algunas excepciones, por cuestiones de competencia y procedimiento y cuando infringen normas de derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes del fallo.

Sólo se admite, como ya dijimos, por **motivos** muy concretos, atinentes a:

– el propio funcionamiento institucional del Tribunal inferior:

- Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
- Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión.

– la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

El procedimiento del recurso de casación comienza con la presentación, por quienes hayan sido parte en el procedimiento anterior, del escrito de **preparación** ante la Sala que hubiera dictado la Sentencia recurrida y en el plazo de diez días desde la notificación de la misma. Si el escrito de preparación cumple los requisitos formales y sustanciales establecidos por la Ley, se tendrá por preparado el recurso, procediéndose a emplazar a las partes para su comparecencia e interposición del recurso dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo contencioso– administrativo del TS, al que se remitirán los autos originales. Las partes favorecidas por la sentencia recurrida podrán solicitar la **ejecución provisional** de la sentencia recurrida, que el Tribunal podrá acordar previa exigencia de caución o garantía o adopción de medidas adecuadas cuando de la ejecución pudieran derivarse perjuicios, o bien denegará cuando sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

En el escrito de **interposición** formulado por el recurrente ante la sala de lo contencioso– administrativo del TS, se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas.

Si la Sala considera que concurre alguna de las causas de inadmisión que con gran amplitud formula la Ley dictará auto motivado declarando la **inadmisión** del recurso y la firmeza de la resolución recurrida, y contra éste auto no se dará recurso alguno. De **admitirse** el recurso, la parte o partes recurridas tendrán treinta días para formalizar por escrito su **oposición** al recurso. Transcurrido ese plazo, la Sala señalará día y hora para la celebración de la vista, si lo hubieren pedido todas las partes o lo estimare necesario, o declarará el pleito concluso para **sentencia**.

De estimarse el recurso por motivos de falta de jurisdicción o vicios procesales, la sentencia indicará el orden jurisdiccional competente al que hay que remitir el asunto o devolverá la tramitación del pleito al momento y estado exigidos por el procedimiento adecuado para su nueva sustanciación. Si en cambio se estimare el recurso por vulneración de derecho sustantivo, la sentencia resolverá lo que corresponda, es decir, sobre el fondo del asunto, dentro de los términos en que se hubiese planteado el debate.

B) El recurso de casación por unificación de doctrina

Es un recurso que se admite contra Sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA frente a las que no cabe recurso de casación y por un único motivo casacional referido a la infracción del principio de igualdad: *cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos*. De este recurso conoce la Sala de lo contencioso-administrativo del TS o, en su caso, del Tribunal Superior de Justicia (cuando la contradicción se refiera a salas distintas de un Tribunal Superior de Justicia), estando prevista una composición especial en ambos tribunales para cuando la casación se refiere a sentencias dictadas por esas mismas Salas.

Si la sentencia declara que ha lugar al recurso, resolverá el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, que en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

C) Los Recursos de casación en interés de la ley

La casación en interés de la ley constituye un elemento de control a favor de las Administraciones públicas sobre las sentencias de los órganos judiciales (jueces de lo contencioso-administrativo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional), excluidas del recurso de casación. Sólo pueden interponer este tipo de recurso la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada y únicamente podrá enjuiciarse a través de este recurso la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido, siendo competente para resolverlo el Tribunal Supremo.

La peculiaridad de este recurso consiste en que la sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal, publicándose en el BOE vinculando a partir de esta publicación a todos los jueces y tribunales inferiores en grado al Tribunal Supremo. Existe también una modalidad de este recurso reconocida a favor del Derecho de las CCAA y que es resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia de éstas.

D) El recurso extraordinario de revisión

Es un recurso extraordinario que se interpone ante los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA o ante el Tribunal Supremo, contra sentencias firmes por motivos excepcionales. Estos motivos son:

- Si después de pronunciada la sentencia se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o

por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

- Si hubiere recaído la sentencia en virtud de documentos que al tiempo de dictarse aquélla ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- Si habiéndose dictado sentencia en virtud de prueba testifical, fuesen los testigos condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- Si la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

El **plazo** para interponerlo es de tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad, sin que en ningún caso pueda interponerse después de transcurridos cinco años desde la fecha de publicación de la sentencia.

En caso de ser a sentencia **estimatoria**, revocará en todo o en parte la sentencia revisada, y devolverá los autos a la Sala correspondiente para que pronuncie un nuevo fallo en los términos que se contienen en la sentencia de revisión.

8. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

A) El principio de la ejecución administrativa bajo dirección y control judicial

La regla tradicional en la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas ha sido que la materialidad de ésta correspondía a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso, pero sin que eso supusiera, ni mucho menos, que dependiera de ella cumplir o no las sentencias, pues la ejecución administrativa se hacía bajo la dirección y control del Tribunal sentenciador, que podía adoptar cuantas medidas fueren adecuadas para promover y activar la ejecución, medidas que podían llegar hasta la deducción del tanto de culpa de las autoridades o funcionarios ante los tribunales penales, al calificarse por la ley el incumplimiento de sus órdenes como desobediencia punible.

La Ley Jurisdiccional del 1998 pretende sustituir anterior regulación por un nuevo sistema de ejecución de sentencias, pero que, en sustancia, deja las cosas más o menos como estaban, aunque introduce algunas novedades como la posibilidad de imponer contra los funcionarios y la Administración. La ejecución de las sentencias sigue encomendándose al órgano administrativo que hubiera realizado la actividad objeto del recurso mediante una orden del juez, procediéndose en caso de no ser atendida ésta a la adopción de las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

B) Suspensión, inexecución, expropiación e imposibilidad de la ejecución

La Ley de 1998 ha suprimido la posibilidad de **suspensión** del cumplimiento de la Sentencia que preveía la anterior Ley jurisdiccional. También afirma que no podrá declararse la inexecución total o parcial del fallo, aunque en realidad lo que hace es sustituir la declaración por el Gobierno de los supuestos de inexecución de sentencias que contemplaba la Ley anterior por la **expropiación** de los derechos o intereses reconocidos por la sentencia, que se admite cuando se den alguno de los siguientes motivos: peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos; el temor fundado de guerra; el quebranto de la integridad del territorio nacional.

En estos supuestos, bastante extraordinarios como se ve y cuya concurrencia corresponde declarar al Gobierno, el juez o tribunal a quien compete la ejecución señalará la indemnización que corresponda abonar al beneficiario de la sentencia.

En el caso de que concurran causas de **imposibilidad** material o legal de ejecutar una sentencia, la Ley prescribe que el órgano encargado de su cumplimiento lo manifestará al juez o Tribunal que, con audiencia de

las partes y de quienes considere interesados, apreciará la concurrencia o no de dichas causas y adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

C) Incidentes de ejecución y poderes del juez

La Ley admite que la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, puedan promover **incidentes** para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución, y especialmente las referidas al órgano responsable de la misma, plazo máximo de cumplimiento, medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

Una vez sustanciados estos incidentes, si se plantean, y transcurridos los plazos señalados a la Administración para el total cumplimiento del fallo sin que éste se produzca, el Juez podrá proceder a adoptar, previa audiencia de las partes, las **medidas** necesarias para lograr la efectividad de lo mandado y, singularmente, previo apercibimiento, podrá:

- Imponer multas coercitivas de 25.000 a 250.000 pts. a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del órgano juzgador, así como reitera esas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial.
- Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

En el caso de que la sentencia condene a la Administración a realizar una determinada actividad o dictar un auto, el órgano juzgador podrá, en caso de incumplimiento:

- Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas.
- Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera eficacia, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración.

D) Modalidades de ejecución

Cuando la Administración fuere condenada al **pago de una cantidad líquida**, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto, que tendrá siempre la consideración de ampliable, devengando el interés legal del dinero desde la fecha de notificación de la sentencia.. Transcurridos tres meses desde la notificación de la sentencia, el órgano judicial podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento. Si la Administración condenada al pago estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo comunicará al órgano judicial con una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla.

Si la sentencia **anulara** total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en periódico oficial.

E) La extensión a terceros de los efectos de una sentencia firme

Novedad de la Ley jurisdiccional de 1998 es la extensión a terceros de los efectos de una sentencia firme si versa sobre materia tributaria o de personal (exigiéndose para ello que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo, que el Juez o tribunal fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones y que lo soliciten en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso), y asimismo en los casos de suspensión en la

tramitación de procesos análogos a otros que se tramiten con preferencia, con el objeto en este caso de extender después los efectos de la sentencia a aquéllos retenidos en su curso procesal.

9. PROCESOS ESPECIALES

A) El proceso de protección de derechos fundamentales (arts. 114– 122)

La Ley jurisdiccional de 1998 regula el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española (hasta entonces regulado en la Ley 62/1978, de 28 de diciembre). En este proceso pueden hacerse valer todas las pretensiones propias del proceso contencioso-administrativo (anulación de un acto, reconocimiento de una situación jurídica individualizada, condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones, cese de la vía de hecho), siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades susceptibles de amparo por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado. La tramitación de estos recursos tiene carácter preferente y se realiza en plazos más breves que el procedimiento ordinario. Los trámites más importantes son:

- El **escrito de interposición**, en el que se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.
- El **trámite de admisión** del procedimiento especial, en caso de concurrir posibles motivos de inadmisión o inadecuación del procedimiento, en el que se convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una **comparecencia** en las que se les oír sobre la procedencia del procedimiento, dictando a continuación auto el órgano jurisdiccional mandando proseguir las actuaciones o acordando su inadmisión.
- La formalización de la **demanda** por el recurrente, para lo que se le pone de manifiesto el expediente y demás actuaciones, con el traslado de la misma y a la vista del expediente, presentación de **alegaciones** por el Ministerio Fiscal y las partes demandadas.
- Periodo probatorio, si procede con arreglo a las normas generales.

Conclusas las actuaciones, el órgano judicial dictará sentencia, que estimará el recurso *cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.*

B) La cuestión de ilegalidad (arts. 123– 126)

Se trata de una novedad de la Ley de 1998 que permite que, cuando un Juez o Tribunal haya dictado una sentencia estimatoria en relación a un acto administrativo por considerar ilegal un reglamento aplicado por el mismo pero no sea competente para anular éste, pueda plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente.

El juez o tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad, que ha de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda, acordando emplazar a las partes que puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión. Este Tribunal podrá rechazar mediante auto la cuestión de ilegalidad cuando faltaren las condiciones procesales. El Tribunal, tras reclamar, si lo estima necesario, el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba, dictará sentencia, en la que se estimará o desestimará parcial o totalmente la cuestión, y que *no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó la cuestión* (no afecta por tanto a la primera sentencia).

C) Procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos (art.127).

Suprimidos, en función del dogma de la autonomía local, los controles administrativos directos de las Administraciones territoriales superiores sobre las inferiores, sólo queda la posibilidad de impugnar sus actos o acuerdos por razones de legalidad ante el sistema judicial. Cuando la ley reconoce a estas impugnaciones un efecto suspensivo sobre la actividad cuestionada, se establece un procedimiento que se tramita en breves plazos para que el órgano jurisdiccional, tras oír a las partes en un trámite de vista o de alegaciones escritas y abrir si lo estima necesario para mejor proveer un periodo de prueba, proceda a dictar sentencia por la que se anule o confirme el acto objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en cuanto a la suspensión.