

PROGRAMA

Primera parte

El administrado y las garantías de su posición jurídica

Lección 1. El administrado.

- La figura del administrado y sus clases.
- La capacidad del administrado y sus circunstancias modificativas.
- Situaciones jurídicas del administrado.
- Los derechos del ciudadano ante la Administración Pública.

Lección 2. Las garantías administrativas: recursos administrativos y revisión de oficio.

- Sistemas de revisión administrativa de la legalidad.
- La revisión de oficio.
- Revisión de actos nulos.
- Revisión de actos anulables.
- Revocación de actos.
- Corrección de errores.
- Los recursos administrativos.
- Cuestiones generales.
- Los recursos ordinarios:alzada y reposición.
- El recurso extraordinario de revisión.
- Las reclamaciones previas.
- Los recursos especiales: las reclamaciones económicas administrativas.

Lección 3. Las garantías patrimoniales: la expropiación forzosa.

- Introducción: evolución dogmática y naturaleza de la potestad expropiatoria.
- Sujetos y objeto de la expropiación.
- Los efectos de la expropiación: la privación patrimonial y la obligación de pago del justiprecio.
- El procedimiento expropiatorio: la expropiación urgente.
- La reversión expropiatoria.

Lección 4. Las garantías patrimoniales: la responsabilidad patrimonial.

- Introducción: caracteres generales y evolución dogmática.
- Los supuestos de la responsabilidad: lesión resarcible, imputación del daño y relación de causalidad.
- El contenido del deber indemnizatorio.
- Procedimiento de exigencia.

Lección 5. Las garantías judiciales: el proceso contencioso.

- Introducción: evolución histórica y caracteres.
- El orden jurisdiccional contencioso.
- El proceso contencioso: configuración general, sujetos y objeto.
- El procedimiento contencioso: clases y recursos.

Segunda parte

La actividad administrativa: sus formas.

Lección 6. Las formas de la actividad administrativa.

- Clases de actividad administrativa.
- Principios generales de aplicación.

Lección 7. La actividad administrativa de limitación.

- Grados de limitación en la libertad y derechos de los particulares.
- Las técnicas de la actividad de limitación: reglamentación, autorización, órdenes, mandatos y prohibiciones.

Lección 8. La actividad administrativa de sanción.

- Orígenes, evolución y marco comparado de la potestad sancionadora en España: la potestad sancionadora y la potestad punitiva penal.
- Los principios rectores de la potestad administrativa sancionadora.
- Principios generales del procedimiento administrativo sancionador: garantías procedimentales.
- El procedimiento sancionador: fases y características.

Lección 9. La actividad administrativa de fomento.

- Caracterización general y evolución.
- Clasificación de los medios de fomento.
- La subvención.
- Concepto y naturaleza jurídica.
- Competencia para el otorgamiento.
- El procedimiento subvencional.
- Contenido de la relación subvencional.
- La actividad de fomento y el Derecho Comunitario.

Lección 10. La actividad administrativa de servicio público.

- Caracterización general: actividad de servicio público, actividad pública empresarial y actividad privada.
- Formas de gestión de los servicios: gestión directa y gestión contractual.
- La relación de prestación.
- Tasas, precios públicos y tarifas.
- La actividad administrativa reglamentada.

Lección 2. Las garantías administrativas: recursos administrativos y revisión de oficio.

- **Sistemas de revisión administrativa de la legalidad.**

Hay dos grandes grupos de garantías:

- Revisión por la propia administración.
 - ◊ Revisión de los actos y reglamentos nulos de pleno derecho.
 - ◊ Revisión de los actos anulables declarativos de derechos.
 - ◊ Revocación de los actos de gravamen.
 - ◊ Corrección de errores materiales o aritméticos.

- Recursos en vía administrativa:
 - ◊ Recurso ordinario de alzada.
 - ◊ Recurso ordinario de reposición.
 - ◊ Recurso extraordinario de revisión.
 - ◊ Recursos especiales.

- **La revisión de oficio por la Administración.**

La revisión de oficio por la propia Administración tiene cuatro mecanismos, y los usa en función del tipo de acto que sea y del tipo de defecto que sufra el acto. Viene regulada en el Título VIII, Capítulo I de la LRJAP–PAC, 30/1992 de 26 de Noviembre (arts. 102–106).

- **La revisión de los actos y reglamentos nulos de pleno derecho (art. 102 Ley 30/1992).**

La Administración lo pone en marcha cuando el acto tiene un vicio de nulidad absoluta (causas en el art. 62 LRJAP–PAC). Ante dicho vicio, cabe:

- Revisión de disposiciones generales (reglamentos).
- Revisión de actos nulos.

En general, todas las administraciones pueden revisar de oficio sus actos. Hay un límite en el artículo 106 de la Ley 30/1992, muy genérico y de origen material (prescripción de las acciones o contrariedad con la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes). Por otra parte, no hay límite temporal.

El procedimiento para revisar de oficio lo puede iniciar la propia Administración, o bien lo puede solicitar el administrado. Este procedimiento de revisión de oficio tiene dos trámites esenciales que se han de cumplir:

- Que se dé audiencia al interesado en ese acto que se pretende anular.
- La Administración ha de solicitar y obtener un dictamen del Consejo de Estado (en el caso de la Administración del Estado) o, en su caso, del órgano consultivo correspondiente.

Una vez que la Administración pone en marcha este procedimiento, lo tiene que resolver en un plazo máximo de tres meses.

El efecto de anulación es diferente si es un acto (desaparece del ordenamiento el acto y todos los que se encadenen con él) o si es un reglamento (en la propia resolución que anula se hará constar qué actos de aplicación del reglamento pierden validez y cuáles no, según cual sea la causa de nulidad). En ocasiones hay que indemnizar.

- **La revisión de los actos anulables declarativos de derechos. La declaración de lesividad (art. 103 Ley 30/1992).**

Procede frente a actos viciados de anulabilidad (causas en el art. 63 LRJAP–PAC) que sean declarativos de derechos.

La declaración de lesividad es un procedimiento que se articula en dos fases, y sólo la puede poner en marcha la propia Administración que dictó el acto.

En la primera fase se ha de obtener la declaración de lesividad, viendo si el acto es lesivo para el interés general. La declaración de lesividad se ha de obtener del máximo órgano dentro de cada Administración (el Ministro correspondiente en el caso del Estado; en la Administración Local, el Pleno de la Corporación Local; etc.).

Una vez obtenida la declaración de lesividad del órgano correspondiente, la Administración solicita en un plazo de dos meses a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que son los que tendrán que resolver, para que procedan a actuar. Hay un plazo máximo de cuatro años para llevarla a cabo. El plazo para obtener la declaración de lesividad es de tres meses; si no, caduca el procedimiento. Hay que dar audiencia a los interesados.

- **La revocación de los actos de gravamen (art. 105.1 Ley 30/1992).**

Procede tanto por razones de legalidad como por razones de oportunidad. Hubo mucha polémica sobre ello.

La revocación no tiene plazo ni procedimiento específico. La explicación es que sólo se pueden revocar actos desfavorables.

La diferencia entre la revocación por motivos de legalidad y la declaración de lesividad es que cuando el acto crea un derecho o es favorable hay que ir por la vía de la declaración de lesividad. Tanto la revocación por legalidad como por oportunidad sólo caben para actos desfavorables.

- **La corrección o rectificación de errores materiales o aritméticos (art. 105.2 Ley 30/1992).**

La Administración, cuando advierte que se han producido errores materiales, de hecho o aritméticos, procede a subsanarlos. Por su naturaleza, este procedimiento no tiene plazo ni procedimiento. Sólo se pueden corregir aquellos defectos que resulten claros en el expediente que se trata de un error.

- **Los recursos administrativos.**
- **Cuestiones generales**

Concepto y significado

Un recurso administrativo es un procedimiento administrativo de carácter impugnatorio mediante el cual el administrado afectado por un acto administrativo pide a la Administración su anulación, revocación o reforma. Son mecanismos que pone en marcha el interesado, pero que resuelve la Administración.

Los recursos administrativos surgen, en un primer momento, sin ningún tipo de planificación racional, de forma que cada norma sectorial o departamental establecía los que estimaba oportunos, dando así lugar a un régimen dispar en cuanto al tipo de actos impugnables, el plazo de interposición del recurso, la autoridad que debía resolverlos y el procedimiento que en cada caso debía seguirse.

Será la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 la que establezca la unificación del sistema, reduciendo el complejo entramado de recursos a tres tipos:

- el recurso de alzada, como recurso jerárquico, utilizable frente a los actos que no pongan fin a la vía administrativa (normalmente por estar sus autores subordinados a otros órganos);
- el recurso de reposición, para los actos que sí pongan fin a dicha vía;
- el recurso extraordinario de revisión contra actos firmes, utilizable sólo en base a motivos tasados y de carácter excepcional.

Este esquema, modificado a raíz de la Ley 30/1992, ha sido reintroducido tras la modificación operada en ésta por la Ley 4/1999.

Las **clases** de recursos son:

- **Recursos ordinarios:** Aquellos que se pueden interponer por cualquier vicio de nulidad o de anulabilidad

que aparecen en los artículos 62 y 63 de la LRJAP–PAC. Desde la última reforma de la Ley, los recursos administrativos ordinarios son dos:

- **Alzada:** es obligatorio si queremos luego impugnarlo ante los tribunales de lo contencioso–administrativo.
- **Reposición:** es potestativo.
- **Recursos extraordinarios:** son aquellos recursos que sólo se pueden interponer por una serie de motivos tasados.
- **Recursos especiales:** son también recursos ordinarios (se pueden interponer por cualquier causa o motivo de los artículos 62 y 63), pero para que exista ese recurso lo tiene que prever la legislación sectorial específica. Estos recursos son como el de alzada: lo sustituyen y tienen una regulación distinta, pero que no puede ir en contra de los principios generales (principio de audiencia del interesado, etc.).

Función de los recursos administrativos.

Las funciones más importantes de los recursos son:

- **Garantía del interesado.** Desde el punto de vista del interés de los ciudadanos, los recursos son una vía rápida, barata y sencilla de que el administrado le pida a la Administración, que reconsidere sus decisiones, que controle la regularidad de sus actos.
- **Autocontrol de la Administración.** Desde el punto de vista de la Administración, los recursos pueden constituir un sistema de autocontrol interno. El recurso es el mecanismo fundamental que tienen los órganos superiores para controlar a los inferiores.

Sin embargo, la función garantizadora se cumple muy relativamente por varias razones:

- no debe olvidarse que la Administración actúa en la resolución de los recursos como juez y parte, lo que limita el carácter garantista de aquél y, de hecho, son pocos los recursos que terminan dando satisfacción a las pretensiones de los administrados;
- es frecuente que en la resolución de los recursos se den primacía a las consideraciones de eficacia y de rápida satisfacción de los intereses públicos con olvido de las exigencias de legalidad;
- la necesidad de interponer previamente un recurso administrativo supone para el particular una demora en la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso–administrativa. Esto implica, por una parte, un retraso en la posibilidad para el particular de ver satisfecha su pretensión, período durante el cual la Administración puede poner en ejecución el acto impugnado creando con ello una situación que hace virtualmente inútil el recurso;
- los breves plazos en que han de interponerse los recursos suponen un riesgo añadido para los particulares recurrentes, ya que la no interposición del recurso administrativo impide el ulterior acceso al recurso jurisdiccional.

En lo que se refiere a la función de autocontrol interno de la propia Administración, su utilidad es también limitada por dos motivos:

- porque sería necesario que dicho control interno fuera ejercido por órganos independientes que actuaran eficazmente, de forma que los autores de los actos impugnados se sintiesen realmente controlados en su cumplimiento de la legalidad;
- porque la proliferación de recursos supera a los medios humanos de que dispone la Administración para resolverlos y ello hace que un importante porcentaje de recursos no se resuelvan expresamente.

Por lo tanto, los recursos administrativos se presentan en nuestro Ordenamiento jurídico, en muchos casos, también como un privilegio para la Administración y una carga para el administrado. En efecto, en las Administraciones públicas donde el principio de jerarquía tiene mayor importancia, es decir, en la General del Estado y en las Comunidades Autónomas, para poder impugnar ante los tribunales la mayoría de los actos dictados por los órganos que no culminan la escala jerárquica es obligatorio interponer previamente un

recurso administrativo, con el consiguiente retraso en el acceso a la justicia.

- **Los recursos ordinarios: alzada y reposición.**

Recurso ordinario de alzada.

Es el recurso modelo, principal. Su objeto son aquellos actos administrativos que proceden de un órgano que tiene superior jerárquico. Se dice, por tanto, que son actos que no agotan la vía administrativa, por provenir de órganos que tienen superior jerárquico.

El recurso de alzada se basa en la organización jerárquica de la mayoría de las Administraciones públicas. En este tipo de organización a los órganos superiores les corresponde dirigir y controlar la actividad de los inferiores, y una de las manifestaciones de esta competencia es la posibilidad de que los primeros anulen, revoquen o reformen los actos dictados por los segundos. La interposición del recurso de alzada, en los casos en que éste es posible, es un presupuesto ineludible para poder impugnar con posterioridad el acto de que se trate ante los tribunales.

- **Objeto:** resoluciones y actos que no pongan fin a la vía administrativa (art. 107.1º de la Ley 30/1992).

La ley efectúa una delimitación negativa y así determina que ponen fin a la vía administrativa, de acuerdo con el artículo 109 de la Ley 30/1992, los siguientes actos:

- ◆ las resoluciones de los propios recursos de alzada;
- ◆ las resoluciones de los procedimientos de impugnación alternativos al recurso ordinario previstos por el artículo 107.2º para ámbitos sectoriales determinados;
- ◆ las resoluciones de los órganos administrativos que carecen de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario. En la Administración General del Estado, el Presidente y los Vicepresidentes del Gobierno, el Consejo de Ministros y los Ministros; en las Administraciones Autonómicas, el Consejo de Gobierno, su Presidente y los Consejeros; en la Administración Local, el Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Comisiones de Gobierno; en el resto de las Administraciones públicas, los máximos órganos de dirección de cada ente;
- ◆ las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca;
- ◆ los acuerdos con los administrados que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

De este modo podemos deducir que contra todo acto que no sea alguno de los enumerados en este artículo 109 cabrá, en principio, el recurso de alzada.

- **Motivos:** cualquiera de los vicios de nulidad o anulabilidad de los actos administrativos enunciados en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 (art. 107.1º de la misma).
- **Interposición:** se presenta ante el órgano que dictó el acto o ante el superior jerárquico del mismo, que es el que resuelve (art. 114.2º de la Ley 30/1992).

El particular puede presentar el recurso físicamente al órgano que lo dictó, porque no tiene que saber quién es el titular, pero el órgano se lo tiene que pasar al superior.

Los plazos de interposición del recurso son muy breves (art. 115.2º de la Ley 30/1992):

- ◆ de un mes si se trata de un acto expreso, contado desde el día siguiente de la notificación del problema.

- ◆ Si es un acto presunto, de tres meses, contándose desde el día siguiente en que se produzca el silencio administrativo.

- **Resolución:** es competencia del órgano superior jerárquico del que dictó el acto. Hay que tener en cuenta que los actos dictados por delegación se consideran como si procediesen del órgano delegante, y no del delegado.

El plazo máximo para dictar y notificar una resolución es de tres meses, y el silencio tiene efectos negativos o desestimatorios, salvo cuando el recurso se hubiera interpuesto contra la desestimación por silencio de una solicitud (art. 115.2º de la Ley 30/1992). En ese caso el silencio tiene efecto estimatorio. Es una penalización que introduce la Ley para que la Administración no se refugie en la inactividad.

Contra la resolución de un recurso de alzada sólo cabe interponer, en la vía administrativa, un recurso extraordinario de revisión (art. 115.3º), siempre y cuando se den las circunstancias tasadas a tal efecto. Para la posible continuación se abre la vía contencioso-administrativa.

Recurso ordinario de reposición.

Es también un recurso ordinario. Es un medio de impugnación que se prevé para aquellos casos en que no cabe presentar recurso de alzada y el administrado quiere solicitar a la administración que reconsidere sus actos. Su ámbito propio es el de las organizaciones que no tienen superior jerárquico.

La reintroducción del recurso de reposición (la Ley 30/1992 lo había suprimido) con carácter potestativo es la principal modificación llevada a cabo por la Ley 4/1999 (actual artículo 116 LPAC). Es potestativo porque tiene muy poca virtualidad, es muy difícil que el mismo órgano que dictó un acto lo revise y lo modifique a instancias del interesado. Con ello se han pretendido resolver numerosos problemas que su desaparición había causado, principalmente en el ámbito de la Administración local, porque obligaba a los ciudadanos a acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin conceder a la Administración la posibilidad de reconsiderar sus acuerdos con ocasión del recurso. En la práctica, además, la vía del recurso administrativo es más eficaz en la Administración local que en las demás Administraciones, sin duda por una cuestión de costes y también de proximidad al ciudadano.

- **Objeto:** actos que pongan fin a la vía administrativa (art. 116 de la Ley 30/1992), que son aquellos enumerados en el artículo 109 de la LRJAP-PAC y que hemos enumerado más arriba, exceptuando las resoluciones de los propios recursos de alzada y de los procedimientos de impugnación alternativos previstos por el artículo 107.2º para ámbitos sectoriales determinados (recursos especiales).
- **Motivos:** cualquiera de los vicios de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos expresados en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 (art. 107.1º).
- **Interposición:** ante el órgano que dictó el acto (art. 116.1º de la Ley 30/1992) en el plazo de un mes si éste es expreso, y de tres meses en los casos de silencio administrativo (art. 117.1º).
- **Resolución:** es competencia del órgano que dictó el acto, siendo el plazo máximo para dictar y notificar la resolución de un mes. El silencio tiene siempre efectos desestimatorios, y contra esta resolución, expresa o presunta, no cabe interponer un nuevo recurso de interposición.

Contra la desestimación de un recurso de reposición no podrá interponerse otro del mismo tipo, sino sólo el contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión (art. 117 LPAC).

En estos casos hay que tener cuidado con la delegación, porque cuando un órgano dicta un acto por delegación de un superior, se entiende que el que dicta es el delegante, y ante él se impondrá el recurso.

- **El recurso extraordinario de revisión.**

Los recursos extraordinarios son aquellos que no pueden interponerse por cualquier causa, sino por una serie de motivos tasados determinados por la Ley.

En nuestro derecho sólo existe un recurso extraordinario, denominado recurso de revisión. Es un recurso extraordinario frente a actos administrativos firmes cuya legalidad queda en entredicho como consecuencia del advenimiento de nuevos datos o acontecimientos sobrevenidos. Su interposición sólo es posible en supuestos tasados y bajo circunstancias también excepcionales.

- **Objeto:** tiene como objeto los llamados actos firmes en vía administrativa, es decir, aquellos contra los que no quepa presentar ningún otro recurso administrativo o hayan pasado los plazos para hacerlo, siempre que no hayan sido confirmados por sentencia judicial firme.
- **Motivos:** Este recurso es extraordinario, por lo que tiene una serie de motivos tasados (art. 118.1º de la Ley 30/1992):
 - Que al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
 - Que con posterioridad a la elaboración aparezcan documentos con valor especial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores o no se conocieran en el momento de elaborar el acto, evidencian el error de la resolución recurrida.
 - Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posteriormente a aquella resolución.
 - Que la resolución se haya dictado como consecuencia de un delito o de una falta y se haya declarado así por sentencia judicial firme (supuesto típico de utilización de documentos o testimonios falsos o que sean consecuencia de prevaricación, cohecho, maquinación fraudulenta o cualquier otra conducta punible).

Los motivos primero, tercero y cuarto son, en realidad, causas de nulidad de pleno derecho del acto de que se trate, por lo que contra el mismo no sólo cabrá el recurso extraordinario de revisión, sino también la solicitud de revisión de oficio por la Administración (art. 118.3º de la Ley 30/1992).

- **Interposición:** ante el órgano que dictó el acto. El plazo de interposición es, para el motivo primero, de cuatro años desde la fecha de notificación de la resolución; para los demás casos, tres meses desde el conocimiento de los documentos en cuestión o desde la firmeza de la sentencia judicial (art. 118.2ª de la Ley 30/1992).
- **Resolución:** es competencia del órgano que dictó el acto (art. 118.1º de la Ley 30/1992), exigiéndose dictamen preceptivo del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente. El plazo para resolver es de tres meses, y el silencio tendrá efectos desestimatorios (art. 119.3º).

- **La reclamación administrativa previa.**

No es propiamente un recurso administrativo, sino una reclamación que se configura en la ley como requisito previo para poder ejercitar acciones civiles o laborales contra la Administración (demandar a la Administración, pero ante la jurisdicción laboral, civil,). En estos casos, la Administración actúa como un particular, pero tiene privilegios: antes de llevarla a los tribunales hay que reclamarle a ella. Se trata de solucionar el conflicto en la vía administrativa previa, pero no es más que un requisito más para llegar a los tribunales.

Se le aplica a toda la Administración territorial y a sus Organismos Públicos dependientes, pero no a las sociedades mercantiles o fundaciones de capital público pero régimen privado, que actúan de manera ajena al Derecho Administrativo. En estos casos no es necesario presentar la reclamación previa.

La reclamación tiene un triple efecto:

- Efecto impeditivo: mientras que no se resuelve la reclamación, impide la reclamación en sede judicial (no se puede recurrir a los tribunales).
- Efecto condicionante de las pretensiones. No se puede reclamar en vía judicial algo distinto de lo que se ha reclamado previamente en vía administrativa.
- Efecto interruptivo de los plazos procesales: mientras se resuelve la reclamación quedan suspendidos los plazos para reclamar judicialmente.

La reclamación administrativa previa a un proceso civil se interpone frente al Ministro correspondiente por razón de materia, con independencia de cuál sea el órgano. La reclamación previa a un proceso laboral se presenta ante el Jefe o Director del establecimiento u organismo donde se presten los servicios laborales.

El plazo para resolver es de tres meses para la reclamación previa civil y de un mes para la laboral. El silencio tiene en todo caso efectos desestimatorios. A partir de que nos contestan, o de que entendemos que nos contestan por silencio, se puede ir a los tribunales en unos plazos:

- En lo civil, el plazo es el que marque la propia acción que se pretenda imponer.
- En lo laboral, el plazo para presentar la demanda ante el juzgado o tribunal es de dos meses con carácter general, salvo que se trate de una demanda por despido, en cuyo caso es de veinte días.

• **Los recursos especiales: las reclamaciones económicas administrativas.**

Los recursos especiales son aquellos que prevé la legislación sectorial para materias determinadas. Son recursos ordinarios, en el sentido de que pueden interponerse por cualquier motivo de nulidad o anulabilidad (arts. 62 y 63 Ley 30/1992).

No son de aplicación indiscriminada, sino que es preciso que estén previstos en la norma sectorialmente aplicable, y allí donde existen sustituyen al recurso de alzada. Como éste, se interponen ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto. Pese a la voluntad unificadora de la Ley 30/1992 en materia de recursos administrativos, persisten estas especialidades como resultado de una decantación histórica.

Pese a configurarse como especiales, su régimen legal es similar al del recurso de alzada, y debe obedecer a parámetros y principios similares: previsión de audiencia a interesados, régimen de la prueba, plazos, etc.

La reclamación económica administrativa se trata por su denominación de un verdadero recurso administrativo, aunque con carácter especial (con muchas especialidades, particularidades).

El objeto (acto frente al que se interpone) son actos de gestión fiscal u otros actos de naturaleza económico-financiera (pensiones, por ejemplo) de la Administración del Estado, o de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de actos respecto de tributos cedidos por el Estado, o bien de recargos autonómicos sobre tributos estatales.

Los motivos de interposición son los de los artículos 62 y 63 de la LRJAP-PAC.

Una de las especialidades es que se va a interponer ante, y tramitar y resolver por órganos distintos de los que han dictado los actos que se recurren. Estos órganos son los Tribunales Económico-Administrativos. Estos tribunales son órganos incardinados en el Ministerio de Economía y Hacienda, y que resuelven. Hay un

Tribunal Económico–Administrativo central en Madrid, y otros de carácter regional. Pese a su denominación, no son órganos judiciales, sino administrativos, y están compuestos por funcionarios, y no por jueces o magistrados.

La reclamación tiene un sistema de doble instancia (excepcional en el ámbito administrativo), de forma que primero se recurrirá el acto ante el Tribunal Económico–Administrativo regional correspondiente y, frente a su resolución, se podrá interponer un recurso de alzada ante el Tribunal Económico–Administrativo central. Este sistema de doble instancia sólo subsiste en este ámbito.

La última especialidad es la del plazo para resolver, que es de un año; y sólo entonces queda expedita la vía contencioso–administrativa. El plazo de presentación es el que señale la norma específica.

Lección 3. Las garantías patrimoniales: la expropiación forzosa.

• Introducción: evolución dogmática y naturaleza de la potestad expropiatoria.

Evolución dogmática de la potestad expropiatoria

Aparte de algún precedente más o menos anecdótico que pudiera encontrarse en la época medieval, la regulación moderna de la expropiación forzosa en Derecho español comienza con la Ley de 17 de julio de 1836. En España se acaban de recibir las ideas de la Revolución Francesa: en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789 la propiedad se define como un derecho inviolable y sagrado (art. 17), pero al mismo tiempo se menciona que el único límite que se le puede oponer es la existencia de una necesidad pública legalmente constatada siempre que medie una justa y previa indemnización. Con ello se estaban sentando ya los elementos claves de la institución expropiatoria (necesidad pública, procedimiento legal e indemnización).

Se trata de un momento en que las clases conservadoras, temerosas ante el proceso desamortizador, están demandando la protección del derecho de propiedad.

A partir de ahí, las sucesivas constituciones otorgaron protección al instituto expropiatorio. Bajo el amparo de la Constitución liberal de 1869 se dictó la ley de 10 de enero de 1879. La expropiación forzosa estaba limitada en su propio concepto a la adquisición forzosa de inmuebles por razón de obras públicas, y así seguirá hasta esa fecha de 1954.

Esta Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF) ha sido desarrollada por un Reglamento (REF) de 1957 y constituye el Derecho vigente en esta materia, aunque hoy todo este cuadro legislativo debe ser contemplado a la luz que arroja el texto constitucional, cuyo artículo 33.3 reafirma los rasgos que ya conocemos del instituto de la expropiación. Pero debido a la nueva articulación territorial del Estado se han introducido modulaciones que amenazan con atentar contra la unidad legislativa en esta materia, pese a la dicción clara y literal del artículo 148.1º.18 y a las exigencias del artículo 139 (unidad de mercado) de la Constitución.

Estrictamente hablando, la competencia en materia de expropiación es exclusiva del Estado, y no sólo en cuanto a las bases. No obstante, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, éste ha venido interpretando que ésta cláusula tiene un sentido restrictivo, y que la Constitución permite que las Comunidades Autónomas puedan también regular el instituto expropiatorio de modo instrumental al servicio de aquellas materias sectoriales sobre las que ostentan competencias (agricultura, montes, urbanismo, etc.), lo que harán normalmente estableciendo *causa expropriandi* propias. Deben, no obstante, respetar una serie de garantías que el Estado ha de definir con carácter de comunes para todo el territorio (por ejemplo en cuanto al procedimiento o la indemnización).

Queremos decir con esto que las Comunidades Autónomas pueden hacer uso del instituto expropiatorio en el

ámbito y al servicio de la política sectorial de que se trate, así como en uso de sus competencias legislativas de desarrollo sobre aquellas formas de propiedad sobre las que ostentan competencias. Además, en lo que se refiere a los aspectos procedimentales e indemnizatorios, pueden introducir modulaciones y/o adaptaciones mediante normas específicas, dejando siempre a salvo la garantía de los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados. Otras Sentencias del tribunal Constitucional profundizaron en esta línea (SSTC 17/1990, 149/1991 o 186/1993).

Naturaleza de la potestad expropiatoria.

De las notas que hemos ido apuntando se deduce ya de alguna manera dónde radican la naturaleza y la justificación de la potestad expropiatoria.

Puede hablarse de expropiación en dos sentidos:

- en un sentido abstracto y general, como potestad expropiatoria. Se trata así de una potestad administrativa que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración, y que la legitima para adquirir coactivamente determinados bienes y derechos bajo determinadas circunstancias;
- en un sentido específico y concreto, la expropiación aparece como un acto administrativo, emanado en ejercicio de la potestad expropiatoria, por el que actúa el fin de obtención coactiva y mediando indemnización justa de determinados bienes o derechos ajenos.

• Sujetos y objeto de la potestad expropiatoria.

Tanto en la LEF como en el REF se distinguen tres posibles sujetos de la operación expropiatoria: el expropiante, el expropiado y el beneficiario de la expropiación.

• El expropiante.

Es el titular de la potestad expropiatoria. Sólo las administraciones territoriales pueden ser titulares de la potestad expropiatoria y no los restantes entes públicos (art. 2º de la LEF). De hecho tanto la LEF como el REF (art. 3.2º) limitan la potestad expropiatoria al Estado, la Provincia y el Municipio; pero tras la Constitución Española hay que incluir también a las Comunidades Autónomas, como administraciones territoriales que son.

Además de ello, los entes instrumentales pueden ostentar la potestad expropiatoria cuando se la atribuya expresamente la Ley.

• El expropiado.

El expropiado es el propietario o el titular de derechos o intereses patrimoniales directos sobre la cosa expropiable. El expropiado es el sujeto pasivo del ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de la Administración. Con él han de entenderse y practicarse las actuaciones del procedimiento o expediente expropiatorio, bajo pena de nulidad (art. 4º LEF).

También son parte del procedimiento los restantes titulares de derechos o intereses patrimoniales sobre la cosa a expropiar (por ejemplo, los inquilinos de un inmueble).

• El beneficiario de la expropiación.

La Administración puede ejercer la potestad expropiatoria para sí misma o para un tercero. Este tercero es el beneficiario de la expropiación.

Tal como ya comentamos, la potestad expropiatoria se concentra como regla general en los entes territoriales; de ahí que el resto de los entes públicos que representan intereses públicos y sociales no puedan, siempre en términos generales, ejercer dicha potestad expropiatoria. Pero sí pueden estar autorizados a instar de la Administración titular de la potestad expropiatoria al ejercicio de la misma.

El beneficiario es, pues, el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiado (art. 3.1º REF).

Corresponde al beneficiario la obligación de instar de la Administración que corresponda la iniciación del expediente expropiatorio en su favor, impulsar luego el procedimiento a lo largo de todas sus fases y, por último, pagar el importe de la indemnización o justo precio expropiatorio.

• **El objeto de la potestad expropiatoria.**

De acuerdo con el artículo 1º de la LEF, son objeto de la potestad expropiatoria la propiedad privada o derechos o intereses patrimoniales legítimos, tanto si son de Derecho público como de Derecho privado. La misma expresión es utilizada por el REF (art. 1.2º). No pueden ser objeto de la misma los derechos e intereses de naturaleza no patrimonial (p.e.: los derechos honoríficos o los títulos nobiliarios).

Observamos que en la Ley se habla siempre de propiedad privada, lo que quiere decir que quedan fuera del alcance de la potestad expropiatoria los bienes de dominio público, que son inalienables.

• **Los efectos de la expropiación: la privación patrimonial y la obligación de pago del justiprecio.**

Tal como declara el artículo 1º de la LEF, la expropiación forzosa consiste en cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o 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 de su ejercicio.

Vamos a analizar todos los elementos de la definición legal:

• **La privación patrimonial.**

La privación es el elemento central del instituto expropiatorio. La privación implica el despojo del derecho, la sustracción del mismo. Implica un sacrificio en principio no exigible, y por ello mismo indemnizable.

La primera característica de la privación es la singularidad. La privación en que consiste la expropiación es, en esencia, singular; es decir, afecta a un individuo o a un grupo, aunque pueda ser amplio, de individuos; pero no se establece con carácter general para todos los propietarios o titulares de un bien.

La segunda es que la privación es acordada imperativamente. La privación que implica el ejercicio de la potestad expropiatoria es una privación deliberada y querida, producto de una decisión de la Administración en ese sentido.

En tercer lugar, la privación es tal, cualquiera que sea la modalidad que revista. La LEF hace referencia a la venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación del ejercicio. El REF aclara que esta enumeración tiene carácter enunciativo, y que no excluye otras modalidades (art. 1.2º).

Por último, si la expropiación clásica se limitaba en cuanto a su objeto a los inmuebles, la vigente LEF ha optado por una formulación general.

- **La obligación del pago del *justiprecio*: el principio del previo pago.**

La indemnización expropiatoria ha de ser justa, es decir, equivalente al perjuicio o sacrificio patrimonial que supone la privación del bien. Este dato, la exigencia de compensación, es lo que distingue a la expropiación de la confiscación, que la propia Constitución Española prohíbe implícitamente en el artículo 33.3º.

Hoy en día se considera que ese mismo artículo habla de la necesidad de indemnización, pero no hace referencia al hecho de que deba ser previa. El Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre el caso RUMASA (STC 166/1986, de 19 de diciembre), ha refrendado esta interpretación, al señalar que tan constitucional es el pago previo como el pago al final del procedimiento expropiatorio, y al aclarar que no hay ninguna dependencia entre el pago del *justiprecio* y la transmisión de la titularidad del bien o derecho objeto de la expropiación.

- **La causa de la expropiación.**

Si toda potestad administrativa ha de estar ordenada a un fin público o general (art. 103.1º CE), la potestad expropiatoria no podía ser menos: el propio artículo 33.3º CE lo expresa claramente: Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social. La LEF reitera dicha exigencia en sus artículos 1º y 9º, y el REF en su artículo 10.

La causa de la expropiación o *causa expropriandi* viene a ser el fin público declarado por el legislador, y que la Administración pone en práctica al llevar a cabo cada operación expropiatoria concreta. El fin de la expropiación no es, obviamente, la privación en que consiste, sino el destino posterior a que ha de dedicarse el bien. La causa de la expropiación ha de ser necesariamente, pues, la satisfacción de un fin de utilidad pública o interés social.

En nuestro Derecho, la calificación de una operación o de un tipo de operaciones como de utilidad pública o de interés social ha de hacerse por Ley, y no por acto administrativo ni por reglamento.

Existe una excepción: la expropiación de inmuebles en el caso de los Planes de Obras y Servicios del Estado, la Provincia y los Municipios (hay que entender que también las Comunidades Autónomas en su caso), según prevén los artículos 10 de la LEF y 11.2º del REF. Se entiende que la aprobación de los Planes de obras y servicios lleva implícita la calificación de utilidad pública o interés social.

- **El procedimiento expropiatorio.**

El artículo 105 de la Constitución Española establece con carácter general una reserva de Ley en materia de procedimiento administrativo. Es evidente que ello alcanza al procedimiento expropiatorio.

El Tribunal Constitucional ha precisado, por su parte, que el procedimiento debe ser el precisado por la Ley con carácter general para todo tipo de expropiaciones (STC 166/1986, de 19 de diciembre).

La LEF regula un procedimiento general y una serie de procedimientos especiales. Se trata de un procedimiento complejo, denominado por algunos como procedimiento de procedimientos, porque está compuesto por varios procedimientos sucesivos y ordenados al mismo fin.

Comprende tres fases principales:

- El acto o acuerdo administrativo de necesidad de ocupación de los bienes o adquisición de los derechos a expropiar.
- El expediente de determinación del *justiprecio*.
- Los actos de pago del *justiprecio* y toma de posesión.

• Las garantías del expropiado en la expropiación.

Habida cuenta de la proclamación constitucional del derecho de propiedad, y a pesar de que en nuestro Derecho no se incluye entre los derechos que pueden fundamentar un recurso de amparo constitucional, la regulación de la expropiación tiene una doble vertiente: por un lado, se trata de una regulación de una potestad administrativa de intervención en la esfera patrimonial de los particulares; por otro lado, se trata de una regulación que tiene una finalidad clara de garantía o protección de los derechos de esos particulares.

Esta dimensión garantista presenta cuatro proyecciones:

- La potestad expropiatoria, para ser válida, ha de venir determinada legalmente, y sólo está justificada dentro de esos límites legalmente establecidos.
- El ejercicio de esa potestad, aún dentro de sus límites legales, ha de ajustarse a un procedimiento que le sirve de presupuesto de validez de ejercicio.
- Una tercera proyección garantista la constituye la indemnización expropiatoria: los derechos particulares claudican efectivamente ante el ejercicio legal y legítimo de la potestad expropiatoria, pero en su lugar nace un derecho a la reparación patrimonial compensatoria.
- Una última garantía se despliega aún después de efectuada la expropiación, y consiste en el derecho de reversión del bien al patrimonio del expropiado si no ha sido destinado al cumplimiento efectivo de la causa que fundamentó y justificó la expropiación.

De estas cuatro proyecciones de la garantía expropiatoria, las tres primeras tienen alcance constitucional, porque están expresamente contenidas en la Constitución Española; en tanto que la cuarta es, según el Tribunal Constitucional, una garantía de configuración legal del procedimiento administrativo expropiatorio (art. 21.1º de la LEF).

• La expropiación urgente.

La expropiación urgente se regula en el artículo 52 de la LEF. En la práctica se utiliza con mucha frecuencia, y al margen de urgencias reales. Por ello, el carácter de excepcionalidad con que se concibe en la Ley se ha perdido, y hoy el procedimiento expropiatorio es excepcional, y el excepcional es el ordinario.

Existe una amplia línea jurisprudencial que reacciona frente a la generalización de un expediente concebido como excepcional, e insiste en la necesidad de justificación o motivación de la declaración de urgencia como requisito para su validez (SSTC 6867/1992 de 30 de septiembre y 9788/1992 de 3 de diciembre), así como la necesidad de que en dicha declaración se detallen con toda precisión los bienes afectados.

La declaración de urgencia corresponde al Consejo de Ministros u órgano de gobierno de las Comunidades Autónomas (así lo ha admitido el Tribunal Supremo en sus sentencias 9619/1990 de 29 de diciembre, y 4007/1990 de 22 de mayo). No pueden, en cambio, hacer las declaraciones de urgencia los municipios ni las provincias (ni las islas, hay que entender), a pesar de que gozan de autonomía (STC 6094/1988 de 22 de julio). Sus características básicas son las siguientes.

- La Administración procede a la ocupación inmediata de los bienes o derechos que hayan de expropiarse.
- Estos expedientes gozan de preferencia (art. 52.7º).

El acuerdo de urgencia se notifica a los interesados con una antelación mínima de ocho días, y se publica el día y hora en que se vaya a levantar el acta previa a la ocupación. Llegado este día y esta hora, se levanta el acta previa (arts. 52.2º y 52.3º) a la ocupación. Al acto asisten los expropiados y demás interesados, un representante de la Administración expropiante, el Alcalde o un Concejales en quien éste delegue, y un perito. La finalidad del acta es comprobar el estado de los bienes para luego valorar y determinar un precio, para lo que también hay que tener en cuenta los perjuicios que se deriven de la ocupación inmediata (piénsese en el

caso de las plantaciones).

A continuación, la Administración, viendo el expediente y el acta previa, formula las llamadas hojas de depósito previo a la ocupación, esto es una cantidad que la propia Administración fija conforme a los criterios que determina la ley (arts 52.4º y 52.5º); así como un complemento indemnizatorio por rápida ocupación.

La Administración procede a efectuar el depósito del justiprecio y a consignar o abonar la indemnización por rápida ocupación, y en un plazo máximo de quince días procede a la ocupación.

A partir de la ocupación, el procedimiento sigue los trámites relativos al expediente de justiprecio y al pago del procedimiento ordinario (con tramitación preferente).

- **Los sistemas de valoración del justiprecio.**

La LEF regula dos sistemas o modos de valoración del justiprecio. El primero y principal remite al mutuo acuerdo entre expropiado y beneficiario, expropiante o tercero. El sistema de acuerdo mutuo permite la fijación amistosa del precio en un plazo de quince días. Este acuerdo mutuo es un acto administrativo específico que pone fin al procedimiento. Es irrevocable unilateralmente, y la Administración no puede desligarse del mismo. Puede, eso sí, impugnarlo judicialmente, a través del proceso de lesividad. Transcurridos seis meses sin que se haya efectuado el pago, se devengan los intereses por mora.

El segundo o supletorio remite a la determinación por un órgano administrativo específico, como es el Jurado Provincial de Expropiación. Este órgano existe en cada provincia, y está compuesto por un Presidente y cuatro vocales que representan paritariamente los intereses de la Administración y de los expropiados (art. 32 de la LEF): un abogado del Estado; un funcionario técnico, que variará según la naturaleza del bien a expropiar; un representante de la Cámara Provincial Agraria o de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Colegio Profesional u Organización Empresarial (según la índole del bien); y un notario.

Si no hay un acuerdo entre las partes en el plazo de quince días, se pasa a este sistema de resolución por Jurado Provincial. No obstante, las partes pueden alcanzar un acuerdo en cualquier estado de tramitación (art. 24 de la LEF).

Este sistema supletorio es en realidad el habitual, porque la Administración no tiene ningún interés en llegar a acuerdo, habiendo decaído la regla del previo pago obligatorio. El procedimiento ante el Jurado Provincial se tramitará en pieza separada e individualizada para cada propietario (arts. 29 *et seq.* de la LEF):

- La Administración requiere al interesado para que formule su hoja de aprecio en el plazo de veinte días, apreciación que ha de ser motivada, y en la que se pueden incluir las alegaciones que se estimen oportunas, pudiendo ir avalada por un perito (será lo más habitual).
- En otro plazo de veinte días la Administración acepta o, normalmente, rechaza la propuesta de valoración del particular. Si acepta, queda determinado el justiprecio, y el beneficiario procede al pago del mismo. Si rechaza, en otros veinte días ha de formular su hoja de aprecio, que ha de comunicar al particular para que, en el plazo de diez días, acepte o rechace, haciendo las alegaciones y aportando las pruebas que estime oportunas para motivar su valoración.
- Si el interesado rechaza el precio ofrecido por la Administración, se pasa el expediente a resolución por Jurado Provincial. Esta resolución ha de recaer en un plazo ordinario de ocho días, y extraordinario de quince (estos plazos se incumplen sistemáticamente). El precio fijado debe estar entre las cantidades extremas fijadas en las hojas de aprecio por las partes. La resolución del Jurado pone fin a la vía administrativa, y es susceptible de recurso contencioso-administrativo.
- **El concepto de justiprecio y sus elementos.**

El justo precio es aquél que representa un razonable equilibrio entre el sacrificio expropiatorio y su reparación

económica. El legislador cuenta, por tanto, con un cierto margen de libertad a la hora de determinar las reglas de valoración de los bienes o derechos expropiados; libertad que tiene como límite la regla del proporcional equilibrio entre el valor económico del bien y la cuantía de la indemnización.

En términos generales, la jurisprudencia identifica el justo precio y valor de sustitución: la compensación debe permitir al perjudicado sustituir el bien extraído de su patrimonio por un bien análogo (STC 874/1992 de 18 de febrero).

La LEF, en sus artículos 38 a 42, establece una serie de reglas materiales para la valoración del justo precio; reglas fundadas principalmente en criterios fiscales que difieren según la naturaleza de los bienes o derechos objeto de expropiación.

Complementariamente, la propia LEF introduce en su artículo 43 una regla general basada en la libertad valorativa, cuando se estime que la valoración alcanzada por la aplicación de las reglas específicas de los artículos 38 a 42 no se ajusta por algún motivo al valor real del bien o derecho expropiado.

La interpretación que en sede jurisprudencial se ha hecho de esta regla de libertad estimativa es la siguiente:

- El valor real que se pretende alcanzar no es el valor de mercado, sino más bien el valor objetivo del bien o derecho.
- La valoración es libre, tanto para utilizar los criterios legales como otros cualesquiera, o una combinación de nos y otros.
- La valoración debe ser motivada, y debe tenerse en cuenta la realidad de los bienes y derechos y los valores asignados a bienes análogos, lo cual es una exigencia de igualdad jurídica y de congruencia de la actuación administrativa.
- **El pago del justiprecio.**

El pago ha de efectuarlo el beneficiario, sea éste la propia Administración, el expropiante o un tercero. El plazo para efectuarlo es de seis meses (art. 48.1º de la LEF) desde el acuerdo o desde la resolución del Jurado Provincial de Expropiación.

Las formas en que se puede verificar dicho pago son las que la propia Ley señala en su artículo 48.2º: en dinero mediante talón nominativo o por transferencia bancaria, excepto en el caso de las expropiaciones urbanísticas, en las que el pago pueda hacerse en terrenos o en aprovechamiento urbanístico.

Según la letra de la Ley, una vez efectuado el pago se podrá ocupar el bien o derecho. Ya hemos visto cómo el Tribunal Constitucional ha desmitificado el principio de previo pago, dado que la Constitución Española sólo hace alusión a que la expropiación se efectúe mediante pago.

El pago está exento de toda clase de gastos, impuestos o gravámenes estatales, autonómicos y locales (art. 49).

- **La reversión expropiatoria.**

Sabemos que el ejercicio de la potestad expropiatoria se justifica por la *causa expropriandi*, y al servicio de ella queda vinculada la transferencia forzosa del bien. Pues bien, puede ocurrir que dicho fin no se cumpla, caso en el que surge el derecho de reversión.

La reversión es el derecho que tiene el expropiado o sus causahabientes a recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación (art. 54 de la LEF).

El ejercicio del derecho de reversión impone el abono a la Administración o al beneficiario del justiprecio:

una vez acordada la reversión, el expropiado ha de abonar el justiprecio al beneficiario de la expropiación. Si han transcurrido más de dos años, habrá de procederse a una nueva valoración, aplicando las reglas legales de determinación del justiprecio.

Cabe destacar, por último, que la reversión es una garantía legal, y no constitucional (el artículo 33.3º de la Constitución Española no hace referencia a la misma), de modo que puede ser modificada por ley. Esto es lo que ha ocurrido con la legislación del suelo, de modo que en el ámbito urbanístico no existe en todos los casos reversión.

Lección 4. Las garantías patrimoniales: la responsabilidad patrimonial.

♦ Introducción: caracteres generales y evolución dogmática.

Lo normal es que la actividad administrativa encaminada a la satisfacción del interés general no tenga consecuencias dañosas para la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos. Existen, no obstante, tres supuestos en los que sí se producen esos efectos dañosos: el ejercicio de la potestad expropiatoria, el ejercicio de la potestad sancionadora y, a modo de cajón de sastre, todos aquellos supuestos de funcionamiento de los servicios públicos en los que se produzcan consecuencias dañosas para dichos derechos e intereses sin que exista un deber general de soportarlo por parte de los ciudadanos. Estos últimos supuestos son los que dan lugar al nacimiento de la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Administración.

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentra en la cláusula de Estado de Derecho, que impone la sumisión de toda la Administración Pública al ordenamiento jurídico, como cualquier otro sujeto de Derecho. El tema de la responsabilidad es uno de los pilares fundamentales para la construcción de un Derecho Administrativo como un Derecho garantizador, y la superación de la concepción del mismo como derecho exorbitante.

Hasta bien entrado el siglo XIX, el principio de soberanía y la interpretación férrea y tradicional que se hacía de él implicaban que la máxima medieval *the king can do no wrong* desplegaba toda su eficacia obstaculizadora de la responsabilidad del poder público, en todas sus manifestaciones.

En nuestro país, la decantación institucional de la responsabilidad ha sido fruto fundamentalmente de la obra del legislador, porque la jurisprudencia había sido incapaz de adaptar a la actividad administrativa los principios de la responsabilidad civil. A mediados del XIX se aceptaron ya normativamente supuestos de responsabilidad administrativa, y en la Constitución republicana de 1931 se recoge ya expresamente el principio general. De ahí pasó a la legislación municipal de 1935, y luego a la normativa franquista del régimen local de los años 1945–1955. La LEF le daría una regulación general (arts. 121 y 122), y ya con mayor perfección técnica la acogió la LRJAE, de 1957, para el ámbito de la Administración del Estado.

La jurisprudencia en general ha sido bastante reacia, y un acogimiento pleno de la institución no lo encontramos hasta los años 70.

Actualmente, el punto de partida es el artículo 106.2º de la Constitución Española. Estamos ante un sistema general de responsabilidad, concebido en términos amplios y generosos, que trae causa de la anterior regulación que se contenía en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (art. 121), y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1954 (arts. 40 *et seq.*).

La Constitución Española dice que es la ley la encargada de regular el régimen concreto de responsabilidad, y esto es lo que hace actualmente la ley 30/1992, LRJAP–PAC (arts. 139 *et seq.*), que ha sido desarrollada en esta materia por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

Aunque los preceptos de la LEF que hacían referencia a este tema no han sido expresamente derogados, hay que entender que han quedado sustituidos por la nueva regulación, salvo el párrafo 2º del artículo 121 y el artículo 123, que tratan de la responsabilidad de los concesionarios, materia ésta no tocada por la Ley 30/1992. Estos dos últimos preceptos han quedado derogados a su vez mediante la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo (art. 98).

Las características principales del sistema son las que siguen:

- **Unidad:** se trata de un sistema unitario que rige para todas las Administraciones Públicas.
- **Generalidad:** se refiere a toda la actividad administrativa, tanto la de carácter jurídico como la puramente fáctica; tanto por acción como por omisión.
- **Responsabilidad directa:** La Administración cubre la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral de modo directo, y no sólo subsidiariamente; sin perjuicio de que pueda haber lugar a una acción de regreso contra ellos.
- **Responsabilidad objetiva:** se prescinde de la idea de culpa, y cobra centralidad la idea de causalidad.
- **Responsabilidad integral:** el alcance de la reparación del daño que se pretende alcanzar es absoluto.

Se trata, pues, de un régimen según el cual las Administraciones Públicas responden de toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, siempre que esa lesión incorpore efectivamente un daño individualizado y evaluable económicamente, y siempre que ese daño sea imputable a una Administración Pública por el ejercicio de su actividad, sin que sea necesario referirse a la idea de culpa, y siendo suficiente que medie una relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño producido.

Cuando hablamos de la necesidad de que la lesión incorpore un daño efectivo, la Ley quiere decir que debe tratarse de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (art. 141.1º de la LAP). El único caso posible de exclusión es la fuerza mayor.

♦ **Los supuestos de la responsabilidad: lesión resarcible, imputación del daño y relación de causalidad.**

El primer presupuesto de actuación de la responsabilidad es que el daño debe derivarse del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos (art. 139.1 LRJAP-PAC). Es decir, puede derivarse tanto de una actuación ilegal (caso de funcionamiento anormal de los servicios públicos), como de una actuación legal (funcionamiento normal de dichos servicios, sin infracción del ordenamiento jurídico); pero que incidentalmente produce consecuencias dañosas.

Para que esta responsabilidad se opere realmente es necesario que se cumplan una serie de requisitos, subjetivos y objetivos.

En primer lugar, en el plano subjetivo es necesario que la lesión provenga de o sea imputable a un servicio público cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, con independencia del régimen de gestión elegido. Habrá que acudir al artículo 2º de la LRJAP-PAC para saber si estamos ante una Administración Pública, y tener también en cuenta las disposiciones de la LOFAGE al respecto. Hay que tener en cuenta que si se trata de un servicio gestionado privadamente la responsabilidad es del gestor, salvo que se derive de una decisión imperativa y de ineludible cumplimiento, impuesta por la Administración titular (así lo dispuso de manera innovadora la LEF en su artículo 121.2º).

En segundo lugar, en el plano objetivo es necesario que se haya producido efectivamente lesión (puede ser un daño o un perjuicio), con ocasión del funcionamiento de dicho servicio público.

El segundo presupuesto necesario es que exista una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio, entre la actividad o inactividad administrativa, y la lesión producida. Se trata de una relación directa,

por lo que se excluye el daño causado por los agentes públicos en sus actividades privadas.

Respecto de la necesidad de que la relación sea directa, la jurisprudencia más reciente muestra una tendencia hacia la laxitud en la interpretación, y se pueden encontrar casos en que la responsabilidad alcanza ciertos supuestos de actuación privada de los agentes de la Administración.

El tercer presupuesto es que el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o un grupo de personas (art. 139.2º de la LPC). No basta con que se prevea que una lesión puede producirse en un momento futuro, es decir, un riesgo hipotético; sino que el daño ha de ser real y existente, y el que lo alega debe cuantificarlo previamente, en fase probatoria o en fase de ejecución de sentencias (STC de 13 de noviembre de 1981). Además, cada reclamante ha de expresar singularizadamente qué parte de daño le afecta.

Excepción: la fuerza mayor.

La única causa que excluye, aún habiéndose determinado la imputación del daño a la actividad administrativa, la responsabilidad de la Administración, es la fuerza mayor. Ésta causa de exclusión ha de interpretarse restrictivamente, dados los términos amplios con que se configura en nuestro Derecho la responsabilidad. Por fuerza mayor hay que entender la causa imprevisible e irresistible ajena a la conducta racional previsor de toda persona u organización en relación con las actividades a su cargo. Si la causa pudo y debió ser prevista, aún cuando sea ajena a la organización administrativa, no se excluye responsabilidad. La concurrencia de fuerza mayor debe probarla la Administración que la alega.

◆ El contenido del deber indemnizatorio.

Supuesta la producción de una lesión resarcible, es preciso determinar el contenido del deber indemnizatorio que pesa sobre la Administración en orden a reparar aquélla. Ello plantea tres órdenes de cuestiones: cuál sea la extensión de dicha indemnización, esto es, su importe y su forma de cálculo; cuál sea el momento temporal de referencia, esto es, la fecha con referencia a la cual ha de calcularse el monto de la indemnización; y, por último, las diversas formas o modalidades que la indemnización puede revestir.

- **La extensión del deber indemnizatorio.**
- **El principio de reparación integral.**

Puede parecer sorprendente que la legislación española no haya nunca establecido, de modo expreso, cuál haya de ser el alcance de la indemnización. Ello no ha sido necesario, sin embargo, por cuanto el concepto mismo de indemnización conlleva la idea de reparación integral de los daños y perjuicios que la actividad administrativa haya generado (indemnizar=dejar indemne). Se trata, obviamente, de la misma regla que preside la determinación del justiprecio en la expropiación, con arreglo a la cual debe proporcionarse al dañado un valor de sustitución de los bienes o derechos de que haya sido privado por una u otra vía, de manera que su balance patrimonial sea el mismo que antes de la producción del daño.

Este principio de reparación integral supone, por tanto, no sólo la indemnización del daño emergente o positivamente producido, sino también del lucro cesante, esto es de las ganancias o beneficios que no se percibieron como consecuencia de la privación producida por el evento dañoso, siempre que las mismas puedan ser probadas cumplidamente, no constituyendo meras aspiraciones ideales o expresiones de deseos infundados (SSTS 477/1985 de 22 de noviembre, art. 86; 177/1997 de 5 de diciembre, art.98).

- **Los criterios de cálculo.**

La forma de calcular la indemnización tampoco goza de una regulación especialmente precisa. Antes de la LRJAP-PAC, el art. 143.3 REF remitía, para dicho cálculo, a la aplicación, en lo posible de los criterios de

tasación de bienes aplicables a los supuestos de expropiación forzosa.

Una norma de similar imprecisión ha sido sentada por el art. 141.2 LRJAP-PAC, al disponer que la indemnización se calculará 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. La apelación conjunta a todos estos criterios remite, en definitiva, a fórmulas de estimación prácticamente libre del importe de la indemnización por parte de los Tribunales; los cuales, en ausencia de baremos objetivos, suelen llegar a soluciones que, sin perjuicio de su justicia singular, ofrecen disparidades importantes y escasamente justificadas.

- **La fecha de referencia para el cálculo de la indemnización.**

El problema de la elección de la fecha por referencia a la cual debe establecerse el importe de la indemnización posee un evidente interés, dada la confluencia de dos datos: de una parte, la tasa de inflación que, en mayor o menor grado, afecta a todas las economías; de otra, el tiempo prolongado que transcurre desde el momento de la producción del daño hasta que la indemnización es fijada y abonada, lo que no es inusual que suceda después de varios (o muchos) años, tras un laborioso procedimiento administrativo y un no menos dilatado proceso judicial.

Hasta fechas recientes, la doctrina jurisprudencial, en ausencia de toda previsión normativa, venía aceptando que la indemnización debía fijarse con arreglo a los valores vigentes en el momento del pronunciamiento definitivo de la misma (normalmente, la sentencia judicial que condenaba a la Administración a su pago), en orden a hacer efectivo el principio de reparación integral del daño. Sin embargo, el art. 141.3 LRJAP-PAC ha establecido una regla diversa y, en apariencia, menos favorable para los perjudicados: la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria. En definitiva, la fecha de referencia sigue siendo la misma, si bien el importe de la actualización habrá de actualizarse, exclusivamente mediante la aplicación del IPC y sólo hasta la fecha en que finalice el expediente administrativo de determinación de la responsabilidad. Ahora bien, esto no supone que dicha actualización (y el devengo de intereses) no deba proseguir a lo largo de todo el período de duración del proceso contencioso que, en su caso, se incoe; la LRJAP-PAC no lo dice por la razón de que su texto no es el sistemáticamente adecuado para recoger una previsión de orden procesal, pero negarlo sería absurdo.

Así pues, y aunque resulte criticable desde la óptica de la reparación integral, la fecha de referencia es, en la actualidad, la de la producción del daño; ello puede plantear dificultades de determinación, por cuanto hay daños cuya producción no es temporalmente instantánea, sino que se desarrollan a lo largo de un período de tiempo prolongado, sólo al término del cual pueden determinarse con precisión los perjuicios: piénsese en el caso de producción de lesiones físicas, cuya repercusión económica sólo puede medirse al término de su curación.

- **Las modalidades de la indemnización.**

Como regla general, la indemnización ha de fijarse en una suma dineraria y abonarse de igual modo y en un solo pago. Se trata, pues, como se dice habitualmente (aunque sin demasiada corrección), de una indemnización económica.

Sin perjuicio de ello, la LRJAP, recogiendo algunas alternativas establecidas por normas sectoriales, ha abierto la posibilidad de otras modalidades de abono, al establecer en su art. 141.4 que la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que

exista acuerdo con el interesado. En definitiva, lo que se establece es una regla de libertad en la forma de pago de la indemnización, con el sustancial requisito de que el perjudicado consienta en la aceptación de formas distintas al pago en dinero.

◆ **Procedimiento para reclamar la indemnización de la Administración (La acción de responsabilidad).**

Esta cuestión aparece regulada en la LRJAP–PAC, 30/1992 y en el Reglamento 429/1993, de 26 de marzo.

La exigencia de responsabilidad puede efectuarse en un procedimiento independiente (aquél en el que se reclama indemnización, pero no se cuestiona el acto que da lugar a la misma) o en un procedimiento acumulado (aquél en el que la acción de responsabilidad se acumula a un recurso contra un acto o una disposición administrativa).

El lesionado por la actividad o inactividad administrativa debe, en primer lugar, efectuar la correspondiente reclamación de responsabilidad ante la propia Administración y, si ésta fuera desestimada, podrá acudir en vía judicial ante la jurisdicción contencioso–administrativa. No puede existir una acción judicial independiente sin haber agotado la vía administrativa. Cabe también la posibilidad de que la propia Administración inicie de oficio el procedimiento administrativo de responsabilidad, pero es obvio que ello es realmente excepcional (art. 142.1º de la LRJAP–PAC).

En el caso de iniciación por los interesados, el procedimiento comienza con la reclamación, que habrá de dirigirse al ministro respectivo, al órgano competente de la Comunidad Autónoma o de la entidad local de que se trate (art. 142.2º de la LRJAP–PAC). En dicha reclamación habrán de hacerse constar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad, la evaluación económica si fuera posible hacerla en el momento, y el momento en que se haya producido la lesión. Se acompañarán las alegaciones, documentos, informaciones, proposiciones de prueba y medios probatorios que se estimen oportunos (art. 6º del Real Decreto 429/1993).

El plazo para ejercitar la reclamación prescribe al año desde que se produjo el hecho que motive la indemnización o desde que se manifestó su efecto lesivo (art. 142.5º de la LRJAP–PAC). Cuando se trata de daños personales físicos o psíquicos, el cómputo empieza desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (art. 142.5º de la LRJAP–PAC).

Para la resolución es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas. El plazo para resolver es de seis meses, más el período de práctica de prueba si se hubiera propuesto.

El procedimiento termina por resolución expresa o presunta, que se entiende desestimatoria (art. 142.2º y .7º de la LPAC). Puede existir acuerdo con el interesado (terminación convencional). Puede también terminar, de modo anormal, por caducidad, renuncia o desistimiento. El acto resolutorio pone fin a la vía administrativa, contra él no cabe más recurso, y es impugnabile ante la jurisdicción contencioso–administrativa.

Cuando la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión sea inequívoca, la Ley prevé un procedimiento abreviado de determinación de la indemnización que procede. Es el órgano competente para recibir la reclamación el que ha de decidir que se siga este procedimiento abreviado. El plazo para resolver es aquí de treinta días, y también puede terminar por acuerdo indemnizatorio.

La valoración de la indemnización.

El objetivo último de la institución de la responsabilidad es la reparación del daño causado, y ésta debe ser íntegra (arts. 106.2º de la Constitución Española y 139 de la LRJAP–PAC: toda lesión que sufran en

cualquiera de sus bienes y derechos), porque el afectado no tiene ninguna obligación de soportar el sacrificio. Aquí se encuentra una de las principales diferencias entre responsabilidad y expropiación: el expropiado sí tiene que soportar la privación del bien, de ahí que la adecuada indemnización a que tiene derecho pueda ser modulada por el legislador en base a una serie de criterios.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que la regla es la indemnidad o reparación integral, que significa la reparación de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados, incluyendo tanto el daño emergente (el detrimento patrimonial efectivamente ocasionado) como el lucro cesante (el beneficio o ganancia dejados de percibir). No se incluyen en cambio los gastos judiciales y honorarios de abogados y procuradores que habrán de seguir el régimen general de la condena en costas.

En la práctica, la valoración es casuística: para los daños materiales se acude sin problemas al valor real de los bienes (según los criterios señalados); en cambio, para los daños personales se acude a los módulos valorativos empleados en los restantes órdenes jurisdiccionales (civil, penal, laboral) y a la equidad (edad, ingresos anuales, cargas familiares, expectativas profesionales,).

Lección 5. Las garantías judiciales: el proceso contencioso.

La Administración Pública es un órgano que se caracteriza por disponer de una serie de privilegios con respecto al común de los ciudadanos, y está sometida en su actuación a una serie de garantías de las que también carecen los ciudadanos (ventajas y cargas). La Administración también está sometida al principio de legalidad, al igual que los ciudadanos, pero de una manera distinta: la Administración está sometida en el sentido de que sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido, mientras que el ciudadano tiene el principio de libertad. La Administración está sometida a una serie de cargas, y hay que establecer mecanismos que garanticen que se cumplan esas cargas, y que compruebe que la Administración actúa allí donde lo tiene permitido.

La actividad de la administración se controla de muchos modos diferentes, pero uno de los controles básicos es que se realiza desde la propia Administración o por los órganos del poder judicial. El control por la propia Administración se lleva a cabo a través del mecanismo de los recursos administrativos. En el mundo administrativo hay una presunción de validez de los actos administrativos (autotutela ejecutiva): se presume que los actos se ajustan al Derecho. Los ciudadanos pueden impugnar en la vía administrativa para que la Administración revise. Si frente a esta resolución del recurso el ciudadano sigue sin estar de acuerdo, da paso al ámbito judicial.

Los jueces y tribunales controlan el ejercicio de la potestad reglamentaria entre otras cosas, como es todo lo relativo a la contratación de las Administraciones Públicas. Estudiaremos el control llevado a cabo por los tribunales de la labor administrativa (vid. art. 106 CE).

La Constitución establece el principio de unidad de jurisdicción, que quiere decir que la jurisdicción es única, no hay tribunales especiales, con independencia de que dentro de la jurisdicción única existan distintos órdenes. Se habla, así, del orden civil, del penal y del contencioso-administrativo, que es una denominación histórica, pero no es una jurisdicción especial. Existe un orden jurisdiccional concreto: la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esa jurisdicción contencioso-administrativa se caracteriza por conocer de todos los asuntos en que se ven involucradas las Administraciones Públicas. Hay determinados aspectos de la actuación de las Administraciones Públicas de las que conocen otros órdenes jurisdiccionales. Ese orden jurisdiccional contencioso-administrativo también conoce de determinados asuntos que no son propios de las Administraciones públicas, sino de otras partes de la división de poderes. Pero, en general, cabe decir que el centro del orden contencioso-administrativo es la Administración Pública, que es el brazo ejecutor del poder ejecutivo. Poder y control son dos términos confrontados. Cuando el control se lleva a cabo desde la propia

Administración, es más o menos soportable; pero el control exógeno nunca ha sido soportado por el poder administrativo (por jueces y tribunales). Ante esto existen dos argumentos principales:

- Se ha dicho históricamente que si la Administración está vinculada por un principio de eficacia, hay que tener mucho cuidado a la hora de limitarla.
- También se ha dicho que este control quiebra la clásica división de poderes (el judicial controla al ejecutivo). Sin embargo, esto ya está reconocido en la Constitución Española en su artículo 106.

La primera referencia que tenemos al control externo de la Administración aparece en la constitución de 1812, en la que no se hacía mención expresa de ese control externo, pero de la propia división de poderes y de la posterior aprobación de un Decreto de 1813 se deduce que los constituyentes querían un modelo judicialista. Lo que no se ha llegado a saber es si este modelo judicialista de control externo llegó a ponerse en práctica.

Tras este primer modelo, ya a mediados del siglo XIX, época políticamente convulsa, con la llegada al poder de los moderados se giró hacia un modelo de control externo puramente administrativista (copia del modelo francés): Consistía en conformar unos controles externos a la propia Administración, pero que en su naturaleza fuesen también administrativos. Este modelo fue criticado por los progresistas: se decía que este modelo atacaba al principio de unidad de jurisdicción, y que además no aportaba ninguna garantía de objetividad, ya que una Administración controla a otra.

En 1888 se publicó la primera ley de la jurisdicción contencioso–administrativa, conocida por el nombre de su autor, Santamaría de Paredes. Hasta aquí se había alternado una época de control judicial con otra de control administrativo externo. Esta ley instaló un sistema armónico, a medio camino entre ambos. Este sistema tenía dos niveles básicos:

- Tribunal de lo Contencioso–Administrativo.
- Tribunales Provinciales de lo Contencioso–Administrativo.

El primero estaba integrado en el Consejo de Estado, e integrado por Consejeros del Estado. Los Tribunales Provinciales de lo Contencioso–Administrativo estaban integrados por el Presidente de la Audiencia Provincial y dos magistrados de la misma, y por dos diputados provinciales con el título de letrado.

Ésta es la base del modelo mixto. Desde el punto de vista de la competencia de la jurisdicción contencioso–administrativa esta ley fue un gran avance. Hasta entonces, para definir sus competencias se usaba un sistema de lista. Con la Ley de 1888 se sustituye este sistema por otro de cláusula general: se podía imponer un recurso contencioso–administrativo contra todo tipo de resoluciones administrativas que reunieran los requisitos del artículo 1º de la Ley. Se pasa a afirmar que, como regla general, es controlable toda la actuación de la Administración. Sin embargo, en esta Ley se excluían determinados tipos de actos, como los discrecionales (que hoy sí son controlados), que no eran controlables por la jurisdicción contencioso–administrativa.

Una ley de principios de siglo, la Ley Maura Silvela, dio ya el último giro, orientando el sistema hacia su vertiente jurisdiccional. Lo que hizo fue extraer el tribunal de lo contencioso–administrativo del ámbito del Consejo de Estado, sustituyéndola por una Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo, compuesta por magistrados.

La Ley de 1888 estuvo vigente hasta 1956, cuando se promulgó una nueva ley de lo contencioso–administrativo. Fue una ley clave en la historia administrativa de España: consolidó la orientación de nuestro sistema de control externo hacia su vertiente judicial: en primer lugar, subsiste en esta ley la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo; y, en segundo lugar, sustituye los Tribunales Provinciales de composición mixta por Salas de lo Contencioso–Administrativo en las Audiencias territoriales.

Desde un punto de vista puramente material, la Ley de 1956 reforzó el sistema de cláusula general, e incluyó entre los actos controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos discrecionales. Además se amplió el ámbito del recurso contencioso-administrativo. El proceso de lo contencioso-administrativo surgió para evitar la lesión de derechos de particulares. A partir de 1956, el proceso de control de lo contencioso-administrativo ya es entendido como un control genérico de la legalidad administrativa, y no como control de las lesiones de los derechos de los particulares.

La ley de 1956 supuso un avance notable: es la primera vez que se puede hablar de un verdadero control de la Administración. No obstante, en 1978, con la Constitución, se introducen cambios en esa ley, derogando y modificando algunos aspectos.

El artículo 24.1 de la Constitución Española consagra el principio de tutela judicial efectiva. Este principio obliga a que toda actividad administrativa sea controlada por órganos judiciales, y exige que toda pretensión de los administrados obtenga respuesta por parte del poder judicial. Este principio va a influir en algunos aspectos de la Ley de 1856 que quedan derogados: por ejemplo, la Ley del '56 excluía del control judicial los actos políticos o de gobierno. Esto quedó derogado por inconstitucionalidad sobrevenida. Así, se buscó una fórmula para controlar este tipo de actos.

La Ley del '56 también dejaba fuera de fiscalización toda una serie de actos en relación con la libertad de expresión (art. 40). A partir de la Constitución del '78, este artículo quedó derogado, porque no puede haber exclusión por razón de la materia. Además, el artículo 106 de la Constitución dice que toda la actividad administrativa queda sometida al control de los tribunales, tanto la actividad reglamentaria como la administrativa. En la Ley del '56, el control del reglamento era muy limitado. El mismo artículo señala que este control se hará tanto en cuanto a criterios de legalidad como en cuanto a los fines para los que ostentan las facultades administrativas: se amplía el control.

Por último, el artículo 117 de la Constitución Española dice que la potestad para juzgar y ejecutar lo juzgado la tienen sólo los juzgados y tribunales. De aquí que sólo el poder judicial pueda controlar la actuación administrativa y tenga, además, el monopolio de ese control, que se extiende a juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado. La Administración podía suspender la ejecución de las sentencias que no le convenían. Con la Constitución Española, la Administración, aunque sigue siendo la que ejecuta la sentencia, está sometida, vinculada.

La Constitución también opera un cambio en un ámbito estrictamente organizativo, cuando abre la posibilidad del Estado autonómico: cambia la organización judicial, al surgir los Tribunales Superiores de Justicia en cada Comunidad Autónoma. Así, el panorama se vuelve más complejo. Este Tribunal Superior de Justicia tiene una Sala de lo Contencioso-Administrativo, por lo que muchos litigios se van a agotar ahí. Luego, la Ley Orgánica del Poder Judicial y otra del '98 complementaron el mapa.

La Ley de 1956 sobrevivió hasta 1998. La Ley vigente, de 1998, en cuanto a la configuración general sigue bebiendo de sus principios.

Caracteres de la actual jurisdicción contencioso-administrativa.

La Ley 29/1998 va a poner en marcha los tribunales de lo contencioso-administrativo. Además, también lleva a cabo la flexibilización del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa. Esto quiere decir que para que un juez de un tribunal pueda enjuiciar a la Administración, es necesario que ella haya actuado.

Con la Ley del '98 hay determinados supuestos en los que este principio se atenúa:

- La técnica del silencio administrativo se considera como acto presunto, y se puede recurrir.
- En determinados supuestos se va a permitir recurrir contra la inactividad de la Administración, no

sólo contra la actividad en acto expreso o presunto. Es algo muy limitado: se puede recurrir cuando la Administración tiene una obligación concreta y expresa de actuar, previo requerimiento.

La ley del '98 introduce un procedimiento abreviado para resolver asuntos de menor cuantía, para agilizar la administración de justicia.

También introduce la cuestión de ilegalidad. Se producía en el sistema anterior una paradoja: cuando se recurría un acto porque se consideraba que el reglamento en que se basaba era nulo, se anulaba el acto, pero el reglamento del que se traía causa seguía en el ordenamiento jurídico. La nueva ley incorpora este sistema de la cuestión de ilegalidad, un tribunal ante el que se presenta un recurso de este tipo: si se considera que efectivamente es inválido, además de anular el acto, tiene que remitir el expediente al tribunal competente para iniciar el proceso de anulación del reglamento.

Otra novedad es la de las medidas cautelares: aquellas medidas que un tribunal puede adoptar mientras se resuelve el proceso para evitar que el transcurso del tiempo pueda hacer insensible la decisión final que se adopte. Podría ser que, si se retrasa mucho en el tiempo, cambien las circunstancias y la decisión ya no tenga sentido. Hasta la Ley del '98, la única medida cautelar que se podía tomar era la suspensión del acto. Ahora se amplía enormemente la posibilidad de las medidas cautelares: no hay una lista, se deja a criterio del juez, que puede adoptar aquellas medidas que considere oportunas.

Por último, la Ley del '98 incorpora una serie de mecanismos alternativos para la solución de los conflictos entre la Administración y los administrados. Se trata de resolver de una forma amistosa, extrajudicial, con el juez como mediador.

Los órganos de la jurisprudencia.

La primera pieza son los **Juzgados de lo Contencioso–Administrativo**. Son órganos unipersonales, al frente de los cuales hay un juez, y tienen un ámbito territorial en principio provincial, aunque excepcionalmente en algunas provincias pueda haber más de uno. Se ocupan de actos que los entes locales (aunque no todos, sí por ejemplo en materia de sanciones, urbanismo,.) y también de algunos actos de las Comunidades Autónomas (también en materia de personal y sanciones), de los actos de la Administración periférica, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Tienen además atribuida una competencia sobre determinados actos en materia electoral, y también les corresponden las autorizaciones para la entrada en domicilios.

Por encima de éstos están los **Tribunales Superiores de Justicia**, que son la pieza clave: órganos colegiados de ámbito autonómico. En cada uno hay una Sala de lo Contencioso–Administrativo. Esta sala se ocupa de materias como los recursos que se planteen contra los reglamentos de las Comunidades Autónomas y ordenanzas de los entes locales. También se ocupan de actos de Comunidades Autónomas y entes locales que no son competencia de los juzgados. De hecho, este tribunal es fundamental porque tiene una esfera residual: todo aquello que no esté atribuido a los juzgados pasa a ser de ellos. También tiene competencia sobre determinados actos en materia electoral y sobre actos y disposiciones de los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas (Tribunal de Cuentas respectivo, Defensor del Pueblo de esa Comunidad,). No son órganos administrativos, pero sí llevan a cabo una cierta labor administrativa. Además de estas competencias en primera instancia, en segunda instancia estos tribunales también tienen atribuidos los recursos contra las sentencias de los juzgados de su ámbito territorial.

La tercera pieza, que también es creación de la Ley del '98, son los **Juzgados Centrales de lo Contencioso–Administrativo**. Son órganos unipersonales, pero tienen competencia en todo el territorio nacional. Se ocupa de asuntos muy concretos:

- Actos de Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal.
- Sanciones impuestas por las organizaciones centrales de la Administración del Estado.

- Actos y disposiciones de (todos) los organismos públicos de la Administración del Estado.

El cuarto escalón es la **Audiencia Nacional**, que también tiene una Sala de lo Contencioso–Administrativo, pero que ha quedado bastante reducida por la creación de los Juzgados Centrales. Se ocupa de los asuntos más importantes:

- Recursos contra disposiciones y actos de Ministros y Secretarios de Estado, aparte de los actos en materia de personal.
- Los convenios entre Administraciones Públicas.
- Los actos de naturaleza económica de los Ministerios de Economía y Hacienda, y de los Tribunales Económico–Administrativos (este último no es un órgano judicial, sino que se llama así por razones históricas; de modo que no emiten sentencias, sino resoluciones).

La quinta y última pieza del sistema es el **Tribunal Supremo**, cuya tercera sala es la Sala de lo Contencioso–Administrativo, con nueve secciones. Esta sala se ocupa de:

- Como competencia propia o en primera instancia, los recursos contra actos y disposiciones de los máximos órganos del Estado, como, por ejemplo, el Consejo de Ministros o el Consejo General del Poder Judicial, y recursos contra los actos de la Junta Electoral Central.
- Pero lo más importante es su competencia en vía de recurso. Ante el Tribunal Supremo se plantean la mayor parte de los recursos contra sentencias y actos de los Tribunales Supremos de Justicia, la Audiencia Nacional e incluso contra los propios.

El proceso contencioso–administrativo.

- Extensión del proceso contencioso:

La extensión de la jurisdicción contenciosa es una de las más amplias. Hay que hablar de una cláusula general positiva o de inclusión (arts. 1 y 2 de la Ley). Por otro lado está la cláusula general negativa o de exclusión (art. 3 de la Ley): materias que quedan fuera de la jurisdicción contenciosa, que son de otra jurisdicción (civil, laboral,).

Hay además una regla complementaria (art. 4) y otras cláusulas que atribuyen determinadas materias puntualmente a la jurisdicción contenciosa, o que las excluyen.

El artículo 1 (primera parte de la cláusula general positiva) dice que son competencia de la jurisdicción contenciosa:

- Las pretensiones en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sometidas al Derecho Administrativo.
- Se incluyen con carácter general las disposiciones generales con carácter inferior a ley, o reglamentos.
- Los decretos legislativos en lo que excedan de los límites de la delegación (el rango de ley sólo se le concede a la parte de la norma que respeta los límites del mandato de delegación).

El artículo 2 (segunda parte de la cláusula general) enumera ciertas materias que también se atribuyen a esos tribunales:

- Protección de derechos fundamentales.
- Conflictos que se susciten en relación con los actos administrativos.
- Actuación de la Administración corporativa (como los colegios profesionales, asociaciones de defensa de intereses de particulares que tienen atribuidas unas funciones públicas)
- Todos los actos que sean concedidos por parte de la Administración para ejercitar un servicio público (por

ejemplo, el autobús urbano).

- Supuestos en los que la Administración produce un daño y esta está obligada a responder.
- Cualquier otra materia que una ley atribuye a la jurisdicción contenciosa.

Este artículo también incluye cualquier otra materia que una ley atribuya a la jurisdicción contenciosa.

Fuera de la jurisdicción contenciosa queda:

- Todo lo que el artículo 3 atribuye a otro tipo de tribunal (conflictos de disciplina).
- Los conflictos de jurisdicción: entre juzgados y tribunales (porque varios se ven competentes o porque nadie se ve).

Además de estas dos cláusulas generales, la Ley tiene una cláusula concreta de atribución de jurisdicción. Asuntos concretos que se atribuyen a la jurisdicción contenciosa (art. 1.3):

- Actos y disposiciones de los órganos constitucionales o estatutarios (Congreso, Consejo de Estado, Defensor del Pueblo.). Sus actos en materia de personal o de gestión ordinaria de su patrimonio también quedan sometidos.
- Actos en materias de personal, contratación,; del Consejo General del Poder Judicial.
- Actos de la Administración Electoral.

Hay que tener en cuenta la regla complementaria (art. 4): cuando en un mismo asunto aparecen mezcladas cuestiones de Derecho Administrativo y de otra materia, todo va al Contencioso–Administrativo, salvo que esté implicada la jurisdicción penal, que prevalece por ser una jurisdicción especial.

Sujetos

- Demandante y demandada.

La parte demandada es generalmente la Administración, pues para controlar a la Administración es para lo que se creó el procedimiento contencioso. Pero también se puede demandar a aquellas personas que tengan algún interés en que se mantenga el acto que el demandante pretende recurrir.

En la posición de demandante están los administrados con carácter general, pero también puede aparecer la Administración como demandante en casos de conflictos entre varias administraciones.

- Capacidad procesal.

Es la capacidad o aptitud genérica para actuar ante la justicia. Con carácter general la tienen todas aquellas personas, tanto físicas como jurídicas, que estén en pleno uso de sus facultades y derechos civiles. También tienen esta capacidad los menores y aquellos grupos históricos titulares de derechos y obligaciones.

- Legitimación.

Es la aptitud concreta, capacidad para poner en marcha un proceso concreto. Es necesario tener un derecho subjetivo o un interés legítimo en el asunto. Puede ser un interés difuso, indirecto, pero no se admite el simple interés en causa de la legalidad.

- Representación y defensa de las partes en el proceso.

La regla general es que en el proceso contencioso las partes tienen que presentarse con abogado y procurador. Sin embargo, si se trata de procesos que se llevan a cabo frente a órganos unipersonales, se pueden acumular

las dos funciones.

Los funcionarios públicos pueden, con carácter general, presentarse por sí mismos en materias que afecten a su relación de trabajo con la Administración.

A la Administración la representa el cuerpo de Abogados del Estado, y en las Administraciones que tienen un cuerpo propio, éste, como es el caso de la Seguridad Social, La Administración Militar o Las Cortes.

◆ **Objeto: la actividad impugnada.**

ACTIVIDAD CON RELEVANCIA JURÍDICA.

Se trata de todo aquello que lleva una vestimenta jurídica formal.

Disposiciones generales: órdenes ministeriales, reglamentos, ordenanzas, Se pueden impugnar a partir de dos formas:

- Recurso directo: se publica la disposición general y el ciudadano la recurre.
- Recurso indirecto: es lo normal; lo que se recurre es un acto administrativo que aplica una disposición general que consideramos ilegal, nula o inaplicable.

En cuanto a los actos administrativos, se impugna directamente un acto, que es el que se considera que tiene defecto. Los actos administrativos que se pueden impugnar son los definitivos, no los de trámite.

Tanto las disposiciones generales como los actos administrativos tienen una vestimenta formal, pero cuando la Administración no contesta, tenemos la técnica del silencio administrativo: se convierte la falta de respuesta en un acto para poder impugnarlo.

INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

Además de poder atacar la actividad jurídica formal de la Administración, también podemos atacar la inactividad (no es el silencio). Esto es una novedad de la Ley del '98: se trata de los casos en que la Administración tiene la obligación de actuar. Pero la inactividad sólo se puede controlar:

- Cuando existe una norma que señala a la Administración una obligación concreta y específica.
- Cuando la Administración ha dictado un acto y luego no lo ejecuta.

En cualquiera de los dos casos es necesario que el administrado avise a la Administración: en el primer caso la Administración tiene tres meses para actuar desde que se la requiere, y en el segundo caso tiene un mes.

ACTIVIDAD MATERIAL CONSTITUTIVA DE VÍA DE HECHO.

Supuestos en que el órgano de la Administración que actúa no tiene la competencia para actuar, o bien actúa sin someterse al procedimiento legalmente establecido. Es frecuente que la Administración se salte los trámites fundamentales.

◆ **Clases del proceso contencioso.**

- Procedimiento ordinario.

Se inicia con el **escrito de interposición**: no tiene una forma determinada, basta que conste quién es la parte recurrente, abogados, nombre y también cuál es el acto, disposición, vía de hecho o inactividad que se

pretende impugnar.

El segundo momento es el de **admisión**. El juez examina el escrito de interposición, admite el recurso y pide a la Administración que le envíe el expediente en veinte días. A la vez que se admite el recurso, se ordena la publicación en el Boletín correspondiente.

A continuación viene la **demanda**, que la escribe el demandante (el juez le permite ver el expediente y prepara con esos datos la demanda). En ella se incorporan las valoraciones, fundamentos de Derecho que consideramos que son las razones de fondo para atacar el acto. También tiene un plazo de veinte días.

La Administración contesta también en veinte días. En la **contestación** la Administración se defiende, rechaza los argumentos de la demanda y solicita que se desestime el recurso.

A continuación viene la fase de **prueba**, en la que las partes piden al juez que realice una serie de pruebas. Hay un plazo de quince días para solicitar. Cuando el juez acepta hay otro plazo de treinta días. Hay cuatro tipos de pruebas: interrogatorio a las partes, interrogatorio a testigos, prueba documental y reconocimiento judicial. El juez también puede solicitar informes periciales.

A continuación viene la fase de **vista o conclusiones**, en la que el juez acuerda si se celebra vista o si se presentan conclusiones. La vista es la exposición oral de las partes después de las pruebas. Las conclusiones son presentadas por escrito, una valoración.

Por último está la **terminación** del proceso. Lo normal es que termine con una sentencia. Además, el proceso puede terminar por desistimiento del demandante (que tiene que ser expreso), allanamiento por parte del demandado (la Administración acepta), por caducidad (cuando el demandante tiene que llevar a cabo alguna actuación y no lo hace) o por acuerdo entre las partes.

- Procedimiento abreviado.

Es un procedimiento puesto en práctica por la nueva Ley, y que se reserva para tres bloques de materias:

- Cuestiones que no alcancen la cuantía de 3000 €.
- Conflictos de personal.
- Supuestos de inactividad de la Administración, cuando la Administración ha dictado un acto y no lo ejecuta.

Va más rápido, porque se suprimen o condensan trámites y porque funciona mucho más el principio de oralidad. No hay escrito de interposición, ni admisión, Empieza directamente con la presentación de la demanda. El juez se traslada a la Administración, le pide que le envíe el expediente y fija la vista. En esa vista se exponen oralmente los argumentos. También se pueden practicar pruebas, pero con un plazo de veinte días, y luego se presentan oralmente las conclusiones. Tiene el juez un plazo de diez días para dictar sentencia, y también valen las otras formas de terminación.

- Procedimientos especiales.

CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

Hay que recordar que los reglamentos se pueden impugnar de dos formas: directa o indirectamente.

El procedimiento especial pretende depurar el ordenamiento. Con la legislación anterior un juez podía anular un acto, pero no un reglamento nulo. La Ley del '98 creó este procedimiento, por el que el juez al que se le envía la cuestión lo envía después a otro para que decida sobre el reglamento nulo o anulable. El juez anula el

acto y plantea la cuestión de ilegalidad al órgano competente para enjuiciar el reglamento. Si el acto lo realiza la propia Xunta, es el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el que lo puede enjuiciar, y él mismo puede enjuiciar el reglamento (reglamento Xunta>Xunta de Galicia/ acto> Tribunal Superior de Justicia de Galicia).

PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Es un procedimiento especial, preferente (el juez ha de darle preferencia frente a los demás asuntos) y sumario (se hace rápidamente). Se trata de dar una respuesta rápida y ágil. Se impugnan con este procedimiento actos, disposiciones inactividades o vías de hecho que causan una lesión en los derechos fundamentales que la Constitución recoge en los artículos 14 a 29 y el 30.2 (sobre la objeción de conciencia).

La especialidad consiste en que en el propio escrito de interposición se indica cuál es el derecho lesionado. El juez reclamará el mismo día o al día siguiente hábil el expediente a la Administración, que ha de enviarlo en un plazo máximo de cinco días. Acto seguido el tribunal llamará al recurrente para que consulte el expediente y formule la demanda en un plazo de ocho días. A continuación se practican las pruebas pertinentes en un plazo único de veinte días, y a continuación el orden jurisdiccional dicta sentencia.

Hay que destacar de este procedimiento el hecho de que es preferente, y que sólo puede interponerse basándose en la lesión de alguno de esos derechos fundamentales protegidos. A efectos de este procedimiento, el mes de agosto es igualmente hábil. Los particulares en este caso pueden también pedir al juez que haga hábiles días inhábiles.

◆ Recursos contra las resoluciones judiciales.

Hay que partir del artículo 24 de la Constitución Española, que recoge el principio de tutela judicial efectiva. Este principio, según el Tribunal Constitucional, lleva implícito el derecho al recurso de sentencias, pero dice que este derecho no es ilimitado. Por ello dice el Tribunal Constitucional que la Constitución Española sólo impone la segunda instancia en el ámbito penal. En el resto de las ramas del Derecho, como el contencioso-administrativo, los recursos existirán si las leyes lo prevén: en cada momento el legislador escogerá si hay o no recursos, cuáles, plazos,

Los recursos pueden ser de distintos tipos. En general se distingue entre:

- Recursos ordinarios: se pueden interponer por cualquier motivo, cuestión o defecto.
- Recursos extraordinarios: sólo se pueden interponer por alguno de los motivos señalados en las leyes.

También se puede distinguir entre:

- Recursos devolutivos: son aquellos que resuelve un tribunal distinto de aquel que dictó la primera sentencia.
- Recursos no devolutivos: los resuelve el mismo tribunal que dictó la sentencia que se recurre.

Por último, se puede distinguir:

- Recursos suspensivos: suspenden la sentencia que se recurre.
- Recursos no suspensivos: no suspenden la sentencia que se recurre.

Los tres recursos que existen en nuestro Derecho son:

- Recurso de apelación.

Es un recurso ordinario, devolutivo y suspensivo o no suspensivo, según los casos. Se puede interponer por cualquier causa o defecto que consideremos. Pero hay una serie de materias frente a las que no se puede interponer este recurso:

- Sentencias en materia electoral, que no son apelables.
- Casos cuya garantía no supere los tres millones de pesetas.

Siempre se pueden apelar, con independencia de la cuantía, las sentencias que recaigan sobre la vulneración de los derechos fundamentales (procesos de protección de los derechos de los artículos 14 a 29 de la Constitución Española); las sentencias sobre litigios entre dos Administraciones; y las sentencias que resuelvan recursos indirectos contra un reglamento.

Las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso–Administrativo se apelan frente al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma respectiva, y las de los Juzgados Centrales de lo Contencioso–Administrativo, ante la Audiencia Nacional.

El plazo para apelar una sentencia es de quince días desde que se modifica. Pueden apelar aquellos que hayan sido parte en el proceso de que se trata (no basta el interés legítimo: las sentencias sólo producen efectos en las partes).

Este es un recurso que vuelve a conocer el fondo de la cuestión: se pueden volver a realizar pruebas, etc.

El resultado, si es estimatorio, revoca la primera sentencia; si es desestimatorio, confirma la sentencia apelada.

- Recurso de casación.

Es un recurso extraordinario, es decir, sólo se puede interponer por una serie de motivos tasados en la Ley de Jurisdicción (art. 8): motivos que tienen que ver con la incompetencia del juez o tribunal, aplicación errónea de normas del ordenamiento jurídico, Es un recurso extraordinario, devolutivo y no suspensivo.

Este recurso se caracteriza porque no está pensado para volver a examinar el fondo de la cuestión, sino ese defecto concreto que se alega.

El resultado puede ser:

- Estimación: se casa la sentencia y se resuelve lo que corresponda.
- Desestimación: se confirma la sentencia recurrida.

Los motivos por los que puede interponerse son generalmente de inadecuación del procedimiento. Lo que se suele hacer es estimar y devolver el asunto al tribunal correspondiente en el momento en que se aprecia el fallo.

Son especialidades del recurso de casación:

- Recurso de casación para la unificación de la doctrina.

Procede cuando la sentencia que se recurre se separa de la doctrina judicial que se ha venido manteniendo hasta el momento: se le pide al tribunal que diga cuál es la doctrina que se ha de seguir.

- Recurso de casación en interés de ley.

Es un supuesto especial: se emplea en los supuestos en que no cabría recurso de casación.

- Se considera que la sentencia lleva a cabo una aplicación errónea de una norma que se considera que es gravosa.
- La materia es de interés general y tiene un interés para el futuro.

Este recurso no reabre la cuestión, el caso ya está cerrado, porque no cabe casación. Se le pregunta al tribunal si esa interpretación es o no errónea: tiene interés para el futuro, pero no afecta al caso concreto.

- Recurso extraordinario de revisión.

Es extraordinario, no devolutivo y no suspensivo. Este recurso se interpone contra sentencias firmes (por haber transcurrido el plazo de los recursos, o por haber sido desestimados).

Se usa sólo por una serie de motivos tasados:

- Que aparezcan documentos decisivos que habían sido ocultados por la parte a la que favoreció la sentencia.
- Que la sentencia se dictase basándose en documentos que luego fueran declarados falsos por sentencia judicial firme.
- Que la sentencia se dictase basándose en testimonios que luego fueron declarados falsos por sentencia judicial firme.
- Que la sentencia haya sido dictada como consecuencia de un delito o de una falta (violencia, coacción, cohecho,) declarada por sentencia judicial firme.

El plazo para interponer este recurso es de tres meses desde que se descubren los hechos, y el límite es de cinco años desde que se dicta la sentencia: luego ya no se puede plantear.

Una peculiaridad es que para poder interponerlo hay que efectuar un depósito fijado por el juez, con el riesgo de que si se pierde el recurso se pierde el depósito.

Lección 6. Las formas de la actividad administrativa.

- Clases de actividad administrativa.

Se ha constatado que las actuaciones administrativas sobre los campos de interés social de la acción administrativa son múltiples y heterogéneas; tanto que para ser estudiadas o conocidas necesitan alguna suerte de clasificación. Las acciones administrativas plantean el problema de su clasificación y ordenación. Como respuesta a ello surgen las llamadas *formas de la actividad o acción administrativa*, bajo el supuesto de que todas las acciones de la Administración pueden ser clasificadas bajo unos cuantos tipos.

No hay que confundir esto con conceptos de la disciplina de Derecho Administrativo, herramientas o técnicas con las que las Administraciones Públicas encauzan su actuación hacia el interés general (acto administrativo, contrato,). Son conceptos jurídicos a través de los que se encauza la acción administrativa, y que se estudian como tipos jurídicos o medios de acción, pero abstractos, no importa el tipo material.

Pero una tal visión de la acción administrativa limitada a estos tipos resultaría muy incompleta. Son moldes abstractos que encauzan unas determinadas acciones, decisiones o asuntos que tienen determinados contenidos materiales, pero además, y al margen de esos contenidos materiales, ese contrato, ese acto,; comporta algo más, algo material en sentido jurídico, es decir, contiene un acto,; caracterizado por su intensidad jurídica. Esto se percibe a través de muchos actos de la Administración, porque cada uno esconde y contiene diversas maneras de ser jurídico, distintas en función de su intensidad jurídica, al margen de su extensión.

La problemática de la actividad administrativa desde el punto de vista material es tan amplia y tan heterogénea, que no puede ser ordenada desde el punto de vista material: la acción administrativa ofrece tal diversidad materialmente, que desborda cualquier tipología, porque hoy cualquier ámbito pertenece al campo de la actividad administrativa (de la cuna a la tumba). Así, desde una óptica material, cualquier ordenación de la materia y actividad administrativa es inútil, y sólo admite una ordenación: la de un enorme diccionario de cientos de tomos que lo recoja por orden alfabético. Esto apenas nos diría anda desde el punto de vista del plano jurídico, sólo proporcionaría información de la cantidad, pero nada diría de su intensidad, principios jurídicos,

El jurista necesita ordenar la materia por categorías, donde la materialidad adquiere sentido. Esta nueva perspectiva es cualitativa, y la necesidad de ella nos introduce en otra óptica cualitativa y distinta, y la más interesante: ordenación y clasificación de las acciones jurídicas de la Administración, no desde la materialidad, sino desde la diferente intensidad, cualidad, persistencia,; de cada acción administrativa respecto de cada asunto que afecte a la vida de los particulares (no desde la materialidad).

Una ordenación sólo material resultaría inabarcable, salvo la alfabética, y ésta es opaca y ciega sobre lo realmente importante. Afortunadamente, sí cabe, frente a la imposición de ordenación material, una ordenación cualitativa mucho más iluminativa, ya que, aunque las acciones de la Administración son infinitas desde el punto de vista material, pueden reducirse a unos cuantos modelos, formas o diseños muy manejables. Se trata de unos cuantos modelos discernibles por la cualidad de su intensidad y su proyección sobre el patrimonio y la vida de los ciudadanos. Por encima de la multiplicidad de la acción administrativa, podemos reducirla a cinco modelos desde el punto de vista cualitativo.

FORMAS JURÍDICAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Se trata de un estudio abstracto sobre las concretas posibilidades de la proyección administrativa, ocupándose del contenido, sentido y régimen de cada una de esas modalidades o tipos de actuación jurídica posibles a los que es reconducible cualquier actuación de la Administración. Esta posibilidad de reconducirlos a cuatro o cinco categorías no excluye que los intentos de búsqueda, de logro de estas formas de la acción administrativa, sea algo no siempre fácil. Todos parten de la premisa de que, por encima de la multiplicidad de la actividad administrativa, se pueden reducir a cinco moldes.

Dentro de todo sector material de la acción pública administrativa (educación, sanidad,), la Teoría del Derecho Administrativo ha procedido a una sistematización y clasificación jurídico-formal de las acciones administrativas. Cabe distinguir:

- **Ordenación y control de actividades, acciones o derechos de los ciudadanos.** La primera forma o formato de la acción jurídica administrativa consiste en la mera acción de Ordenación de una actividad, y muy cercana, la acción de control de una determinada actividad, acciones o derechos de los particulares. Ésta es la primera en el orden lógico, y también histórico. Forma de actuación que otrora fue conocida como *acción de policía* (S. XVI), en el sentido de cuidado, atención,; y cuya naturaleza o consistencia de control u ordenación permite diferenciarlo de otras formas de actividad, ya que tienen distinta consistencia.
- **Fomento.** En nuestra Administración se ha de comprender como una segunda forma de acción administrativa la actividad de Fomento, que consiste en una serie de medidas o técnicas de apoyo y promoción de ciertas actividades y sus protagonistas, coincidentes con ciertos fines considerados por el poder político como signos de estímulo y promoción.
- **Servicio público.** Estas dos formas de actividad (Policía y Fomento) se distinguen de una tercera forma de acción administrativa posterior históricamente a ellas, pero hoy con mucha tradición: la actividad administrativa de Servicio Público o de prestaciones (Prestacional). Nace en la primera mitad del S. XIX. Las Administraciones públicas se encargan de ofertar determinadas prestaciones o servicios a los ciudadanos, consideradas de necesidad y exigencia pública.

Hasta ahora ésta es una clasificación tripartita: acción de policía, de fomento y de servicio público; formas o modalidades jurídicas de acción que se presentan o pueden darse en todo sector de la acción material de la Administración. Estas tres formas tienen una muy larga tradición en el orden jurídico español, y todas pueden ser reconducibles o encajables en otros tipos.

Esta fórmula tripartita resulta hoy fraccionarse (se tiene por deficitaria), desde que en los años 50 del S. XX se reveló incapaz de encajar otras formas nuevas de acción administrativa, por lo que nunca han faltado intentos de aumentar y completar esa tríada. Estos intentos, al margen de que algunas normas importantes siguen reflejando una tal repartición formal como aún puede verse en un artículo de la LBRL (arts. 84 y 85), donde se reconocen y regulan otras tres formas clásicas de la acción administrativa, como es el caso municipal: acción de policía, fomento y servicio público (Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales).

Pero esta clasificación tripartita resulta hoy incompleta, ya que no agota por sí toda la realidad empírica de la acción administrativa actual, por lo que no cabe extrañarse de que cada autor trate de completar tal trilogía. Pero esos nuevos rótulos no han logrado consolidarse en el orden doctrinal. Algunos añaden lo que llaman actividad Industrial y de Producción de Bienes, actividad Planificadora, actividad Arbitral o Sancionatoria (destaca por su interés, debido a su efectividad práctica, y a que corta o penetra cualquier otra acción de la Administración); o la actividad Arbitral (se pretende acoger bajo este concepto a la cada vez más extensa actividad administrativa de mediación entre los intereses y los derechos de los particulares; actividad que ni fomenta, no da prestaciones, ni sanciona, ni limita derechos; sino por la que la Administración arbitra y decide o arbitra entre pretensiones contrarias de los particulares, actuando, por consiguiente, como verdadero árbitro mediador).

Hay que recordar que estas diversas formas de acción administrativa suelen darse u operar en todos los campos materiales de la acción Administrativa, aunque comparezcan en distinta medida o protagonismo: en unos destacan las acciones de Policía, en otros los de Servicio Público, y en otros la acción de Fomento. La acción de Policía prima en la justicia, la de fomento en la cultura,

Cada una de estas formas de acción se descompone luego en toda una serie de técnicas o instrumentos jurídicos concretos. Tampoco se puede olvidar la regla de la compatibilidad y aún intercambiabilidad de dichas formas de actividad administrativa: un mismo fin u objetivo puede ser procurado y alcanzado sirviéndose de varias y diferentes formas de acción y sus técnicas serviciales *ad hoc*, al extremo de que no sólo quepa solaparlas o acumularlas, sino también sustituir unas por otras o combinarlas, produciéndose un fenómeno que la historia reproduce: regla o principio de la intercambiabilidad o compadescencia de las formas y técnicas de la acción administrativa respecto de los mismos fines sociales o políticas públicas.

- Principios generales de aplicación.

Cualquiera de estas formas de acción administrativa está sujeta a una serie de principios jurídicos generales. El primero de ellos es el principio de **Legalidad** de toda actuación administrativa, cualquiera que sea la forma jurídica en que se encaje. En segundo lugar, la acción administrativa también está regida por otros principios derivados o complementarios del principio de legalidad, legales o incluso constitucionales, que rigen toda la acción administrativa, tal como recuerda Parada en su capítulo II: **Igualdad, Proporcionalidad, Buena Fe, Interés Público.**

Lo que ocurre es que esta cita de Parada responde a una ordenación que Casado cree errónea, porque estos principios, más que principios administrativos de las formas de acción administrativa, son principios que participan o integran el mismo ser e identidad de todas nuestras Administraciones Públicas. Son señas de conformación e identidad jurídica de nuestras Administraciones Públicas, que afectan a su ser y existencia misma. Por ello, más que principios de las formas de acción, resulta más clarificador estudiarlos como el ser, configuración, posición jurídica, institución, de nuestras Administraciones Públicas en el marco de nuestro ordenamiento. Serían los caracteres, atributos y privilegios de nuestras Administraciones Públicas. Su estudio

habrá que remitirlo a una sede más específica.

Con todo, debemos tener en cuenta algunas reglas básicas del ser y actuación de las Administraciones Públicas; sobre el Principio de Legalidad y su papel en relación con las Administraciones Públicas.

Hay que recordar las distintas reglas del juego que rigen para el particular y para las Administraciones Públicas, porque mientras que la regla clave de la posición jurídica del particular dentro de la cancha jurídica es la posición de líbero o de la autonomía y autodeterminación de su voluntad, sin más límite externo que el de respetar las leyes, en mera correspondencia con el principio de la Constitución (art. 10). En cambio, la Administración Pública, como organización jurídica servicial o prestacional y derivada del orden legal que es, no existe de por sí ni para sí, ni constituye un fin en sí misma: se limita a ser una mera organización instrumental al servicio de los ciudadanos, creada por la ley a petición de la Constitución Española. Por ello, la Administración, como tal organización instrumental, tiene en la Constitución y en las leyes su única fuente, causa, origen y razón de ser y actuar. En definitiva, el bloque de legalidad es quien define, pauta y dimensiona el ser mismo, el quehacer y el actuar de las Administraciones Públicas, sin que, en consecuencia, la Administración pueda actuar jurídicamente sobre los demás sin ley o norma previa que la habilite o autorice para ello.

El particular hace su voluntad, mientras que la Administración no puede actuar ni fuera de la ley, ni al margen de ella, ni en su contra. Toda posible competencia de la Administración ha de remitirse por tanto a una norma previa legal. El principio de legalidad quiere manifestar que toda potestad, competencia de la Administración ha de tener su causa o justificación en una ley previa.

El principio de legalidad se manifiesta en una regla secuencial trifásica (en progresión hacia lo más abstracto):

- Toda acción material de las Administraciones Públicas ha de estar precedida o justificada por una decisión o acto jurídico previo, que es el que le sirve de soporte y de título jurídico autorizante.
- Este mismo acto ha de poder ser, a su vez, reintegrado y legitimado en una norma previa que contenga la potestad y habilitación necesaria.
- Esta norma, a su vez, ha de poder ser encajada en otra superior, hasta llegar incluso a la Constitución como último soporte o premisa legitimadora.

Sin este soporte gradual que proporciona el principio de legalidad, la acción de la Administración, que no tiene manera de adquirir poderes, derechos o facultades por sí misma, ya que sólo tiene carácter instrumental al servicio del pueblo. Por eso la ley y sus derivados son principio de todo ser y actuar de la Administración. Sin ese soporte, las acciones de la Administración no pueden ser legales ni legítimas, sino claramente ilegítimas e ilegales como carentes de soporte legítimo (viciadas por defecto de potestad y título jurídico habilitante).

La ley y sus derivados son el mismo soporte de todo el ser y actuar de las Administraciones Públicas. Cuanto éstas actúen sin tal respaldo, lo que hace resulta ser una vía de hecho, no una vía jurídica, y por ello es nula, ilegal e ilegítima. Contra esto incluso puede reaccionarse con los instrumentos de defensa de los individuos particulares: acudir al Juez Civil por vía de interdictos.

El principio de legalidad juega un papel básico en nuestro sistema jurídico. Es el mecanismo o correa de transmisión y traslación de los poderes y potestades públicos desde su origen o raíz soberana hasta los administradores (sujeto operativo): las Administraciones Públicas. Es, por lo tanto, el título causal de los poderes, derechos y facultades de las acciones públicas, esto es, de sus acciones materiales.

El **Principio de Igualdad** es impuesto por el artículo 14 de la Constitución. Este principio encuentra su aplicación directa en el artículo 2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que sujeta al principio de igualdad ante la ley toda intervención sobre la libertad y propiedad. Este principio también se

aplica a las actividades de fomento y de servicio público, en que todos los administrados están en igualdad de condiciones, y con derecho a las mismas prestaciones (igualdad de acceso y no discriminación en las tarifas, por ejemplo), sin que puedan establecerse discriminaciones injustificadas.

Según el **Principio de Proporcionalidad**, la proporcionalidad entre la actividad administrativa y el fin público a que debe responder supone que los medios empleados se corresponden con los resultados, sin que estos sobrepasen las necesidades públicas.

El **Principio de Buena Fe** rige las relaciones entre la Administración y los administrados, de la misma forma que, como principio general del Derecho, rige las relaciones entre los particulares, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Código Civil (Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe). La Administración viola la buena fe cuando falta a la confianza que ha depositado en el administrado, procediendo en contra de sus propios actos. Pero un administrado no puede invocar este principio, más que en determinadas condiciones:

- En primer lugar, el acto en el que ha confiado no debe ser nulo por razón de la incompetencia de su autor o por cualesquiera otras causas.
- Es necesario, además, que el administrado tenga un motivo serio para creer en la validez del acto al que ha ajustado su conducta.

En fin, sólo puede invocar este principio el que haya sido inducido, en perjuicio de sus intereses, a tomar medidas que no pueda dejar sin efecto.

El **Principio de Interés Público** sirve de justificación y legitima a toda la actividad administrativa. El interés público es un interés común que, aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, sí favorece al menos a una fracción importante de sus miembros. La invocación al interés público tiene, no obstante, determinadas limitaciones.

Lección 7. La actividad administrativa de limitación.

La acción administrativa es un problema básico del poder político. Desde este marco, lo que puede hacer el poder gubernativo-administrativo es una cuestión básica de todo orden jurídico: los poderes y facultades de las formas jurídicas del poder administrativo sobre las actividades privadas. Es, ante todo, una acción de ordenación, limitación y control de las acciones y actividades privadas, y sobre los derechos y libertades de actuación de los individuos. Por ello, también son un problema clave las técnicas para poder realizar dicho control y acción.

Detrás de esta problemática se presupone todo un ámbito de actividades de la iniciativa privada. Además presupone que la mayor parte del acontecer individual y social corresponde a la acción privada de los particulares, en uso de su autonomía y capacidad. Se presupone un reparto de actividades que no es más que el reverso de las mismas premisas estructurales fundamento del principio de legalidad, en el sentido de que nuestro sistema político actual ha axiomatizado como premisas y fundamentos evidentes de todo el sistema la tesis de la autonomía y libertad individual, viendo al individuo y su despliegue como el *prius logico* del sistema, reconociéndole una autonomía de su voluntad plasmada en sus derechos y libertades, y luego en un amplio ámbito de actividades dejadas al despliegue de tal autonomía de su voluntad. Todo esto descansa en un implícito: en la confianza de que, de la suma de todos los esfuerzos y sinergias individuales motivadas por el amor propio, acabará por salir una sociedad rica, plural y mejor conformada, aunque no es suficiente esto sólo, sino que es necesario el papel y funciones de las Administraciones Públicas empezando por controlar esas actividades.

El artículo 10 de la Constitución Española, el principio de subsidiariedad y el conjunto sistemático del libre mercado constatan que la premisa fundamental de nuestro político radica en el individuo y su libertad y

capacidad de despliegue. Mientras que el *status* del Estado y de la Administración es, no obstante tratarse del Estado social, posterior, secuencial y subsidiario; pues el particular puede hacer de suyo y de partida todo y cuánto como él mismo y miembro del cuerpo soberano y autor de la Constitución, no se hubiese restringido a sí mismo en el momento de elaboración del orden jurídico: Constitución y leyes. Fuera de estas limitaciones, todas las acciones son, de entrada, un campo libre y abierto a la actividad de los particulares.

En conclusión, todo esto arroja que la mayoría de las actividades individuales y sociales corresponden a los particulares y, por consecuencia, en nuestro sistema tenemos como primera consecuencia que la mayoría de la actividad pública administrativa se concentra en la actividad de ordenación, limitación y control de tales actividades privadas libérrimas, para que de ellas no surja o resulten perjudicados toda una serie de bienes considerados sociales y potencialmente susceptibles de ser dañados por el ejercicio de esas actividades privadas en caso de incumplirse las limitaciones, restricciones que ordenan y condicionan las actividades.

Por ello, cabe que la primera y extensa forma de actividad administrativa sea aquella que se concreta en una acción dirigida a ordenar, limitar y controlar esas actividades que los particulares son libres de realizar en uso de sus derechos y libertades, para evitar que de tales libertades puedan surgir daños o prejuicios para los bienes sociales a proteger. En nuestro sistema, si el particular tiene ámbitos de acción para su despegue, las Administraciones tienen el encargo de que esas libertades no se ejerzan sin más, perjudicando otros intereses dignos de protección. El más básico de los encargos para la Administración es el de limitar las acciones privadas en la medida en que la ley se lo confíe o permita.

A esta primera forma de actividad administrativa la designamos actividad administrativa de ordenación y limitación. Esta forma de actividad da por supuesto todo un mundo de actividades particulares en principio libres, pero no incontroladas, con lo que queda clara la importancia de esta forma jurídica de actividad administrativa de limitación y control de las actividades en principio libres de los particulares, así como, en correspondencia con lo dicho sobre la amplitud de esas actividades privadas, se trata de la forma de actividad administrativa más expandida en su amplitud y dimensión, y realizada a través de una serie de técnicas o instrumentos jurídicos más modestos, pero no menos importantes.

Esta forma de actividad de ordenación y limitación fue creada en el Antiguo Régimen como función o actividad de Policía, otorgando a este término una dimensión mucho mayor que hoy en día, que está ceñida a la materia de seguridad y orden público, así como a los que hacen esta función.

Pero en aquel tiempo el término Policía tenía un sentido más amplio, al punto de caracterizar toda una fase histórica: el llamado Estado de Policía, hasta que la aparición de nuevas formas de actividad más modernas y el desarrollo del Estado, que redujeron el término policía a la prestación de seguridad. No obstante, el desarrollo del Estado Constitucional y de sus nuevas funciones terminó por hacer que la función de ordenación, moderna heredera de la de policía, englobase a la moderna policía como cuerpo de seguridad y de orden público. La policía, tal y como la entendemos hoy, no es más que una parte reducida de la antigua policía (que incluía policía de seguridad, policía de sanidad,).

Esto al margen de que en esta persistencia del término policía bajo el nuevo Estado constitucional como nombre técnico de toda la actividad administrativa de limitación, conspiraron otras razones más serias que las sólo lingüísticas, como, ante todo, la historia de los regímenes post-napoleónicos y su fundamento en el principio monárquico y en el concepto de la gobernación como un derecho primario del Rey, según una concepción que perdurará hasta la I Guerra Mundial. Además, también está el hecho de que las funciones o actividades de policía y sus connotaciones del Antiguo Régimen se acomodaran muy bien en el espíritu de los regímenes totalitarios y autoritarios imperantes en Europa en la primera mitad del siglo XX.

Así, las connotaciones en el Antiguo Régimen del término policía encajaban también en el régimen de Franco, una de cuyas notas características fue su comprensión y noción de la forma policía en un sentido muy próximo al del Antiguo Régimen, aunque ello se hizo más llamativo en aquella franja de policía más específica: la de

orden y seguridad pública. Tal sentido del término y sus notas autoritarias son la causa de que ciertos autores arremetan contra su uso. Por ejemplo, Santamaría Pastor opta por sustituir el término por el de actividad de ordenación y limitación. Lo que subyace detrás de esta polémica es una distinción más importante y seria que la terminológica, ya que subyace un importante contraste entre dos concepciones antitéticas o bastante distintas entre la dúplice dialéctica sociedad–individuo, autoridad–libertad, y sobre la actividad o papel del gobierno, porque detrás de las concepciones administrativas siempre está la concepción política. Conviene demorarse, por tanto, en ciertos aspectos históricos para comprender la evolución del término policía.

Historia del término policía.

La palabra policía tiene una evolución semejante a la de otros términos, como soberanía o poder absoluto. Policía deriva de polis, y designa su aspecto exterior, y, por extensión, la actividad para lograr un correcto orden en la propia polis (casa o persona). Se trata de la actividad encargada de asegurar el orden social, pudiéndose así hablar de buena o mala policía.

Lo importante es el papel del término policía en los albores del Estado moderno, y su papel en el desarrollo del Estado de bienestar. En defecto de la noción de soberanía (y aún con ella en un cierto tiempo), el término policía sirvió para justificar un aumento en los poderes del Rey más allá de donde se lo permitían sus poderes tradicionales, contra la oposición de otros poderes políticos coetáneos. Por ello, la noción de policía contribuyó a la transformación del poder regio en un poder político soberano y estatal. Apelando a las exigencias de la correcta policía social, los Reyes, con el apoyo popular, encuentran una base jurídica para poder intervenir en ámbitos de política social (vida social), en la que tradicionalmente no era posible, por el inicial déficit de base del poder real, así como los incumplimientos de otros poderes políticos que denegaban ese poder al rey.

Así, por esta secuencia histórica, la noción de policía pasó así a explicar técnico–jurídicamente, cuando ya la noción de soberanía servía de soporte, toda la acción del gobierno real que no tuviera una causa y nombre tradicional como el de Justicia, Hacienda, Defensa,; de forma que todas las acciones fuera de las tradicionales se justificaban por razones de policía social, con el resultado de la creación y el desarrollo del Estado de Policía.

Con el tiempo, la noción de Policía quedará circunscrita al orden, control y limitación de las actividades particulares, sobre todo cuando las Monarquías Absolutas (sobre todo la Ilustrada) descubrieron nuevos fines de las acciones estatales, y con ello nuevas formas de acción gubernativa.

Primero, cuando la Monarquía Ilustrada descubrió como fin estatal el desarrollo de la riqueza y del bienestar social: política de mejoras que ya no será definida como acción de policía, sino como otra forma diferente de la acción administrativa, que en el S. XVIII se llamó acción de fomento o promoción de las iniciativas privadas, como nueva forma de acción de iniciativa estatal. Así, la segunda forma, la acción de fomento, perfiló en un breve momento las funciones del Estado, hasta que, tras la instauración del Estado liberal, se descubra como una nueva forma de actividad administrativa la prestación de los llamados servicios públicos, como un nuevo título y argumento jurídico para reservar en monopolio al Estado la prestación de toda una serie de servicios hasta entonces prestados por la Iglesia u otras instituciones sociales, pretendiendo ser los titulares ellos. La prestación de estos servicios, que se llaman públicos para despojar a la Iglesia, pasa a designar una nueva forma de acción administrativa que tendrá un enorme desarrollo ante unos inesperados avances técnicos procedentes de Estados Unidos.

En el momento de consideración del Estado liberal, momento de creación del régimen de Derecho Administrativo, los nombres y nociones de fomento y servicio público acotan y definen otras formas de acción administrativa contrapuestas a la acción de policía, reduciéndose ésta a la limitación o control de las acciones de los particulares.

Hasta que esta evolución se vea cumplida, importa regresar para registrar que la noción de policía surgió en el Antiguo Régimen para legitimar cualquier acción limitativa de la actividad de los sujetos, es decir, servía de titular causal para legitimar o evitar cualquier perjuicio o desastre parcial que de estas actividades pudiera derivarse. Según otra lógica, tal derecho o actividad privada podía ser controlada y condicionada por el gobierno, como exigencias de una buena policía social. Todo esto conforme a una noción de policía plenamente congruente con el mismo orden político preconstitucional, basado en el apriorismo y prevalencia de la sociedad histórica, tradicionalmente sobrevenida y vista como un organismo antes y por encima del individuo. El individuo es concebido como un hijo de esa dicha sociedad, cuyos derechos y facultad de acción están condicionadas a las supuestas necesidades de ese mismo orden social siempre prioritario.

Por esta percepción preconstitucional, bajo el título de policía quedaban, *ipso facto*, legitimadas todas cuantas medidas gubernativas restrictivas tenidas como necesarias por la autoridad para impedir que el orden social fuese perturbado. Más aún, todo gobernante de la época tenía como su mayor responsabilidad la de prevenir y salvar a sus súbditos de todo riesgo y peligros sociales; misiones que llevaban a justificar y defender todo lo imaginable: censura de libros, espectáculos, conductas, comportamientos,; hasta otros sectores, como formas de vestir, dónde pasear, Términos referentes a la policía recibían la más alta consideración social. Tanto ha sido así en nuestra historia, que tal concepción del gobernante (y hoy Administraciones Públicas) nunca ha llegado a abandonar ni el alma ni el fundamentalismo específico de nuestros mejores administradores públicos.

Esta noción del orden social ha sido compartida por distintos regímenes, como fascistas, comunistas, Todos participan de la misma noción de la actividad de policía. Todas estas concepciones parten de la noción aristotélica de policía, según la cual, ante cualquier desorden, la policía debe devolver todo a su estado neutral inicial, volver a lo preestablecido. En la concepción aristotélica el individuo carecía de capacidad para determinar el orden social; toda actividad individual carecía de legitimidad en el orden social, salvo que se controle, mida y autorice por el Estado. Es por esta concepción que muchos administradores consideran básica la función de controlar toda actividad individual, legitimados para prevenir toda perturbación del orden social. Toda una escuela administrativa europea predica esta concepción, teniendo como apriorísticamente implicada a la acción gubernamental un poder de policía general, apriorístico e implicado, en todo momento visto como necesario para controlar la acción individual.

Frente a esta concepción, hay una segunda de ser los individuos en despliegue de sus capacidades los que acaben determinando la clase de sociedad resultante. Sobre sus efectos castrantes de esta concepción, los europeos no han profundizado, pero sí los americanos. Todos ellos convencidos de que los riesgos de toda sociedad son imposibles de prever e inevitables por ninguna norma preexistente. Por ello mismo les otorgaría un poder inherente a la propia función de policía, buscando salvar a los individuos de todo peligro, incluso contra la voluntad individual, y salvar el orden social.

Se trata de un fundamentalismo gubernativo–administrativo, remontable hasta el despotismo ilustrado, que perfeccionaría distintos regímenes en la historia. En España, este fundamentalismo forma parte de muchos administradores públicos, al margen de la ideología que tengan. Se trata de algo que forma parte de la cultura española, se ve en la cultura de los ciudadanos que reclaman sanciones, multas, A pesar de que tal concepción fundamentalista típica del conservadurismo político más tradicional y seña misma del Franquismo, choque, de entrada, con nuestra concepción actual, en cierto modo antitética. La cultura española moderna ha interiorizado la existencia de un poder de policía general ubicado en ciertos órganos de la autoridad gubernativa competente, autoridades respecto de las que se hipotetizaría la idea de disponer de un fondo de poder para controlar todo riesgo, peligro social, e imponer a los ciudadanos cualesquiera limitaciones de su libertad, sin existir manifiesta necesidad o base normativa.

Toda esta concepción refleja unos principios y formas de actuación casi antitéticas de entrada con el Estado de derecho constitucional, cuya premisa es la contraria: parte de la prioridad del individuo y de su autonomía, de sus derechos y libertades; mientras que los individuos mismos le hubieran autorizado en las leyes. Así,

nuestro sistema de principios no resulta bien articulado por nuestra cultura política y social.

Por esto, la concepción del Estado Constitucional parece resistirse a la comprensión de una mayoría, y también la idea de unos poderes implícitos en toda naturaleza gubernativa para poder restringir toda una serie de derechos. A la mayoría social española no le resulta fácil la comprensión constitucional, la vieja idea de Policía y la vieja idea de los poderes implícitos en toda autoridad cuando ésta cree que es necesario reprimir derechos. No cabe una interpretación expansiva de las potestades creadas por ley en detrimento de las libertades.

En nuestro sistema constitucional no puede haber tales poderes, ni cabe realizar tales adjudicaciones expansivas de la libertad creadas por ley, ni que permita reducir los derechos de tal forma que sobre este fondo de libertad sólo podría activarse un conjunto siempre asistemático de actuaciones administrativas de limitación.

Con esto se busca aclarar la cuestión de la forma de actividad de policía, y también aclarar las razones de su sustitución por otros términos más constitucionales, como actividad de limitación u ordenación. Polémica terminológica que nos permite aclarar los dos grandes polos o modelos. Los sistemas políticos se apuntan a uno u otro modelo. Aunque también debemos saber que las oposiciones de modelos suelen revelarse como mucho menos intensos en la realidad. Tiende a hacer confluir y a hacer menos ostensibles las diferencias. Esto no quita que, de partida, se puedan proponer como modelos opuestos.

a– Principios del régimen jurídico de las técnicas administrativas de ordenación o limitación.

La fijación de las técnicas propias de la actuación administrativa de ordenación o limitación ha de regirse por algunos principios que gobiernan su empleo o régimen jurídico. Estos principios son, ante todo, unos principios formales, aunque también están los materiales.

Principios formales

Desde una óptica formal, el establecimiento de estos límites de las acciones particulares está sujeto al **principio de reserva de ley**, que para algunos determina que toda limitación de la conducta y las acciones de los ciudadanos, y no sólo en los derechos y libertades fundamentales, tendrían que venir autorizados y legitimados por una norma con rango de ley, al ser éste el ámbito propio de la ley.

Frente a la antigua tradición del Estado de policía, donde aparecen como el ámbito normal de los reglamentos de policía. Esto acarrearía la ilegitimidad de los reglamentos de policía independientes (ejemplo de reglamento navegador). Los reglamentos necesitarían la propia revisión de una ley, dejando al reglamento la concreción de los actos de limitación establecidos por la ley, cumpliendo además los requisitos de plenitud, responsabilidad y previsibilidad, resolviendo por parte de la ley los aspectos esenciales de los actos limitativos, de forma que no sea posible la revisión indeterminada a dicho reglamento.

Otros entienden que sólo tiene aplicación el principio de reserva legal en aquellas materias en que la propia Constitución contenga la reserva expresa y directa; pero que la misma presencia de tales reservas directas quitaría la existencia de toda libertad de conducta de los particulares que defiende Santamaría Pastor. El único ámbito donde operaría la reserva legal sería en el de los derechos y libertades fundamentales amparados en el artículo 53 de la Constitución. Partir de una reserva legal sería una inconveniencia, ya que invalidaría toda una serie de acciones. Esta segunda lectura supondría que donde no existe reserva expresa, el gobierno podría reglamentar la actividad por su cuenta, sin más que no contradecir las leyes ni principios de la Constitución.

En segundo lugar, esta misma doctrina estricta de Santamaría Pastor plantea como segundo requisito el **principio de especificación**. Las previsiones/potestades normativas de los poderes de intervención sobre las acciones particulares han de ser tasadas y singularizadas específicamente respecto de categorías de supuestos

de hecho claramente individualizados, y no fórmulas comodín. Exigencias estas que hay que exigir a toda norma reglamentaria independiente, pero sin admitirse el establecimiento normativo de poderes generales de intervención con carácter general y sectorial. Sin embargo, algunos aparecen otorgando los poderes genéricos a las autoridades, como el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, a cuyo tenor los municipios podrían intervenir las actividades de los administrados. Esta norma proviene del franquismo, y resulta un cheque en blanco para la autoridad local. Así, esta norma resulta claramente inconstitucional. Sin embargo, continúa operando, porque ha sido objeto de una reacomodación, adaptándola a la Constitución, que la ve como una mera descripción del campo de juego donde podría jugar la acción administrativa, pero sólo con las técnicas concretadas por otras normas que limiten este campo de juego.

Principios materiales

Las técnicas de limitación están sujetas a dos principios:

- Principio de **proporcionalidad de la medida**: congruencia entre el fin a lograr y la técnica de limitación usada, lo que legitima la atribución de poderes materiales.
- Principio de **favor libertatis**: Cuando la norma crea potestades limitadoras con varias opciones alternativas, sólo es lícito usar la menos restrictiva de las libertades individuales.

b– Grados de limitación en la libertad y derechos de los particulares.

Las técnicas jurídicas de limitación creadas por el régimen administrativo son múltiples, y clasificables de múltiples maneras, pero prima el criterio sobre el grado incidental sobre intensidad de la medida interventiva. Escala de mayor a menor intensidad.

El **primer** nivel de las acciones de limitación está ocupado por unas **exigencias de información y comunicación** que las Administraciones pueden imponer a los administrados sobre ciertos datos, comportamientos o actividades; sea mediante la **inscripción en un registro público**, por la **obligada remisión de informes a la Administración** o de otra forma. Tales labores de información varían si se tratan de personas físicas o jurídicas: deber de identificación respecto de las personas físicas (múltiples: inscripción en el padrón, censo electoral, DNI, NIF,). Para todo ello hay que comunicar a la Administración múltiples datos personales. Deber de información que también juega respecto de las personas jurídicas, pero que suele consistir en la inscripción en determinados registros, dependiendo de la actividad que realicen.

Hay otras exigencias, también de información y comunicación, obligatorias para los ciudadanos, como la imposición de **autoadministrarse e imponerse ciertos registros o autoregistros** sobre sus actividades o sobre sí mismos. Todo esto operando en el área fiscal, comercial y en otras áreas de actividad donde la Administración nos impone tales deberes para facilitarle y soportar las inspecciones constantes.

También en este primer escalón hay otros deberes de **comunicación a la administración en ciertos eventos**, como ocurre con, por ejemplo, las sociedades que cotizan en bolsa.

Muchos de estos deberes, verdaderas cargas jurídicas, son necesarios, pero el legislador debe ser sensible a las molestias de los ciudadanos y poner un poco de freno a esta ola de imposiciones

El **segundo** nivel de limitación de las acciones particulares consiste en **técnicas de sujeción y control de ciertas acciones limitadas por un examen previo** por parte de la Administración de ciertos requisitos legales de la actividad proyectada. Aquí las acciones privadas resultan limitadas en su ejercicio por un obstáculo: el previo pronunciamiento administrativo de conformidad con lo que el sujeto pretende hacer. Estas técnicas son dos: comprobaciones y autorizaciones.

Las **comprobaciones** responden a que las normas suelen condicionar las actividades de los particulares a una

previa comprobación o constatación administrativa de ciertos requisitos de aptitud e idoneidad de la persona o de la maquinaria. Es un control que, por su carácter subjetivo, conforma una constatación meramente reglada, la mera comprobación de que se dan los requisitos establecidos por la norma (verificación), comprobando que los supuestos de la norma se dan en realidad. Aquí hay que distinguir entre acreditaciones y homologaciones. Las acreditaciones son comprobaciones predicables o referibles a la persona. Las homologaciones son comprobaciones referidas a objetos, instalaciones,; ajuste a un modelo oficial preexistente. Tales comprobaciones ofrecen alguna dificultad de deslinde

Las **autorizaciones** regladas, donde se incluyen reglas de comprobación como el carné de conducir. El discernimiento y autonomía de la figura de la comprobación es innegable y deseable siempre que lo basemos, no en el mayor automatismo de la comprobación, sino en el margen de apreciación administrativa al valorar la idoneidad de los requisitos. Ese marco es muy objetivado en las comprobaciones; mientras que en las autorizaciones la comprobación a realizar implica la apreciación por la Administración de la conveniencia de cierta actividad.

El **tercer** nivel supone la aparición en ciertas actividades administrativas de **prohibiciones formales de hacer algo, o imposiciones de ciertas conductas positivas** (cierre de un establecimiento, prohibiciones de determinados cultivos, imposición de ciertas vacunaciones,); incluso se puede llegar al caso extremo, que son las **imposiciones a particulares de prestaciones de dar o hacer sin compensación alguna** (por ejemplo prestaciones personales que establecen las leyes sanitarias, como en caso de epidemias).

Como **cuarto** nivel, otra forma de limitar derechos particulares es también su **limitación o privación total o parcial por mor o en pro de un interés público con una indemnización**. Esto determina un tratamiento específico dentro del Derecho Administrativo: la figura de la **expropiación**. Se indica porque no siempre esta actividad es de expropiación, en el sentido de que la expropiación como tal comporta una diferencia y contraste con otras técnicas de privación de los derechos y propiedades de los particulares que no llegan a ser expropiaciones y que, por tanto, no implican indemnización (por ejemplo, ciertas limitaciones administrativas de derechos, o la configuración administrativa del contenido normal de los derechos particulares).

Como **quinto** nivel o grado extremo de limitación administrativa, tenemos el que se da con la **eliminación de ciertas actividades o titularidades privadas**, como ocurre por ejemplo con la nacionalización de titularidades para el sector público. Supone sacar del ámbito de los particulares una acción o actividad: grado máximo de intervención, y como tal exige cautela, como ha acreditado la experiencia.

c– Las técnicas de la actividad de limitación: reglamentación, autorización, órdenes, mandatos y prohibiciones.

La visión tradicional de la actividad de policía registraba como formas de limitación de los particulares o de sus acciones las técnicas de reglamentación, autorización, prohibiciones y mandatos. Corresponden a los diversos niveles que acabamos de establecer.

Se trata de una enumeración visible aún en alguna ley, como la LBRL de 1985 que, amén de la autorización, menciona otras formas de control preventivo de las acciones particulares. Esta referencia encuentra sentido porque no toda acción limitadora se canaliza a través de técnicas de autorización. Coexisten con ella otras formas de limitación menos intensas, tal como aquellas obligaciones o deberes de comunicación o información, de identificación,

Reglamentación

La primera forma de actividad limitadora de las acciones particulares es la operada mediante la reglamentación de la actividad. Las Administraciones (Administración del Estado y Administraciones de las Comunidades Autónomas), desarrollando mandatos legales y con apoyo de estos, en función de los principios

de legalidad y reserva legal, quieren sujetar a reglamentación todas las actividades. Quieren reglamentar, y lo hacen con imposiciones o limitaciones sobre esas mismas actividades. Se da también en las corporaciones locales, que en el ámbito de sus competencias puedan probar ordenanzas y reglamentos (en el caso de los alcaldes, dictado de bandos), ordenando las actividades privadas siempre que no contradigan las leyes y la Constitución, e incluso imponer multas (hasta 25.000 ptas. en aquellos municipios de más de 300.000 habitantes).

Lo que ocurre es que esta forma de intervención administrativa mediante reglamentos se remite en nuestro Derecho a la Teoría de las Fuentes del Derecho, porque el jurista pretende tratar el reglamento como una forma de limitación de las actividades particulares. Nuestros juristas lo hacen así hasta llegar a negar que una mera reglamentación sea una limitación administrativa de la actividad particular (los reglamentos se ven más como un producto normativo que como una técnica de intervención). Es una percepción contraria a la óptica francesa y también a la anglosajona (regulation). Los franceses no han perdido de vista que se trata de un modo de limitación. Se ve en el reglamento local menos una fuente de Derecho que la primera forma de intervención administrativa sobre las actividades particulares.

La reglamentación es la primera forma técnica de limitación. Esta mera reglamentación no es considerada como una verdadera limitación administrativa de la acción particular por la mayor parte de la doctrina española, por su contemplación del reglamento como una forma administrativa, como Derecho; en contra de la óptica recogida en nuestros reglamentos locales, donde sí se considera como la primera forma de intervención en las acciones particulares.

La reglamentación administrativa de una actividad suele concretarse en la imposición de unas restricciones o deberes a los particulares en una doble manera: unas veces la reglamentación lo impone directamente en el propio reglamento con sanciones o no, mientras que otras veces el reglamento lo hace regulando las actividades particulares mediante su sujeción a actos de comprobación o de autorización u otros de esa misma actividad o su ejercicio, o incluso prefigurando el contenido de ciertos órdenes (mandatos, prohibiciones) para casos concretos.

Además, también pueden ser considerados como una mera intervención reglamentaria en las actividades particulares aquellos supuestos en que las Administraciones Públicas dirigen la acción de los particulares mediante directivas, tan usuales en el intervencionismo económico. Directivas que aquí calificaremos como reglamentos, para asegurar una mejor garantía de los particulares afectados como del control judicial de esas mismas directrices.

Por último, un caso límite de intervención por vía reglamentaria sobre derechos y acciones de los particulares es el caso de la intervención sobre el derecho de construir o edificar de los dueños particulares. Derecho a edificar que acaba por ser definido y limitado caso por caso por la Administración, mediante la estimación que el previo Plan de Urbanismo haya realizado por razones de interés general, lo que comporta que la estimación hecha no da ningún derecho de indemnización, salvo las compensaciones que el propio plan haya previsto. Así resulta del artículo 76 de la Ley del Suelo, donde las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y deberes establecidos en la Ley, y en virtud de la misma de acuerdo con los planes de urbanismo. En el artículo 87, la ordenación del uso de los terrenos y construcciones define el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística presente en el plan.

Autorización

Entre las técnicas jurídicas de limitación, la más notable y principal es la llamada autorización, neta y verdadera reina del control preventivo de las acciones particulares, porque ella comporta el condicionamiento del ejercicio de un derecho o actividad particular a un previo acto administrativo. La autorización consiste, de entrada, en un acto administrativo que habilitaría al particular al ejercicio de un derecho o facultad que de principio ya le pertenecería *ex ante* el propio acervo jurídico del particular. El acto de autorización vendría a

liberar el ejercicio de ese derecho o actividad privada de un obstáculo jurídico consistente en una prohibición judicial previamente establecida para el ejercicio de esos derechos.

Todo esto permite comprender con más perspectiva que la autorización, más que algo existente por su cuenta, autónomo, forma parte de un mecanismo jurídico completo de limitación, ya que el acto de autorización está dando por supuesto un derecho o facultad previa del particular, pero normativamente condicionado en su ejercicio a la obtención de esa mencionada autorización.

Esta sería la perspectiva libero-constitucional de la autorización o técnica jurídica autorizatoria, pero lo más exacto y completo es luego añadir que la construcción o diseño técnico de la autorización como instituto jurídico corresponde al tránsito del S. XIX al XX, a partir de diferentes modelos constitucionales de fondo, y por tanto partiéndose en dicha construcción técnica de diferentes premisas o bases sobre los derechos y acciones de los particulares y de los poderes y papeles de los poderes públicos. No cabe olvidar que nuestro Derecho Administrativo maduró técnicamente bajo el Franquismo, cuyas premisas al respecto eran bastante poco liberales.

La consecuencia de todo ello es que la construcción y perspectivas conceptuales sobre la autorización como técnica jurídica se resienten de esta diversidad o mezcla de principios implícitos o apriorismos políticos. De ahí que desde principios del S. XX hayan venido cohabitando o confrontándose dos percepciones o ideas de autorización.

Una autoritaria, de origen germano, donde la autorización se concibe a partir del supuesto de una prohibición normativa previa de toda actividad privada susceptible de lesionar intereses generales, salvo un concreto acto administrativo que caso a caso levantará dicha prohibición, previa comprobación de que en tal caso el ejercicio de dicha actividad no producirá ninguno de los perjuicios sociales temidos. La legislación llamada de policía germana establece una prohibición general de entrada de una serie de actividades, salvo levantarla mediante una autorización administrativa caso por caso, comprobando que no se lesione ningún interés público. Este mecanismo, nombrado prohibición de policía con reserva o salvedad de autorización, se aplica por el legislador a casi todas las actividades privadas que de principio son lícitas, pero no menos también capaces de producir algún perjuicio social en función del sujeto agente, de la manera de realizar la empresa, de su ubicación, de sus instalaciones. Dicha reserva de autorización (dicho acto que levanta la prohibición) puede además depender o adoptar formas diferentes, según la mayor o menor amplitud de juego dada por la ley a la voluntad administrativa; amplitud que puede ir desde la apreciación casi libre de la situación hasta la mera aplicación reglada de caso concreto de las reglas determinadas en la norma.

Ésta era la versión autoritaria de la autorización, pero frente a ella, la doctrina italiana llegó a perfilar otra visión desde un supuesto implícito liberal, que partía de unos derechos y libertades de actuación propios de los particulares: partía de la preexistencia en el sujeto de unos derechos subjetivos a ciertas actividades, aunque éstas fueran sometidas legalmente en su realización efectiva al control previo de una autorización cuyo otorgue permitirá el ejercicio de aquel derecho. La autorización en este caso venía a remover los límites establecidos por una norma a dicho ejercicio, al constatar que no perjudicaba en ese caso concreto los intereses generales o que cumplía con los requisitos legales preestablecidos en la norma para su ejercicio.

En este modelo se dice que la autorización es un acto jurídico meramente declarativo del derecho preexistente del particular, o reconocitivo, y de que su ejercicio en ese caso concreto respeta los requisitos legales: se limita a comprobar y declarar que no es perjudicial para ningún interés público relevante. En cambio, en la concepción anterior aparece como un acto creativo de un derecho de actuar que el particular no tendría *ex ante* la autorización, y que ésta le otorga. Visión que determinaría una confusión entre la técnica de la autorización y los actos o técnicas de concesión.

Con esta dualidad de formato basta para captar la latencia o subyacencia de una contraposición de premisas políticas similar a aquellos dos modelos previstos sobre el principio de legalidad, de lo que son aquí una

manifestación concreta. El contraste entre el modelo que responde al principio de ser libre como lo no prohibido contra el principio de estar prohibido todo lo no autorizado o permitido por la autoridad, ambos como bases o puntos de partida iniciales o *prima facie*.

El primer modelo (ser libre todo lo no prohibido) corresponde al modelo norteamericano, y el contrario sería el castrista (de Fidel Castro). Pudiendo así constatarse que la distinta evolución política de cada país europeo y su propio proceso de configuración técnico-jurídica se resienten o acaban resintiéndose de sus orígenes, de sus períodos evolutivos o de sus intersecciones, porque buena parte de los países europeos han vivido según el momento en modelos contrapuestos. Por ello los legisladores sucesivos a según los períodos se han servido y usado oportunísticamente de cada modelo de autorización, según sus presupuestos políticos.

La autorización como figura jurídica es usada por los legisladores en función de sus presupuestos políticos, y de los objetivos a lograr. Por ello, el intento de una construcción técnica de una figura unívoca y netamente perfilada de una autorización deviene imposible frente al entrecruzamiento o mezcla de diversas premisas, tipos y consistencia jurídica.

¿De qué vale hablar de un derecho preexistente si existe una limitación en el número de autorizaciones posibles de conceder? La presunta autorización acaba por resultar un acto jurídico de muy distinto contenido, consistencia jurídica, respecto de las autorizaciones del modelo liberal, hasta el punto de que el propio poder normativo sobre todo reglamentario sepa muy bien dónde ubicarse o sea consciente de lo que juega y de lo que se conjuga.

Por ejemplo, en la época felipista se puede comprobar en algún reglamento, como el del régimen de adecuación a la Ley del Régimen Jurídico de la Administración de 1992 (30/1992). Es un reglamento donde, conforme a su pretensión, acaba por concebirse y regularse la autorización, pero al hacerlo lo hace no desde la perspectiva de los derechos preexistentes en el particular, sino desde la óptica de la potestad autorizadora de la Administración. De suerte que al hablar el régimen de aquellos actos administrativos que entiende el régimen por autorizatorios, los define abarcando aquellos actos por los que en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración se permite a los particulares el ejercicio de una actividad determinada previa comprobación de su ajuste al ordenamiento jurídico y valoración de los intereses públicos afectados. Es un lenguaje este donde todo cabe, pues el concepto de autorización que aquí se transmite serían autorizaciones conforme un concepto amplio de las mismas, capaz de englobar actos de control y autorización referentes a los dos modelos de autorización vistos.

En realidad, el legislador actual, en función de las políticas a lograr en cada sector, ordena e interviene las distintas materias o campos, usando la técnica autorizatoria que más le conviene según el oportunismo político. Así, lo que la ley llama autorización son actos autorizatorios que participan de uno de estos dos modelos o incluso un híbrido, de tal manera que encontramos que unas veces la palabra ya implica una casi concesión administrativa y otras no pasa de ser una mera comprobación o constatación de unos requisitos fácticos legales.

Parada, consciente de esto, es conservador, pero atrevido, pues entiende que por encima de los rótulos o nombres normativos, el concepto de autorización, si quiere ser útil, debe ser restringido, más limitado que el que usa el reglamento que acabamos de ver, debiendo reservárselo sólo para aquel acto reglado que se limita a liberar o superar la restricción puesta al ejercicio de un derecho o libertad de actuación. De suerte que tratará simplemente de determinar o de controlar si el ejercicio de una actividad en juego cumple las exigencias normativas preestablecidas para a realización de esa actividad o derecho. Por ello, dice Parada que en una licencia de construcción la licencia no tiene que comprobar más que el ajuste del proyecto al plan urbanístico; en el permiso de conducir, jurídicamente sólo se trata de comprobar que se unen los saberes y aptitudes necesarias para ella. De suerte que normalmente en la autorización, la cuestión de su otorgamiento o negación se resuelve en un problema de valoración fáctica que permita luego que en caso de plantearse un recurso ante la instancia judicial, esta instancia se traducirá en un control de los hechos determinantes del ejercicio de tal

poder autorizatorio, de suerte que cuando los hechos están claros, debe ser eliminado todo margen de discrecionalidad en la negación o dación de la autorización. Por ello, Parada saca la conclusión de ese esfuerzo intelectual por su parte de la calificación de absurdo o contrasentido el que en el Derecho español se habla de licencias o autorizaciones discrecionales. Hay una cierta simplificación en este argumento, porque Parada se convence de que los hechos permiten mayor objetividad, que su manejo es fácil. El problema es que los hechos plantean mayores dificultades de apreciación objetiva que los razonamientos técnicos, y aquí hay una simplificación, porque nunca nos ponemos de acuerdo en los hechos. Cada uno ve lo que quiere ver, los hechos son diferentes a según el alma del observador.

Distinción entre la autorización y la concesión

El concepto de autorización que se asume nos lleva a afrontar la cuestión de su deslinde con otra técnica administrativa clave no de limitación: la concesión. Tras la concesión no había, de entrada, ningún derecho preexistente del particular, sino que este derecho del particular resultaría creado por el mismo acto propio de la concesión. Esta visión de la concesión nos ofrece una clara diferencia lógico-teórica respecto de la autorización. Lo que ocurre es que luego esta nitidez diferencial resulta embarullada en una maraña difícil de discernir cuando el legislador regula una serie de actividades, desplegando una variopinta instrumentación técnica y sirviéndose de actos de intervención híbridos articulándose en función de los fines más oportunistas respecto a cada acto, conducta o realidad legislativa, que hace difícil o insatisfactoria la distinción hecha entre autorizaciones y concesiones; tal ocurre cuando una actividad queda sujeta a una autorización que la propia norma limita a unos pocos sujetos u objetos, como por ejemplo con las licencias de taxis o aperturas de farmacias, bancos, Todo esto aparece en principio bajo el nombre de técnicas autorizaciones, pero realmente se decantan en una especie de concesión, ya que dicha autorización equivale de facto al otorgue *ex novo* de un derecho, dada su excesiva restricción. Por ello, en tales supuestos fácticos, cuando las autorizaciones acaban fácticamente concluyendo en reales concesiones, debería exigirse para el otorgue de esa autorización un procedimiento competitivo entre los aspirantes, que garantizase la igualdad de oportunidades, como ocurre cuando se trata de concesiones.

Siempre que se disponga la limitación de una actividad o profesión a un número de casos, esta misma restricción parece de suyo transmutar aquella idea del derecho preexistente a una actividad o profesión en algo que es más bien una concesión de la Administración al administrado que resulte favorecido por ella, que de una autorización. El concepto de autorización parecería mejor restringido a los supuestos donde no haya limitación numérica de beneficiarios del derecho o actividad a ejercitar o no haya discrecionalidad en su otorgamiento (por ejemplo, para la academia de conducción o la licencia urbanística). En cambio, habría que reducir al concepto de concesión aquellos otros supuestos donde la norma permita claramente una discrecionalidad en su otorgue o limite el número de beneficiarios del derecho o actividad en función de las condiciones legalmente establecidas.

En ambos casos las presuntas autorizaciones real o efectivamente discrecionales deberían ser, si no llamadas, al menos tratadas básicamente como concesiones. Pero, en esto, la política legislativa y normativa de las Administraciones, más allá de lo político, prefiere optar por el barullo actual para poder moverse a sus anchas y regular como mejor le convenga las materias de que se trate. Al poder le molesta la claridad y, sobre todo, la claridad meridiana jurídica, porque ello le ata y prefiere jugar con las ambigüedades, como en este caso la noción de autorización y su concepto.

Pero la figura de la autorización no deja de plantear otros problemas: la autorización habilita al ejercicio de un derecho, una profesión, una libertad o una actividad donde el control de la Administración sobre el caso concreto a autorizar es de entrada inicial y negativa. Es decir, se limita a la comprobación de la legalidad o compatibilidad con el interés público de esa actividad concreta. A esto lo llamamos mera autorización, simple, sencilla u ordinaria. Pero la realidad es siempre mucho más específica, y esto obliga a discernir de estas autorizaciones simples otras autorizaciones dichas de efecto continuado o de trato sucesivo.

Autorizaciones simples y autorizaciones de efecto continuado

La realidad obliga a discernir las autorizaciones dichas de trato continuado, que se refieren a actividades privadas que, una vez autorizadas, van a proseguir desarrollándose de modo continuado y casi permanente; de forma que esa autorización inicial y la norma que la haya impuesto serán las que configuren el régimen jurídico de la realización continuada de dicha actividad, mientras dicha perdure.

Cuando esto ocurre, la doctrina ha pasado a hablar de una relación jurídica continuada o de trato sucesivo entre la Administración autorizante y el autorizado. Así ocurre, por ejemplo, con una licencia de instalación o suministro de gas, sociedad de seguros,; con la secuela de que el particular aquí autorizado va a quedar sujeto a una serie de controles sucesivos más o menos intensos a lo largo del tiempo, pero que resultan equivalentes a aquellos que son propios de la relación concesional, y que en esta permiten a la Administración concedente el poder de vigilar y dirigir la actividad de todo concesionario.

Ante estas autorizaciones de efecto continuado que acaban por establecer una relación duradera, y particularmente ante lo que en ellas ocurre e cuanto a legitimación de nuevas formas de intervención administrativa, Parada postula o plantea doctrinalmente un cierto dilema: o bien dichas autorizaciones de efecto continuado suponen realmente un tipo de concesión, o bien esas autorizaciones adolecen de una cierta confusión entre el acto autorizatorio inicial (reducido a la remoción de límite inicial de apertura) y otros actos, técnicas o intervenciones posteriores sobre esa misma actividad ya autorizada, de modo que estas intervenciones posteriores constituirán otros actos independientes de aquel acto inicial autorizatorio de la actividad.

Estos actos posteriores vendrían a proyectarse sobre el sujeto autorizado bajo la forma de una serie de mandatos, órdenes, prohibiciones, directivas, etc. No obstante, tales actos posteriores no encuentran bajo estas fórmulas ya su legitimación jurídica en aquel acto de autorización inicial, sino que ahora lo tienen que encontrar en otras potestades jurídicas que la regulación normativa pueda y venga a reconocer en cada caso concreto en la Administración sobre esa actividad concreta y autorizada, porque pretenden fundar sobre la autorización inicial todo el arsenal de técnicas interventoras posteriores.

Estas otras intervenciones administrativas posteriores requieren un análisis y enjuiciamiento separados de aquella autorización inicial. En este sentido no faltan normas que por vía delegativa parecen haber captado esto, como el artículo 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (norma altamente doctrinaria), que al regular las autorizaciones de taxis dentro de un concepto amplio de autorización, utiliza, separa y disocia una competencia del municipio para otorgar la autorización inicial del taxi, de una serie de competencias para aprobar las tarifas, fijar las condiciones técnicas del servicio, sanciones aplicables e incluso la revocación de la licencia o autorización inicial. Potestades todas estas últimas que vendrían aquí legitimadas por su propia previsión reglamentaria y no en la misma licencia o permiso inicial autorizante de la actividad del taxista. Serían difíciles de justificar toda esta serie de potestades basándose en que le ha sido automatizado.

Procedimiento autorizatorio

Se encuentra reflejado en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

La importancia de las autorizaciones y su urgente difusión en el ordenamiento administrativo se pone ya de manifiesto en la presencia de una regulación específica para su procedimiento de otorgue. Así, desarrollando la Ley 30/1992, un Real Decreto de 1994 de 5 de agosto pretende reglamentar el procedimiento de otorgue y extinción de las autorizaciones correspondientes al Estado, excluidos los procedimientos para el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Conforme a este reglamento, la estructura de este procedimiento autorizatorio se reduce a una tríada secuencial:

- Primera fase: solicitud de autorización.
- Segunda fase: aportación documental.
- Tercera fase: resolución de la petición.

Hay que matizar que dicho aporte documental puede ser dispensado cuando el peticionario haga constar el órgano administrativo donde constan esos documentos sin haber pasado cinco años del fin del expediente de referencia.

Por otra parte, la resolución, incluso en el grado mínimo de intervención en la actividad, habrá de ser siempre motivada, para asegurar *prima facie* la transparencia y la objetividad de la resolución administrativa y, en definitiva, su legalidad; que afectan a los ámbitos vitales fundamentales.

El plazo fijado para la resolución es, por tratarse del ámbito autorizatorio, de tres meses, con el efecto de considerarse estimadas las solicitudes por silencio administrativo; ya que la regulación actual eleva el silencio administrativo positivo a una técnica aplicable a la mayor parte de los actos de intervención administrativa, como las autorizaciones, comprobaciones, licencias,

No cabe olvidar que el artículo 43 de la Ley del Régimen Jurídico de 1999 dispone que la estimación por silencio administrativo tenga el mismo efecto que la autorización expresa, y tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizante del procedimiento. Por ello, la resolución expresa posterior al silencio, en caso de producirse, sólo podría dictarse en términos confirmatorios de lo ya determinado por el silencio. El artículo 44 de esta misma Ley establece que los actos administrativos producidos por silencio positivo valdrán y podrían hacerse valer y producir efecto desde el vencimiento del plazo máximo establecido para dictar la resolución y notificarla (tres meses), y que su existencia podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba válido en Derecho, pero además el llamado certificado acreditativo del silencio, que podría solicitarse del órgano competente para resolver, que está obligado a emitir ese documento en un plazo máximo de 15 días.

No obstante, quedan excluidas de este régimen del silencio positivo las peticiones referidas a las autorizaciones cifradas en un anexo de aquel reglamento, que contiene un relatorio de materias tan amplio y numeroso que la regla general queda de hecho desvirtuada por el número de excepciones. Casi todas estas excepciones están justificadas en un régimen administrativo (extranjería, sanidad, salubridad, transportes, seguridad social, títulos académicos, materia de minas, materia de energía, materia de explotaciones, materia de bienes públicos.). En todos estos casos el silencio administrativo es negativo.

Régimen de las autorizaciones: condicionamiento, transmisión y extensión

Condicionamiento

Aparte del procedimiento, la primera cuestión del régimen de las autorizaciones es la de su posibilidad de condicionamiento por parte de la Administración, a través de cláusulas accesorias tocantes al ejercicio del derecho o actividad autorizada. Esta cuestión aparece en el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que se refiere a las condiciones de las licencias locales. La autorización, vista como un acto reflejado, se compadece muy poco con una modulación discrecional por la Administración mediante tales cláusulas. Por esto, el artículo 16 se refiere a las condiciones previstas en la normativa específica que regule esos permisos o licencias, y no a ninguna condición o cláusula accesoria que pretende introducir la autoridad autorizante.

Cuando las leyes regulan autorizaciones menos regladas la cuestión es más discutible y, por lo tanto, no cabe

negar que la reglamentación pueda tener este tipo de consecuencias.

Transmisión

Otro punto de la autorización es su posible remisión a terceros. Cuestión resuelta es el grado de personalismo de la actividad autorizada, porque cuando la autorización es otorgada *ratio personae*, no cabrá luego su transmisión a otro; pero cuando la licencia sea otorgada por razón de una actividad, la autorización vendrá transmitida con la propia transmisión de la obra, según el artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que establece reglas sobre las licencias relativas a una obra. No obstante, deberá ser comunicado a la autoridad afectada, bajo la responsabilidad del nuevo titular.

De su lado, las licencias dadas sobre cualidades del sujeto o sobre bienes públicos serán transmisibles o no, según se marque normativamente o al otorgarlas. Pero cuando estas últimas licencias estuvieran limitadas numéricamente no serían, en principio, transmisibles.

Extinción de licencias o autorizaciones

La doctrina trata este tema porque presenta una problemática. La extinción puede ocurrir por causas normales, como el cumplimiento o transcurso del plazo para el que fue otorgada. Pero además las licencias pueden acabar bien por revocación, bien por anulación de la autorización (art. 16 del Régimen de Servicios de las Corporaciones Locales). Así, la revocación puede ocurrir por incumplimiento de lo autorizado, por desaparición de las condiciones que originaron su otorgue, por sobrevenencia de circunstancias que hubieran determinado su anulación en su día o por adopción de nuevos criterios de apreciación al efecto. Por su parte, esas licencias podrán ser anuladas por la propia Administración, entre otras razones, por error, pero principalmente por cuestión de ilegalidad.

En todas estas circunstancias cabe plantearse el problema de la indemnización de perjuicios causados al particular al que se le revoca o anula la licencia. La norma establece que la revocación fundada en la adopción de nuevos criterios por la Administración es la única que originará una indemnización, y sólo la anulación por error de la Administración conllevaría una indemnización por daños y perjuicios.

Órdenes, mandatos y prohibiciones

Frente a las técnicas restrictivas ya vistas, superables por una autorización, hay otras modalidades de acción limitativas, configuradas en las figuras de órdenes, mandatos y prohibiciones. Todas ellas aluden a que la Administración puede, con la habilitación suficiente, producir o emitir bien órdenes positivas (definidas como mandatos), forzando a una cierta actuación; o bien emitir órdenes negativas (prohibiciones), vetando al particular cierta acción o actividad. La doctrina define las órdenes como actos administrativos con los que la Administración impone a un sujeto bien una conducta positiva (mandato), bien una negativa (prohibición); y cuyo incumplimiento expone al obligado a una sanción por desobediencia.

Estas órdenes, positivas o negativas, pueden comparecer de dos modos:

- Pueden venir previstas en una norma con suficiente capacidad para ello de una forma general para todos los que encajen en indeterminado supuesto, sin necesidad de un acto intermediario.
- Pueden venir previstas en una norma, precisando para su efectividad que la Administración dicte luego un acto aplicativo concreto.

Es decir, pueden aparecer como una regla genérica para todo el mundo o como un acto administrativo concreto. Estos dos tipos figuran en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuando se refiere a las intervenciones de la Administración local mediante órdenes individuales de mandato y prohibición, ordenanzas y regímenes de policía. También caben los bandos, pero son generales.

Régimen jurídico de las órdenes

Han de estar habilitadas por una norma legal o reglamentaria, y, cuando lo vengán, pueden darse y legitimarse en el marco de una potestad de supremacía general o en el marco de una potestad de supremacía especial. En el caso de la supremacía general, es afectante a todo ciudadano por el hecho de serlo. El caso de la supremacía especial afecta a los ciudadanos puestos en una relación especial con la Administración (por ejemplo, los presos o los usuarios de un servicio público), o puesto en una relación jerárquica (funcionarios, militares,).

En este doble contexto, el carácter limitativo de derechos propio de las órdenes se nota principalmente en las relaciones de supremacía general, como por ejemplo la legislación de seguridad ciudadana, donde se registran ejemplos como la disolución de reuniones que alteren la seguridad ciudadana, y donde los mandatos y prohibiciones suelen ir reunidos, al ordenarse a la vez una acción positiva de disolución y una negativa de prohibición de continuación. Existe mucha variedad de mandatos. También son mandatos típicos de las autoridades sanitarias imprimiendo medidas de vacunación, cuarentena,; y son prohibiciones las órdenes de los mismos previstas en la ley que impiden a las personas contaminadas desplazarse o realizar ciertas actividades. También hay órdenes previstas en otros ámbitos, como la legislación de protección civil, que permite a las autoridades gubernativas y locales reajustar la conducta de los ciudadanos y medios de comunicación a las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

La orden de policía ha de ser debidamente notificada, o en su caso comunicada a los afectados, ya que no siempre se requiere la notificación formalizada prevista en la LRJAP-PAC. Dicha orden consiste en una obligación de obedecer lo comunicado conforme a su contenido, por lo que la orden siempre se decanta en una obligación ya ejecutoria de tener que conducirse en la forma exigida por la misma.

Por último, las órdenes cuentan con un amplio mecanismo o sistema garantizador de su eficacia, normalmente mucho más eficaz en las órdenes dictadas en una relación de sujeción especial, ya que incluso pueden disponer de una jurisdicción al servicio de su peculiar disciplina (militares). En el caso de órdenes dentro de las relaciones de jerarquía general, el mecanismo para garantizar el cumplimiento consiste en las metas y sanciones administrativas y, en su caso, penales, aunque están es desuso.

Lección 8. La actividad administrativa de sanción.

Introducción

Casi todas las leyes administrativas vigentes, especiales o de carácter sectorial, dedican algún capítulo a regular las infracciones contra su propia normativa, disponiendo un castigo administrativo; a la vez que otorgan a la Administración competente la capacidad de imposición de ciertas sanciones al infractor, consistentes en multas o sanciones más graves, como por ejemplo el cierre de establecimientos o de empresas, la suspensión o pérdida de la propia profesión, la privación de permisos o licencias de la propia actividad, Tales sanciones pueden acompañarse, además, de una imposición de indemnización a favor de los perjudicados o de la propia Administración. Todas esas leyes asumen que las Administraciones Públicas disponen del poder de imponer tales sanciones a los particulares, además de poder luego ejecutar por sí mismas dichas sanciones; existiendo tan solo el remedio de poder recurrir a posteriori a la imposición de la sanción y de controlar esta misma a través del recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo esto permite afirmar la vigencia cotidiana entre nosotros de una potestad sancionadora global o general en manos de nuestros administradores públicos; al punto, una de las más sólitas actividades de nuestras administraciones consiste en sancionar a los ciudadanos, compitiendo, con ventaja, con los tribunales.

Además, tal potestad sancionadora aparece reconocida indirectamente en la Constitución Española, en los artículos 25 y 45.3, al dar por supuestas las infracciones administrativas; de suerte que cuando alguien osó plantear la legitimidad de tal potestad, una sentencia del Tribunal Constitucional de 1983 sintió la necesidad

de justificar al recurrente dicha potestad, invocando, además de al precepto constitucional, las razones materiales que lo justifican, con el argumento de que si bien en un sistema basado en una división de poderes rigurosa exige que la potestad sancionadora de las acciones particulares presuntamente infractoras debieran ser un monopolio del poder judicial, sin que pudiera corresponder a la Administración Pública la decisión y la sanción, un sistema semejante no habría funcionado históricamente, y hasta cabría dudar de su utilidad, entre otras razones por:

- La de no recargar con exceso el trabajo del poder judicial ante los ilícitos menos graves.
- La de dar una mayor eficacia al aparato represivo de tales ilícitos.
- La de dar una mayor intermediación de la potestad sancionadora respecto de los hechos consumados.

Estas razones son bastante ridículas. Con todo, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, precisa que naturalmente esta potestad sancionadora debe cumplir unos requisitos jurídicos para poder ser legítima. Con ello basta para comprender que estamos ante un tema sustancioso, de calado político-jurídico. Lo constatan serias dificultades para combatir dicha situación.

Marco histórico

La represión de las infracciones contra las leyes administrativas dichas de policía fue percibida por los autores del Estado Constitucional según el modelo de que la división de poderes comportaba el monopolio represivo por parte de los jueces, y que la aplicación de sanciones sólo podía corresponder a ellos por tratarse de un poder de naturaleza jurisdiccional. Al menos, tal fue la percepción anglosajona del asunto, donde se parte de monopolio judicial para la imposición de toda penalización o castigo, sacándolo de la Common Law, del artículo 2 de la Carta Magna, como un principio que los barones impusieron al Rey. Frente a los agentes del Rey, ningún hombre libre podría ser detenido, preso, sancionado,; salvo mediante un juicio. Norma penal de donde arrancan tanto el jurado como la incapacidad represiva del Rey y su administración ante los ciudadanos presuntos infractores. Trasladado a Estados Unidos, forma parte del *american way*, donde la policía tiene que llevar naturalmente a los presuntos infractores ante el juez, para que sea éste quien les interroge sobre los hechos, juzgue, condene, multe y/o sancione.

Esta diferencia podría explicarse por mor de nuestro régimen de Derecho Administrativo, que hemos copiado de Francia. Pero contra esto cuenta que en Francia la tradición liberal rechazó que el poder administrativo participase de tal represión de las infracciones administrativas, recurriendo unos tribunales llamados de policía, y situados dentro de la justicia penal, o, en ciertos casos, a algo que llaman contencioso-administrativo de represión. La imposición y ejecución de las sanciones compete a los tribunales, y el Código Penal francés define como infracciones de policía las infracciones de la actividad administrativa y ordenanzas municipales. El contencioso de represión por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa está limitado a los asuntos de tráfico,; pero con la nota de que tampoco la Administración tiene una competencia sancionadora. Cuando hubiera una infracción, la Administración se limitaría a instruir el expediente, y luego lo remitiría al tribunal de lo contencioso-administrativo para su resolución y decisión.

Así, se puede hablar de un modelo represivo penal francés, fundado sobre una articulación feliz entre los tribunales penales y las Administraciones Públicas, donde ni la Administración se siente desprotegida ni los jueces se sienten desbordados por la masificación de infracciones administrativas. Para ello, los franceses permitían que los funcionarios administrativos competentes se integrasen en el Ministerio Fiscal, para controlar así la suerte de la infracción y del proceso. Por otra parte, una serie de técnicas procesales impedían la masificación.

Este modelo de monopolio judicial de represiones de las infracciones administrativas parece haber llegado al colapso en Francia, en favor de otra tendencia legal más proclive a las competencias sancionatorias directas por la misma Administración, desde que en 1989 el Consejo Constitucional de las Sanciones Administrativas lo aceptó, siempre que cumplieran una serie de garantías configuradas según el modelo de los juicios de las

faltas penales, tendencia que acabó por confluír en un fenómeno compartido por varios países europeos, llamado de la despenalización de las infracciones administrativas y entrega a la Administración.

En Occidente ha venido rigiendo un modelo de monopolio judicial penal del sistema sancionatorio casi comparable al anglosajón. Muy distinto en España, donde nunca ha regido tal monopolio judicial penal. Cierta fue que en Cádiz se impuso el monopolio represivo de los jueces para los juicios criminales, vetando el gobierno toda privación de libertad o imposición de penas, pero esto quedó ceñido a los delitos, puesto que las mismas Cortes otorgaban en 1813 a los poderes públicos la potestad de sancionar; y en 1923 otra Ley reconocía a los alcaldes la ejecución gubernativa de las sanciones impuestas, pudiendo multar,; excluyendo sólo la puesta en prisión.

La primera doctrina administrativa de Colmeiro (1850) proclamaba en su texto la necesidad de un poder represivo en la Administración, aunque moderado, con el argumento de que la independencia de la acción administrativa se resentiría de no tener ninguna potestad coercitiva directa aplicando sanciones pecuniarias o correctoras de policía. Decía Colmeiro que el poder legislativo había delegado implícitamente en la Administración tales tareas más propias del poder judicial, de tal modo que el Consejo de Estado de los liberales moderados acabó por justificar ese poder sancionador de la Administración fundamentándolos en la necesidad de la actuación eficaz de la Administración.

En consecuencia, nuestros códigos penales reconocerán siempre a la Administración un poder sancionador de las infracciones administrativas a los reglamentos administrativos, con las penas establecidas para las faltas en los códigos, pero remitiendo a las leyes especiales la posibilidad de imponer penas más altas. Mientras, un Real Decreto de 1853 se ocupó de tratar esta cuestión, decidiendo cuando y ante qué infracción administrativa la Administración podría actuar gubernativamente o adaptar las formas de un procedimiento formalizado para imponer la sanción, cuestión que decidió en función sobre todo de la sanción pedida. De ahí que en nuestro sistema exista un triple sistema:

- Tribunales de faltas.
- Compuesto por otros dos de la Administración:
 - ◆ Uno ejercitable gubernativamente.
 - ◆ Otro formalizado.

Como conclusión cabe resaltar que el primer período de nuestro Derecho Administrativo concluyó en que la sancionatoriedad administrativa es un principio de nuestro Derecho Administrativo desde la instauración del régimen liberal. Esto configuró una posición denunciada sólo por el gobierno republicano, pero este proyecto nunca cristalizó.

A partir de esto podemos resumir la evolución del Derecho español en las fases que siguen.

La **Restauración** (entre dos siglos) mantuvo la postura comedida y liberal, aunque no dejó de mantener esa potestad sancionadora en materia de orden público, y donde ya preexistía, la tónica de la legislación de la Restauración fue atribuir al poder judicial la aplicación de las infracciones previstas en ellas (montes, pesca); otorgándose a la Administración unos poderes sancionadores primarios pero mínimos, y remitiéndose a los jueces las sanciones superiores a ciertos límites. Por poner un ejemplo, la primera regulación represiva de los fraudes comerciales contra consumidores encargó a los jueces penales su represión y sanción, previa introducción y averiguación administrativa (por cierto, no con demasiado éxito).

Sin embargo, este talante liberal quebrará bajo la **dictadura de Primo de Ribera**, cuya actitud al respecto será de eclosión y consagración definitiva de unos poderes sancionatorios por parte de la Administración, sobre todo a partir de un Decreto Ley macroeconómico de 1926. De modo que la legislación de su dictadura al hilo de nuevo intervencionismo económico-social generalizará la potestad sancionatoria de las autoridades administrativas competentes en cada materia.

La **II República** no hizo sino mantener la misma idea en su legislación administrativa. Por ejemplo, la Ley de Defensa de la II República mantendrá esos mismos poderes, justificándolos en la defensa del régimen frente a sus oponentes.

A partir de estas bases, el **Régimen Franquista** heredó una potestad sancionatoria general, de modo que no necesitó un esfuerzo teórico por su parte, salvo en la extensión espectacular al poder sancionatorio administrativo a lo largo de todos los ámbitos de su pleno intervencionismo administrativo general; al punto de que toda la vida estaba intervenida, y toda regulación administrativa conllevará un capítulo represivo, donde los poderes de los administradores generales superarán incluso los poderes de la policía general, ya se tratase de imprenta, industria, vivienda, montes,; sobre todo los quince primeros años.

Pero la peculiaridad española no sólo radicaba en la presencia de este poder sancionatorio global de la Administración, sino además en su carácter y régimen jurídico, resultando nada exigible que tanto la cuantía de las sanciones como su imposición se hiciera sin las garantías sustanciales y procesales mínimas del sistema penal, contrastándolo un poco con el modelo europeo o incluso con el modelo represivo judicial y sus garantías judiciales al tratar sanciones que eran consideradas faltas en el código penal.

Todo esto hasta que, consciente de los riesgos, incluso económicos, de este poder, la cuña del *Opus Dei* impuso la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958, que racionalizará este mundo, estableciendo un procedimiento sancionador que abrirá el desarrollo progresivo de un sistema de garantías en la vía administrativa, y sobre todo en la jurisdicción contenciosa, incorporando principios de Derecho Penal y permitiendo una evolución progresiva, hasta llegar a la Constitución del '78.

Este proceso histórico de creación y crecimiento del poder sancionatorio global en nuestra Administración es, pues, un fenómeno singular en Europa, donde las cosas discurrieron de muy distinta manera; es decir, según el modelo de monopolio judicial, por lo que se busca explicar nuestra especialidad en alguna razón, apuntando alguna como una secuela de la acción represiva de los diversos regímenes políticos contra sus oponentes para justificar su extensión a sectores tan poco políticos (vivienda, pesca,).

Este argumento no convence, por lo que se recurre a otro, referido a la ineficacia de nuestro sistema judicial penal y sus formas de actuación contra las infracciones administrativas. Si todos los regímenes optaron por la solución administrativa, ello respondería por cierta parte a que el legislador español, ideologías aparte, no confió o no pudo confiar en la gestión del aparato judicial penal para la represión de las infracciones administrativas. Explicación esta de la falta de eficacia que parecía confirmarse con la última evolución de los demás países europeos. Ello sería así porque nuestro modelo judicial penal fue configurado para reprimir crímenes y delitos, pero no las infracciones a la legalidad administrativa. Es notorio que la persecución de las infracciones administrativas por parte de los jueces exige unos mecanismos procesales ágiles y, sobre todo, coordinados con la Administración, que nunca fueron contemplados por nuestro modelo judicial tradicional, donde las Administraciones Públicas y sus presuntos intereses generales resultaron siempre ajenos u olvidados en nuestro sistema procesal penal. Quizá esto sea así porque al diseñar el sistema procesal penal ya se contó con que este aparato no se ocuparía de las infracciones administrativas. Estos rasgos disfuncionales de nuestro sistema procesal penal para poder reprimir las infracciones administrativas se resumen en tres notas propias de nuestro sistema tradicional de justicia penal:

- La ausencia de los funcionarios en todo proceso contra infracciones administrativas en el ámbito penal y actividad de constatación y persecución de esas infracciones.
- La propia condición del Ministerio Fiscal, que siempre se consideró ajeno a la Administración Pública y a sus intereses, al punto de que para compensar esa curiosa posición del Ministerio Fiscal, la Administración tuvo que inventar la figura del Abogado del Estado, de modo que el Ministerio Fiscal actuaba como una figura defensora de la objetividad de la ley, pero se lavaba las manos en los expedientes de infracciones administrativas.
- Entre la primera y la segunda notas se ve que nunca hubo nadie que defendiese el modelo judicial.

Fomentar esa la rígida aplicación de la regla de *nulla poena sine indicio* (ninguna pena sin juicio previo).

Estas disfunciones de nuestro sistema procesal penal para poder aplicarse a la sanción de las conductas administrativas pueden explicar que los políticos y los legisladores, conscientes de la disfunción de todo esto, crearon este oficio. Todo esto explicaría mejor su particular proceso de creación y expansión de todo este modelo, que no responde a una creación sistemática, sino que es algo anárquico y aluvional, hasta crear todo un modelo peculiar y casi único de potestad sancionatoria implícita en nuestras administraciones públicas.

Fuera como fuese, la vigencia de esta potestad y su dimensión previa fue un dato que se impuso de suyo al constituyente del '78 como un hecho cumplido al que ya se da por supuesto. Nadie lo discute, convalidándolo indirecta pero claramente, plenamente, en los artículos 25 y 45 de la Constitución Española. Lo único nuevo es que el tribunal Constitucional no pudo dejar de fijar unas condiciones previas, duras, para la imposición de tales sanciones administrativas, todas ellas sintetizables en estos puntos generales:

- Una cobertura legal suficiente o principio de legalidad.
- Una prohibición de sanciones privativas de libertad.
- Un respeto a los derechos de defensa del artículo 24 de la Constitución Española por parte de los procedimientos sancionatorios.
- Una subordinación final de la potestad sancionatoria administrativa a la autoridad y control posterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, aparte de la preferencia de la justicia penal para conocer de los mismos hechos en el caso de que se presente ante ellos el supuesto (el sistema prioriza a la justicia penal cuando tiene que conocer de unos mismos hechos).

Por tanto, la novedad constitucional consiste en perfeccionar y apurar las garantías jurídicas sustanciales y procedimentales de esa potestad sancionadora administrativa. Mientras que respecto de aquellas razones dadas para justificarla como la misma heterodoxa singularidad humana, parecen menos consistentes, parecen ceder paso a una explicación coherente con la última evolución de este asunto en varios países europeos, donde se ha optado por cambiar el monopolio judicial por un nuevo modelo mixto, porque ya se cuenta con una potestad sancionatoria de la Administración de las infracciones administrativas, al menos en primera instancia. Esto nos lleva a hablar de la evolución europea del modelo mixto.

En efecto, en varios países europeos, como Italia, Alemania o Portugal, la masificación ha colapsado el monopolio judicial tradicional en relación con estas infracciones, y ha llevado a atribuir a la Administración un poder sancionatorio mediante una despenalización de las infracciones administrativas. Ahora bien, este poder es diferente del español, al darse sólo en una primera instancia de poder sancionatorio de la Administración, por cuanto que la oposición o recurso formalizado por parte de un particular propuesto a ser sancionado trasladará *ipso facto* la cuestión a los tribunales penales, que son los que habrán de resolver el recurso, aplicando incluso el efecto suspensivo de la sanción que ellos decidan. Esto es muy diferente de lo que pasa en España. Se trata de que si el particular no formula una oposición formalizada, serán los tribunales los que decidan. Los particulares hacen una valoración.

Por tanto, se da una oportunidad a los particulares de ajustarse con la Administración, y así aligerar los juzgados. Mientras que la oposición sea fundada existen todas las garantías penales. Además, los países que se han pasado a este nuevo modelo desde el modelo judicial mediante dicha despenalización, lo han hecho mediante una codificación de las reglas y principios aplicables a fin de darle la mayor garantía conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Tribunal. La razón para dicho abandono de ese monopolio judicial tradicional se justifica en el colapso.

2. Principios rectores de la potestad administrativa sancionadora.

2.1. Nociones previas.

Concepto de sanción administrativa.

La legislación no da una definición de qué son las sanciones administrativas; lo da por supuesto, aunque distingue las medidas sancionatorias de otras medidas sólo limitativas de derechos. Debemos indicar que no todas las decisiones administrativas que afectan a un particular son sanciones. En efecto, la sanción es, ante todo, una reacción administrativa frente a una infracción del particular, mas no cualquier reacción. La sanción exige técnicamente que la privación al particular se haga con propósito de castigo o represión de dicha infracción, preventiva de conductas similares. Esto cuenta mucho, porque el régimen jurídico de la sanción verdadera es más exigente que el de otras medidas desfavorables que no son sanciones.

Hay que precisar que no son sanciones toda una serie de medidas que falsamente pudieran parecerlo como las medidas puramente preventivas de posibles acciones; las medidas reparatorias o resarcitorias de una situación dada ilícitamente alterada por un particular, incluso aunque la medida se resuelva en el pago de una cantidad.

Tampoco lo son las multas coercitivas, uno de los medios de ejecución forzosa de unos actos administrativos que si bien parten del incumplimiento previo de dicho acto, sólo tratan de forzar tal cumplimiento y no de sancionarlo. Por esto, la multa coercitiva es autónoma y compatible con la otra multa sí sancionadora, siendo la una ejecutiva y la otra represora, aunque no por ello una deba tener menos garantías que otra). Por tanto, una sanción del aparato judicial ante la modificación de unas infracciones administrativas cuyo número ha sido imposible de dirigir por aquí, explicación que arroja otra luz sobre las posibles causas de nuestro modelo histórico. Ello explica las diferencias de calidad jurídica para los particulares. Por ello, la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Común de 1992 recoge hoy una regulación general específica de la potestad sancionadora administrativa (arts. 127 a 138), con una disciplina general que más tarde desarrolló un Real Decreto de 4 de agosto de 1993, por el que se aprueba el llamado Reglamento del Procedimiento para la Ejecución de la Potestad Sancionatoria, cuyas normas son las que formarán la explicación siguiente.

Hay otras falsas sanciones administrativas, como son ciertas medidas privativas de derechos, tales como la expropiación–sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad; los retractos en favor de la Administración; las revocaciones de licencias con finalidad compensatoria; o las multas previstas en los contratos administrativos.

El caso más típico de sanción es la multa sancionatoria o represiva, pero existen además otras sanciones, consistentes en la pérdida de derechos otorgados por el ordenamiento administrativo o reconocidos por él, de los que resulta privado un particular por mor de su infracción (algunos tan notorios como el cierre o suspensión de un establecimiento autorizado, una inhabilitación o suspensión profesional, cierre de un banco,). Como vemos, las sanciones pueden llegar a ser de una tremenda trascendencia; no cabe calificarlas de penas menores.

Clases de sanciones

Las sanciones administrativas pueden distinguirse, ante todo, en función de la relación preexistente entre la Administración y el sancionado en que dicha sanción se da, surgiendo así varios sistemas sancionatorios. Aunque la LRJAP pretende establecer un régimen sancionatorio único, lo cierto es que las cosas no son así, por una parte, por inercias históricas. Por la pervivencia de legislaciones históricas, la potestad sancionadora juega aún de forma sectorial, de suerte que, junto a la regulación material y procedimental más concreta de aplicación de muchas sanciones viene aún en cada una de esas leyes sectoriales, produciéndose varios subsistemas sancionatorios, y otras tantas clases de sanciones administrativas. En este marco, no obstante, el tipo de modelo sancionador común es el previsto en las **relaciones de supremacía general** propia de todo ciudadano, y en las que se aplica en su integridad la regla de fondo y procedimiento sancionatorio, por más que aquí también queda subdividir entre dos modalidades:

- De un lado, **las sanciones de policía general** o de orden público.

- De otro lado, las sanciones sectoriales vigentes y a cargo de las Administraciones especializadas en cada sector público.

Pero junto a esto hay otros modelos sancionatorios en aquellos sectores administrativos donde las relaciones responden a **sujeción especial**. Aquí la misma expresión de potestad sancionatoria ya viene sustituida por la de **potestad disciplinaria**, surgiendo así las sanciones disciplinarias conforme a tres modalidades:

- Sanciones sobre los diversos tipos de servidores públicos.
- Sanciones sobre los particulares integrados transitoriamente en una organización administrativa.
- Sanciones sobre miembros de posiciones colegiadas o sanciones corporativas.

Históricamente, todo este campo de las relaciones especiales de sujeción así vistas desde la perspectiva liberal se distinguía por su laxitud y déficit de garantías respecto del modelo sancionatorio común ya citado, habiéndose presentado incluso tales carencias o déficits garantísticos como algo de exigencia natural o inherente a las relaciones de sujeción especial, vistas éstas como un ámbito de una potestad doméstica aformal y ajurídica comparable a las relaciones existentes en el ámbito familiar. Pero hoy en día, que ya incluso se ha juridificado en no poca medida el ámbito familiar, tal justificación se réplica argumentando que la potestad aformal no responde a ninguna exigencia intrínseca, sino que las normales garantías serían una secuela o final funcional de la intensidad y frecuencias de contactos propios de esas relaciones, es decir, de su mayor continuidad, propia de tales relaciones, que tornaría desproporcionado mantener las mismas formalidades previstas para el modelo sancionatorio común, pero sin que ello pueda servir para mermar el contenido esencial de las garantías.

Cabe referirse a un tercer modelo sancionatorio relativo a las **sanciones del ámbito tributario**, porque esta materia ha pugnado siempre por un régimen legal específico dirigido a maximizar la eficacia recaudatoria. Lo que carece de fundamento es pretender cubrir este plus de rigor tributario bajo el manto de una relación especial de sujeción, porque las relaciones tributarias son el arquetipo mismo de la relación general de sujeción afectante a todo ciudadano, por lo que no resulta admisible sustentar en ello ninguna merma o disminución de garantías sustanciales respecto al modelo común. Es más, si de algo hay que hablar es de un proceso hacia la igualación de la naturaleza y regulación de todas las sanciones administrativas, sujetando todas a los mismos principios asimilados, además de a las tópicas sanciones penales. Esto conlleva que las sanciones administrativas tienen hoy naturaleza primitiva o penal, como una manifestación más de la potestad penal de la comunidad política, tal como así lo ha proclamado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconociendo la naturaleza penal de las infracciones y las sanciones administrativas, a fin de hacer observar a todos los estados europeos las garantías procesales propias del ámbito penal, rechazando establecer diferencias entre las llamadas sanciones penales y las administrativas.

Sin embargo, nuestra LRJAP reconoce exclusiones del régimen ordinario de las sanciones administrativas, excluyendo aquellas que derivan del ejercicio de una potestad disciplinaria de una Administración Pública respecto del personal a su servicio y de quienes están ligados a ellas por una relación contractual. Funcionarios, interinos y contratados están excluidos de las garantías del régimen ordinario de las sanciones administrativas. Otra exclusión también se produce en los principios de procedimiento en la materia tributaria, que se remite a su normativa específica. Pero ninguna de estas exclusiones es obligada, porque los principios garantísticos al efecto derivan de la Constitución, que respecto a estos, según el Tribunal Constitucional, sólo admitiría matices, pero no excepciones o exclusiones; y una cosa es que se sepan restricciones de garantías en las relaciones de sujeción especial, y otra que los principios y derechos fundamentales puedan ser restringidos, aunque estas matizaciones del tribunal Constitucional se restrinjan luego al respecto al establecimiento y disciplina legal de las sanciones, es decir, su regulación normativa.

Hechas estas precisiones, podemos entrar en los **principios rectores de la potestad sancionadora administrativa**, donde hay que distinguir entre:

- **El régimen de las infracciones.**
- **El régimen de las sanciones** ligadas a ellas.

División a partir de la cual, y tocante ya al régimen de las infracciones, procede otra subdivisión entre:

- **Principios rectores del establecimiento del sistema sancionador.**
- **Principios de aplicación del sistema sancionador.**

Principios rectores del establecimiento del sistema sancionador

Aquí se reconocen tres principios:

- Principio de legalidad (+ principio de irretroactividad).
- Principio de tipicidad (+ prohibición de aplicar la analogía).
- Principio de prescripción.

Principio de legalidad.

En el orden histórico y preconstitucional fue incluso normal la definición y regulación de infracciones y sanciones mediante normas menores de rango reglamentario y sin cobertura legal. La Constitución hoy, al hablar en su artículo 21 de la legislación vigente, no resulta demasiado precisa, en pro de una defensa legal formal y, por ende, sobre la insuficiencia de una mera cobertura reglamentaria. Pero una sentencia de 1987, el Tribunal Constitucional declaró tal reserva de ley respecto al establecimiento de infracciones y sanciones administrativas. No obstante, el mismo Tribunal ha matizado luego que dicha reserva no es absoluta, al no vedar que las leyes puedan hacer remisiones a normas reglamentarias; aunque sí impide que tales remisiones legales puedan ser abstractas y dar lugar a una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley.

Estos principios han sido recibidos en la LRJAP del '92 y en la modificación del '99, de suerte que el artículo 127 proclama que la potestad sancionatoria precisará de una expresa atribución legal. No obstante, el artículo 129.3 asume los reglamentos de desarrollo, fijando sus límites.

Otro principio complementario de este de legalidad es el de irretroactividad de las normas, reflejado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, donde se habla de no retroactividad salvo que la resulte favorable al sancionado.

Principio de tipicidad.

Requisito o exigencia de que la norma creante de las infracciones y su sanción contengan una descripción clara, específica y precisa tanto de las conductas sancionadas como del contenido de las sanciones y su relación; todo ello para asegurarle al particular la certeza sobre las conductas específicas prohibidas y los efectos precisos de su incumplimiento.

La Constitución Española no es muy precisa al respecto, pero el Tribunal Constitucional ha sentado este principio, y la LRJAP rotula su artículo 129 bajo el título de Principio de Tipicidad, por más que luego se contenido no sea demasiado explícito sobre su comprensión. En realidad, no siempre resulta fácil cumplir dicha exigencia, ante lo que se hace necesario recurrir a fórmulas como, por ejemplo, notoria falta de rendimiento que comporte la inhibición en las tareas encomendadas.

Completa este principio la prohibición de aplicar la analogía.

Principio de prescripción.

Frente a una cierta ambigüedad anterior, la LRJAP se ocupa de ello en su artículo 132, donde quedan fijados unos plazos de prescripción supletorios para otras leyes, tanto para las infracciones como para las sanciones; y más bien breves: tres o dos años para las infracciones, seis meses o un año para las sanciones; así como reglas para el comportamiento y plazos del régimen de las interrupciones de esa prescripción.

Principios de la aplicación del sistema sancionador

Respecto a la aplicación de las sanciones establecidas operan tres principios:

- Principio de culpabilidad o responsabilidad personal.
- Principio de proporcionalidad.
- Principio de *non bis in idem*.

Principio de culpabilidad o responsabilidad personal.

Criterio de reprochabilidad del acto al autor de la infracción. Esto implica que el causante de la conducta ilícita, como autor, cómplice o encubridor, resulta imputable personalmente y, en definitiva, que resulta culpable. Es decir, que vaya actuando con conciencia y voluntariedad, bien sea a título intencional o bien a título culposo.

En el orden preconstitucional a veces llegó a ser aceptada la protección objetiva de una acción infractora para la imposición de una pena, pero hoy la LRJAP asume este principio de culpabilidad, mejorado por la lectura del Tribunal Constitucional, exigiendo la responsabilidad, intencionalidad e imputabilidad personal.

Notable es, por otro lado, que la LRJAP anima la responsabilidad de las personas jurídicas, que podrán pues ser sancionadas administrativamente. Mientras tanto, en el 130.3 pretende asentar la responsabilidad solidaria de todos los infractores en los casos de autoría múltiple, atribuyendo a uno las multas afectantes a todo, pero el Tribunal Constitucional ha desdoblado este artículo 100 basándose en el artículo 25.1: el principio de responsabilidad personal.

Principio de proporcionalidad.

Proporción entre la infracción y la sanción. Lo contempla el artículo 131 de la LRJAP, al hablar de la relación entre la gravedad de la infracción y la sanción aplicada, estableciendo la propia Ley, como criterios de ayuda para la graduación de las sanciones aplicables por los funcionarios, estos tres:

- Intencionalidad o reiteración.
- Naturaleza de los perjuicios causados.
- La reincidencia anual de una sanción de la misma naturaleza.

El 131.2 contempla una regla de la moderación, exigente de aplicarse sólo lo estrictamente necesario para reprimir y prevenir, nunca para otro fin.

Principio de *non bis in idem*.

Una conducta ilícita puede implicar varias sanciones tocantes a varias áreas administrativas, e incluso a la justicia penal, planteándose así la licitud de una doble sanción penal y administrativa por los mismos hechos. El principio actual quiere prohibir esto, comporta la imposibilidad de imponer dos o más sanciones administrativas, o una penal y una administrativa por los mismos hechos. La Constitución no recoge esta regla como algo autónomo, pero sí la LRJAP, aunque restringe su aplicación a los casos en que exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

No obstante, tal duplicidad sí cabe cuando las sanciones se impongan en una relación especial de sujeción, porque en este caso la sanción administrativa y la penal suelen proteger bienes diferentes.

Por lo demás, el principio siempre otorga prevalencia a la justicia penal y a sus determinaciones, tanto procesales como sustanciales, priorizándose a la justicia penal tanto la competencia como las sanciones a aplicar.

Sanciones imponibles por las infracciones cometidas y su régimen posible

Tocante a esto rige una regla, la de la **interdicción de las sanciones privativas de libertad** frente a las prácticas (art. 135 CE), salvo en el caso de las sanciones impuestas a los militares. Esta regla conduce a que la sanción típica sea la **multa**, aunque aquí su diseño legal resulte peor diseñado que la sanción prevista por el Código Penal para el mismo hecho.

Tras las últimas mejoras, la cuestión fundamental gira hoy en torno a la cuantía absoluta de las multas gubernativas, porque la Constitución calla al efecto. Lo que tolera es que las multas administrativas puedan alcanzar cifras excedentes a las que pueden poner los tribunales penales, llegando incluso al carácter confiscatorio, en contra de los principios de la Constitución. Por eso la Constitución busca fórmulas más simples en la preconfiguración normativa de las multas, estableciéndolas ahora de modo indirecto, esto es en función de los bienes objeto de la infracción, o bien los beneficios ilícitamente logrados por la infracción sancionada; multiplicado a veces por algún coeficiente (duplo, triple,). Esto tiene el inconveniente de que acaba tropezando con el principio de legalidad, porque la valoración de tales ganancias la hace la Administración.

Pero, aparte de la multa, la legislación sancionadora de los últimos años utiliza otro tipo de sanciones, consistente en medidas o sanciones dichas **rescisorias o de privación de derechos de los sujetos sancionados**, bajo la forma de revocación sancionadora de ciertos títulos administrativos habilitantes para realizar la actividad o profesión dentro de la que se ha cometido la infracción, ya sean autorizaciones,; tales como la revocación de la licencia de una empresa, cierre temporal de un restaurante,; ejemplos todos de los que resulta superfluo decir que son de una tal relevancia que su manejo no está libre de unos peligros peores que la propia enfermedad que pretende perseguir.

Junto con estas penas principales existen también las **sanciones accesorias**: las sanciones administrativas, como ocurre con las penales, pueden ir acompañadas de otras medidas impuestas a los sancionados como sanciones accesorias. Nuestra regulación recoge tres modalidades:

- Comiso o pérdida de la propiedad de los bienes usados en las conductas infractorias.
- Inhabilitaciones previstas por ciertas normas, o privación de la capacidad para ser titular de ciertas relaciones.
- Deber de reposición y resarcimiento de las cosas en la situación anterior, cuando la infracción crea una nueva situación irregular y anómala.
- Otra modalidad, registrada en el artículo 150 de la LRJAP, es el resarcimiento al patrimonio público destruido o dañado.

3. Principios generales del procedimiento administrativo sancionador: garantías procedimentales.

3.1. Introducción.

Hablaremos del mecanismo de las sanciones administrativas, que en nuestro Derecho ha de materializarse mediante un procedimiento administrativo; procedimiento cuyo formato cabe prefigurar de antemano, porque tendría que cumplir ciertos requisitos funcionales. Por un lado, tiene que servir para determinar los hechos a sancionar y las circunstancias. Por otro lado, este procedimiento ha de ofrecer las suficientes garantías y

seguridades de defensa al administrado, dada la relevancia de lo que está en juego.

Ante esta doble necesidad, la LRJAP aparece formulada bajo la equívoca convicción de que sólo debería ocuparse de los principios y reglas básicas contenidos en sus artículos 134 a 138, donde recoge unas normas generales para remitir la regulación detallada del procedimiento a las normas sectoriales que en cada caso quieran dictar el Estado y las Comunidades Autónomas en los ámbitos de sus competencias. Esto arrastra consigo ciertos riesgos:

- Arriesga la uniformidad de trato de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, frente al artículo 149.1.18 de la Constitución.
- Tal remisión a las normas materiales sectoriales, al no estar acompañada de una neta reserva legal, arriesga la deslegalización de la materia del procedimiento sancionador; algo poco deseable al dejar en manos reglamentarias el desarrollo de ciertas garantías de rango o sustancia constitucional; riesgo este que al final se ha cumplido con el desarrollo de los preceptos citados (arts. 134 a 138), mediante el Decreto de 4 de Agosto de 1993, aprobando el Reglamento del Procedimiento Sancionador, y donde se regula en concreto el procedimiento sancionatorio que debía haber estado recogido en la propia LRJAP, al margen de que incluso así tal Reglamento sólo sea supletorio de los procedimientos que se regulan en aquellas normas sectoriales del Estado, Comunidad Autónoma o incluso Ayuntamiento competente en cada sector.

Partiendo de estas premisas precisas, nos ocuparemos de dos puntos:

- Los principios constitucionales a respetar en la regulación de dichos procedimientos.
- El contenido de este procedimiento común supletorio contenido en el Reglamento de 1993.

Respecto a los principios constitucionales a respetar, conviene primero exponer dos reglas estructurales básicas de carácter previo y extraíbles del artículo 24.2 y 105 de la Constitución Española. La primera regla es la presencia inexcusable de un procedimiento formalizado para poder imponer cualquier tipo de sanción administrativa (arts. 134.1 y 134.3 LRJAP). La segunda regla es la separación entre los órganos de la instrucción del expediente y los órganos resolutorios o decisorios del mismo; separación esta traída del Derecho penal procesal, y consagrada como constitucional en la justicia penal, y que ahora nuestra LRJAP ha venido a extender al procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud el instructor del expediente y la autoridad decisoria han de ser personas diferentes. No obstante, no ha logrado impedir que en nuestra praxis real existan dos disfunciones que relativizan esta regla general:

- Los órganos instructores suelen ser funcionarios jerárquicamente subordinados al órgano decisorio, normalmente de carácter político, y tienden a interesarse por la marcha de la instrucción, propiciando la proclividad de los instructores a proponerles lo que ellos sospechan que su jefe desea que le propongan.
- Como contrapartida, en los sectores de sanciones masificadas la presunta autoridad decisoria pasa del asunto, tomando la decisión real el propio órgano instructor, que posee, incluso, una firma mecánica del órgano decisor, de suerte que la instrucción y la decisión son realizadas por la misma persona, aunque esto es impugnabile.

Visto esto, ya podemos entrar en los principios constitucionales y, por tanto, en las garantías del inculpado.

El primero de los principios generales o rectores es la **presunción de inocencia**. Frente a una histórica presencia del sistema inquisitorial, la presunción de inocencia de todo inculpado mientras no se acredite su culpabilidad es una aportación procesal clave del constitucionalismo liberal, sobre todo el anglosajón. Éste es un principio no poco dificultoso en su aplicación, no porque sea difícil, sino ante las dificultades de prueba por parte de los poderes públicos.

Nuestra LRJAP ha asumido este principio (art. 137.1 LRJAP), desarrollando el artículo 24 de la Constitución, al disponer que los procedimientos sancionatorios habrán de respetar la presunción de inexistencia de

responsabilidad mientras no se demuestre lo contrario. Pero una cosa es teorizar y otra dar rigor, porque lo que ocurre es que un respeto estricto puede acabar por chocar con ciertas exigencias y carencias administrativas para probar los hechos, arriesgándose así una cierta impunidad, que por otra parte resulta socialmente nada sostenible ni al final asumible.

Esto determina que las Administraciones Públicas nunca desdeñen intentos de atribuir una fuerza probatoria cualificada a las actas levantadas por sus funcionarios, en el sentido de que los hechos allí sostenidos hicieran de prueba eficaz, máxima, salvo que el inculcado demuestre lo contrario: es decir, invertir la regla, tal como aparece, de alguna manera, en la Ley General Tributaria. Pero el Tribunal Constitucional, ha insistido en señalar en varias sentencias de los 90 que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, es decir, a la Administración, sin que nadie esté obligado a probar su inocencia. En este entramado de intereses encontrados, la LRJAP ha establecido en su artículo 137.3 una fórmula, declarando que los hechos constatados por funcionarios a quienes se reconoce la condición de autoridad y formalizados en documentos públicos observando los requisitos legales pertinentes tendrían valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas de los inculcados. Notemos que la relación de la ley es un tanto equívoca, puesto que advierte:

- Que en la constatación de los hechos han de observarse los requisitos legales pertinentes, invalidándose pues todas las pruebas obtenidas mediante medios ilegales o con vulneración de derechos.
- Sólo atribuye un valor probatorio a dichas actas funcionariales, pero sin calificarle ni atribuirle fuerza probante mayoritaria. A pesar de su equívoca formulación, no le otorga a éstas más valor probatorio que a otras pruebas que pudieran tenerlo.

Otro principio es el de **prohibición de indefensión**, al que se refiere en términos genéricos el artículo 24 de la Constitución, y cuya traslación al orden administrativo hay que cifrarla en la exigencia de que la regulación del procedimiento sancionatorio ofrezca siempre vías suficientes para poder exponer los hechos y los fundamentos jurisdiccionales, además de aportar o pedir la realización de las pruebas necesarias para su cumplimiento. Esto lo expresa el Tribunal Constitucional al hablar del derecho de trámite de audiencia y de aportar pruebas.

Por su parte, la LRJAP desarrolla este aspecto reconociendo al inculcado los derechos a ser notificados de los siguientes aspectos:

- Los hechos imputados.
- Las infracciones que los mismos comportarían.
- Las sanciones que en su caso corresponden.
- Las identidades del instructor y de la autoridad decisoria, así como las normas otorgantes de tales competencias.

Por otro lado ha de notificarse también el derecho a formular alegaciones contra las imputaciones, y usar de los medios de defensa admitidos en el orden jurídico, dejándose a los procedimientos específicos el fijar esos trámites concretos donde se materialicen dichas garantías.

Respecto al derecho a **no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable**, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, ello comporta en el orden administrativo la prohibición de que los procedimientos administrativos puedan autorizar que los funcionarios obliguen a los imputados a declarar contra sí u obligarlos a presentar documentos documentarios de los procedimientos que instruyen contra ellos, bajo amenaza de sanciones o multas coercitivas. Como también prohíbe extraer o derivar ninguna presunción de culpabilidad o de veracidad acusatorial del mero silencio o negativa del imputado a presentar pruebas. Ahora bien, este último principio ha fracasado parcialmente en materia tributaria, donde el Tribunal Constitucional ha inventado una fórmula dialéctica para poder mantener como una infracción tributaria la falta de aportación de pruebas contables por negativa a proporcionarlas por parte del constituyente. Por ello, el Tribunal parte de un presunto deber de colaboración del contribuyente, incluso contra sí mismo. Sin esa colaboración del

contribuyente y su aportación de datos personales de carácter económico, la labor inspectora tributaria resultaría imposible cuando lo resultara también obtener estos datos de terceras personas o por otros mecanismos.

El **derecho de asistencia letrada** está establecido en el artículo 24 de la Constitución en términos generales, sobre todo penales; pero lo cierto es que este derecho no viene expresamente recogido en la regulación del precedente sancionador. No obstante, la más reciente jurisprudencia constitucional reconoce este derecho, aunque con ciertas condiciones y matizaciones. Lo que sí se reconoce expresamente en la LRJAP es la posibilidad de que el inculpado comparezca acompañado de letrados y su asesoría (art. 85 de la LRJAP), que es la regulación general del procedimiento administrativo, pero que es aquí perfectamente trasladable.

4. El procedimiento sancionador: fases y características.

La regulación del procedimiento sancionador consta en el Reglamento de 1993, en desarrollo de la LRJAP, aunque con valor de norma meramente supletoria de aquellas que puedan establecer por su cuenta las leyes sectoriales de cada Administración Pública competente, aunque todas ellas con sujeción a los principios de la LRJAP. Con esta salvedad, cabe notar que el procedimiento sancionatorio se articula en las tres fases clásicas de todo procedimiento administrativo respecto del que sólo se apartan en algunas peculiaridades.

1.– Fase de iniciación.

El procedimiento sancionatorio comienza siempre sólo de oficio, mediante alguna de las modalidades del artículo 69 de la LRJAP, donde la más destacada es la **denuncia**. Denuncia cuyos requisitos formales fija el artículo 11.1 del Reglamento sancionador. Pero antes del inicio formal, el artículo 12 describe unas actuaciones previas de información, tendentes a justificar esa apertura formal del procedimiento; porque la pieza básica de esta fase de iniciación es una **resolución inicial** en la que, de alguna forma, expresan la iniciación del proceso, y cuyo contenido contempla con precisión el artículo 13 del reglamento. La resolución inicial ha de contener una serie de datos, como:

- Por un lado, los hechos de la imputación, la calificación de los mismos y las sanciones de que fueran susceptibles, así como las personas presuntamente imputadas.
- Por otro lado, las personas del instructor y el secretario responsables de la tramitación del expediente, y el órgano competente para decidir en su día.

Esta resolución inicial, con esos contenidos, ha de notificarse, por un lado al instructor, y por otro al imputado, indicándole a éste último una serie de derechos y advertencias:

- Su derecho a formular alegaciones en contra.
- Dos especificaciones:
- La posibilidad de reconocimiento de responsabilidad.
- La advertencia de que de no efectuar ninguna alegación sobre tal resolución inicial en el plazo dado, tal resolución inicial puede convertirse (**novación**) ya en una propuesta de resolución, siempre que aquella contenga un pronunciamiento preciso sobre la responsabilidad del imputado.

De darse esto último (silencio de acusado, y que la propuesta contuviese ese requisito), dejaría ya sólo pendiente la resolución final, sin más trámite. Pero lo normal es que pase lo contrario, que el sujeto haga alegaciones y, por tanto, haya que pasar a la segunda fase.

2.– Fase de instrucción del procedimiento.

Comienza por la presentación por el inculpado de su **escrito de alegaciones** contra la resolución inicial. Aquí, en el plazo de quince días, el inculpado podrá alegar cuanto quiera, y aportar los documentos que estime

oportunos, así como proponer las pruebas y medios de prueba de los que pretenda valerse.

Presentado este escrito, tenemos ya fijadas las posiciones iniciales de ambas partes, abriéndose paso la labor estrictamente **instructora**, que consiste en la puesta en marcha de las **labores indagatorias y probatorias** precisas. Estas actividades indagatorias se hacen de oficio, y aún antes de que el inculpado haya presentado las alegaciones. Las actividades probatorias se realizan mediante la apertura de un **período de prueba**, donde se practican tanto las que acuerde de oficio el instructor, como las que haya propuesto el inculpado, cuyas propuestas solamente podrán rechazarse cuando sean improcedentes, es decir, cuando se motive que su desarrollo no va a alterar la resolución final. La práctica de todas las pruebas tiene carácter contradictorio, ha de hacerse frente a la otra parte.

Hechas las pruebas, se cierra este período, y se abre la subfase en que el instructor formula su **propuesta de resolución**, donde constarán:

- Los hechos, con especificación de los probados, y su calificación jurídica.
- Las infracciones que aquéllos hayan presuntamente comportado, y las personas responsables en su caso.
- La sanción que se propone y las medidas provisionales que deben adoptarse.

Pero cabe otro caso en que, en lugar de los dos últimos apartados, el instructor proponga la inexistencia de ninguna infracción, y el archivo de las actuaciones (art. 18 del Reglamento sancionador).

Esta propuesta de resolución deberá notificarse al inculpado, con indicación de los documentos obrantes en el procedimiento, y dando paso al trámite fundamental del imputado, es decir, la **vista y audiencia del interesado** para lo que le dejará el expediente para que pueda examinarlo y formular nuevamente, en su caso, alegaciones, y presentar los documentos que estime necesarios en el plazo de quince días. Cumplido el plazo, toda esta documentación será elevada a la autoridad competente para decidir, cerrándose con ello la fase de instrucción.

No obstante, el órgano decisor, antes de resolver, puede estimar que la instrucción sea insuficiente, mediante un acuerdo motivado; y pedir nuevas actuaciones complementarias para poder decidir. De tomar tal decisión, habrá de notificarse otra vez al inculpado, para que alegue en siete días lo que le convenga. No se prevé, en cambio, una nueva alegación frente a las nuevas actuaciones cumplidas.

3.– Fase de terminación del procedimiento.

Cumplido todo esto, el órgano competente procederá a dictar la **resolución definitiva**, con arreglo a los siguientes requisitos:

- Formalmente, en el plazos de diez días desde la recepción de la propuesta definitiva de resolución, notificándose, acto seguido, al inculpado.
- Materialmente, la resolución deberá ser motivada, y decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados o derivados del procedimiento.

Es decir, la resolución debe ser congruente y limitarse a los hechos manejados en la fase de instrucción. Pero cabe otra posibilidad: que el órgano decisor no se conforme con la propuesta de resoluciones del instructor, en un sentido u otro; caso en el que, si cree que merece una mayor sanción que la propuesta, lo notificará así al inculpado, para que alegue en quince días lo que crea conveniente contra esa mayor sanción propuesta por el decisor.

La ejecución de las sanciones decididas o resueltas

Las sanciones se convierten en actos administrativos sancionatorios y se dictan para ser materializados. Pero la ejecución de los actos administrativos que contienen una sanción presenta algunas peculiaridades respecto al régimen ejecutivo ordinario de los demás actos administrativos.

Según el artículo 138.3 de la LRJAP, las resoluciones sancionatorias no pueden ser ejecutadas sin más. Este artículo dice que sólo serán ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa. En efecto, como dice el artículo 21 del Reglamento, las resoluciones sancionatorias que no agoten la vía administrativa no serán ejecutivas hasta que no se resuelva el recurso o pase el plazo de su interposición. Por tanto, cabe establecer la regla de que la interposición de un recurso administrativo paraliza la ejecución de la sanción decidida, pero que no ha agotado la vía administrativa hasta que ese mismo recurso sea resuelto por la autoridad superior.

Esto sentado, no falta algún problema (probablemente por descoordinación entre normas producidas con mucha diferencia de tiempo), porque si el recurso administrativo interpuesto es desestimado, surge el problema de si la sanción puesta recobra su ejecutividad inmediata o no, incluso aunque el sancionado interponga el recurso contencioso-administrativo. Este problema se plantea porque el recurso contencioso-administrativo no paraliza de suyo la ejecución de los actos recurridos, sino que hay que solicitárselo al Tribunal, que lo acordará en función de ciertos requisitos, pero que tardará un período durante el que la Administración podría ejecutar esa sanción.

Se trata de una laguna por descoordinación entre las normas, ante el que la doctrina rechaza terminantemente la posibilidad de que en ese período se produzca la ejecución de la sanción, comparándola con el sistema suspensivo que rige en el proceso penal e incluso con la suspensión automática vigente hoy en las resoluciones sancionatorias en materia tributaria. Estos ejemplos permiten a Parada criticar tal posible ejecución porque según él daría más garantías a los criminales que a los infractores administrativos. Pero este argumento material no parece convincente en absoluto al profesor Casado.

Tal vez por ello, la doctrina busca una solución reclamándose a una previsión del artículo 11.4 de la LRJAP, donde se contempla que una suspensión inicial de la ejecución podría ser prolongada tras agotarse la vía administrativa cuando existiesen medidas cautelares cuyos efectos se extendiesen a la vía contenciosa, porque si el sancionado interpone el recurso contencioso solicitando la suspensión de la ejecución por parte del tribunal, podría mantenerse la suspensión inicial apelando a ese artículo hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre su solicitud de suspensión. Ante este precepto, la doctrina defiende su posible traslado y aplicación a la impugnación vía contenciosa de las sanciones administrativas cuyo recurso fuese rechazado en vía administrativa, entendiendo que, por aplicación de esa regla, no podría ser ejecutada la sanción por la Administración en tanto el tribunal no hubiese desestimado la petición de suspensión que el recurrente al contencioso había tenido que pedir. De modo que la ejecución por la Administración sólo podría hacerse si el particular no hubiese interpuesto el recurso contencioso y no hubiese pedido la suspensión de la sanción.

Lección 9. La actividad administrativa de fomento.

9.1. Caracterización general y evolución.

Las restantes técnicas analizadas se apoyan sobre un principio implícito de desconfianza y ajenidad de la Administración respecto de los ciudadanos: la de ordenación, en los posibles riesgos que determinadas conductas privadas pueden ocasionar en los intereses públicos; las de prestación, en una hipótesis de incapacidad natural de los sujetos para llevar a cabo determinadas funciones de especial relevancia colectiva, que hace necesaria su realización directa por los entes administrativos o, cuando menos, una gestión privada estrechamente dirigida y controlada por la Administración.

Estas hipótesis, sobre las que todos los regímenes políticos operaron desde sus mismos orígenes, adquieren un carácter meramente parcial a partir del momento en que el Estado deja de ser una pura estructura de

dominación para asumir una responsabilidad creciente sobre la marcha de los procesos sociales y económicos. Desde los tiempos en que el Estado comienza a considerar como un objetivo primordial el bienestar de los súbditos y el incremento de su riqueza, se pone de manifiesto que diversas actividades que llevan a cabo los sujetos privados presentan un grado de coincidencia natural con los objetivos de interés general que persigue institucionalmente la Administración: son actividades cuya realización es deseable desde el punto de vista del Estado, pero que éste, por razones muy diversas, no puede emprender por sí solo. Por ello, frente a dichas actividades no cabe otra actitud posible que estimular a dichos sujetos a desarrollarlas y, en su caso, orientarlas de manera que se optimice el beneficio colectivo que generan y se eviten eventuales desviaciones en su ejecución.

Estas funciones de promoción, de estímulo y orientación, deben ser analizadas desde una doble perspectiva: las características materiales de la actividad promocional en sí, tal y como se deducen de su evolución histórica, y su tratamiento jurídico.

Evolución histórica de la actividad administrativa de fomento

La iniciación por parte de los entes públicos de una actividad promocional debe situarse en períodos históricos bastante próximos: es cierto que precedentes de dicha actividad pueden hallarse en épocas más remotas; pero no tiene más interés que el puramente anecdótico. En los tiempos actuales, la actividad promocional se configura, ante todo, como uno de los principales instrumentos de la política económica; y, en cuanto tal, las raíces de la misma han de buscarse en los siglos XVII y XVIII.

Es en plena vigencia del absolutismo, en efecto, cuando Francia e Inglaterra, en primer lugar, y los restantes Estados europeos, después, emprenden un conjunto de acciones tendentes a introducir cambios estructurales en sus respectivos sistemas económicos. La ideología que impulsa inicialmente estos cambios es la teoría económica conocida como *mercantilismo*: una teoría basada sobre la rudimentaria hipótesis de que la riqueza de un país se cifraba en la cantidad de metales preciosos en circulación en el mismo; metales que había que intentar conservar en el mayor grado posible, para lo cual debía fomentarse la producción interior (para reducir las importaciones) y limitarse a las compras al exterior, al menos, de productos manufacturados.

Pero el incremento de la riqueza que el mercantilismo perseguía resultaba inviable sin introducir alteraciones en otros aspectos básicos de la estructura social, como el régimen de tenencia y explotación de la tierra, la existencia de fronteras y aduanas interiores y la rigidez de determinadas actividades económicas, ahogadas por los privilegios, las reglamentaciones y las regulaciones gremiales: estas alteraciones constituyeron las principales propuestas de las primeras *teorías económicas liberales*, que comienzan a ponerse en práctica por los monarcas ilustrados ya en el siglo XVIII, antes incluso de la Revolución Francesa.

Objetivo clave de todas estas políticas, que en España se inician en el reinado de Fernando VII, es el fomento o promoción de las actividades económicas privadas de mayor relevancia. Pero una cosa es el fomento como objetivo global, y otra las medidas concretas y específicas que poseen esta particular naturaleza.

- De una parte, en efecto, es preciso reseñar que el objetivo general de fomento de la actividad económica privada se persiguió, a lo largo de toda esta época, con la adopción de medidas de reforma estructural (que en sí mismas no eran de fomento), como el aumento del volumen de tierras puestas en cultivo (frente a los privilegios de la Mesta), la eliminación de aduanas interiores (supresión de los puertos secos en 1714; traslado de las aduanas de importación a las fronteras territoriales, en 1717), la libertad de circulación de mercancías nacionales en el interior del reino (1757) y el libre comercio de granos (1765), así como una incipiente política de construcción de obras públicas (principalmente, canales y caminos).
- Estas medidas de alcance general se completaron con otras numerosas, ya dirigidas abiertamente a estimular, de manera más o menos individualizada, la actividad económica de los súbditos, y que se centraron en el ámbito de la producción industrial.

- En un primer momento, junto a la creación por la Corona de las llamadas fábricas reales (de Guadalajara, San Fernando, Talavera, etc.), el Estado favoreció la iniciativa de creación de concretas industrias privadas, concediéndoles privilegios singulares de comercialización (garantías de compra, adjudicación en exclusiva de mercados).
- A partir del reinado de Fernando VI (1756) y, sobre todo, del de Carlos III (1779), sin embargo, se inaugura una política de promoción sectorial, dirigida fundamentalmente a la totalidad de la industria textil, cuyo establecimiento se apoya con medidas tales como exenciones fiscales (en la adquisición de materias primas y en materia de alcabalas y cientos), facilidades para la importación y exportación y concesión de privilegios de comercialización; medidas que, con las transformaciones naturales, han continuado hasta nuestros tiempos.

Las medidas de promoción continuaron utilizándose abundantemente durante el siglo XIX (una de cuyas principales novedades organizativas fue justamente la creación de un Ministerio y de unos Subdelegados de Fomento), pero sin introducir en las mismas alteraciones sustanciales: su campo principal de aplicación fue la construcción de obras públicas (obras hidráulicas y ferrocarriles, principalmente). Pero es sólo transcurrido el primer tercio del siglo XX cuando comienzan a emplearse de modo sistemático y global, como elementos básicos de las políticas globales de desarrollo de raíz keynesiana; y ello con una triple finalidad:

- De un lado, el incremento de la producción industrial y agraria, bien para hacer frente a la labor de reconstrucción ocasionados por las guerras civiles y la segunda conflagración mundial.
- De otro lado, el sostenimiento de empresas y sectores económicos de importancia estratégica o de fuerte impacto social, pero situados en una fase de declive y de baja o nula productividad; la actividad de promoción ha servido, en este ámbito, como una técnica de mantenimiento del tejido productivo de numerosos países.
- Por último, el estímulo de las actividades culturales y de prestación de servicios sociales, unas y otras también caracterizadas por su escasa rentabilidad empresarial.

La segunda mitad del siglo XX ha conocido un desarrollo de la actividad de fomento que carece de precedentes en las etapas históricas anteriores.

- En primer lugar, la actividad pública de promoción se ha extendido a la inmensa mayoría de los sectores económicos y a buena parte de sectores de la cultura y de la acción social; la responsabilidad que el Estado ha asumido respecto de la marcha global de toda la sociedad ha provocado, podríamos decir, una generalización de las medidas de fomento, basada en la singular hipótesis de que todo lo que no es negativo se considera poco menos que de utilidad pública; ya no se trata sólo de que los particulares satisfagan indirectamente necesidades públicas, estimulándoles a ello, sino de la posibilidad de favorecer cualquier tipo de actividades que ofrezcan algún rasgo positivo.
- Pero las políticas de promoción no sólo han crecido en extensión material, sino también en intensidad. En no pocos países europeos existen diversos sectores económicos que se han sostenido casi exclusivamente sobre el sistema de subvenciones públicas: así ha sucedido con buena parte de la agricultura, de la minería, de la vivienda de protección oficial y de la construcción naval, por no hablar del cine o del teatro.
- Este incremento de las políticas de fomento han tenido una repercusión financiera de igual intensidad: los fondos públicos que se dedican hoy a este tipo de acción estatal son de un volumen tan inusual (y, lo que es peor, bastante mal conocido) que han hecho pasar a primer plano las preocupaciones y la disciplina hacendística; así lo prueba el que, en España, la única regulación general que existe en materia de subvenciones se contiene precisamente en la Ley General Presupuestaria.

El desordenado crecimiento de la actividad de promoción pública de la vida económica, unido a la crisis financiera del Estado social y al auge de las políticas macroeconómicas de signo neoliberal, han terminado generando una reacción que ha afectado a la legitimidad de estas políticas, así como al conjunto de los instrumentos que utiliza.

- Por una parte, la faz aparentemente benéfica de esta actividad ha sido sustituida por la constatación de que su empleo produce distorsiones en el libre juego de las fuerzas del mercado: la subvención pública de determinadas actividades es susceptible de falsear el mecanismo de la competencia, al primar a unas empresas frente a otras, y tiende a disminuir la competitividad y el realismo económico de no pocas explotaciones empresariales, que no se sostienen por su capacidad de generar beneficios, sino solamente gracias a la inyección artificial de recursos financieros públicos.
- Por otra parte, los nuevos planteamientos de la política económica han reducido sensiblemente el conjunto de instrumentos utilizados en este tipo de actividad, como luego veremos con detalle. Por ello, las técnicas económicas de promoción han quedado prácticamente reducidas a la subvención pura y simple, allí donde es admitida.

Pese a todo, la actividad pública promocional continúa teniendo una importancia cualitativa y cuantitativa extraordinaria, que permite situarla en pie de igualdad con las actividades de ordenación y prestacional.

Caracterización general de la actividad administrativa de fomento

En cuanto a la supuesta amenidad de la actividad administrativa de fomento, cabe decir que la relevancia económica de este tipo de actividad administrativa no tiene un paralelo, sin embargo, en el plano jurídico en el que sus carencias resultan ostensibles.

- Estas carencias se encuentran justificadas históricamente por la consideración benéfica, amable, de que este tipo de actividad ha gozado hasta hace bien pocos años. Frente a la cara hosca de la actividad pública de policía u ordenación, que llevó naturalmente al Estado de Derecho a rodearla de un amplio conjunto de cautelas, límites y garantías, la actividad de promoción no parecía necesitar de disciplina jurídica de ningún tipo, al estar basada en hipotéticos principios de libertad y de no constricción de la libertad de los particulares.
- La aparente ajenidad del fomento respecto del derecho ha tenido como efecto la implicación al mismo de principios básicos del Derecho público, como los de reserva de ley, de legalidad, de igualdad y de sujeción a un procedimiento. Incluso, como ha puesto de relieve Morell, se ha llegado a afirmar que la actividad promocional opera como un ámbito de actuación libre de los poderes públicos, en el que éstos pueden operar al margen del régimen de distribución de competencias entre los distintos entes territoriales, adoptando medidas de esta naturaleza en ámbitos materiales confiados a la competencia exclusiva de otro ente territorial distinto (así, sstc. 49/1984, 53/1988 y 75/1989).

Con respecto a la juridificación de la actividad promotora, la nueva óptica desde la que, en los últimos años, ha venido a ser contemplada la actividad pública de promoción, obliga, sin embargo, a un radical cambio de tendencia en esta supuesta ajenidad de la misma respecto al mundo del Derecho administrativo. Sin embargo, queda aún mucho camino que andar.

- ◆ Ofrece importantes problemas, en primer término, la incidencia del *principio de reserva de ley* en esta materia; principio al que, como antes señalábamos, la actividad promocional ha sido tradicionalmente alérgica, en base a la hipótesis de que dicha actividad no poseía carácter ablatorio o limitativo de las conductas y libertad de los particulares. Sin embargo, además de la eficacia indirectamente limitativa que las medidas de promoción pueden alcanzar (una subvención no tiene esta naturaleza, claro está, para la empresa a la que se concede, pero tiene o puede tenerlo para las que no la reciben, a las que sitúan en una posición de inferioridad competitiva que puede llegar a ser absoluta), es notorio que las ayudas públicas, en cuanto suponen una inversión de fondos públicos, están en todo caso sujetas al principio de legalidad presupuestaria. Aun cuando sería quizá deseable que las ayudas a conceder, su importe y el procedimiento de adjudicación se hallaran reguladas en normas con rango de ley (lo que hoy no sucede sino en parte, como de inmediato veremos), lo que es inexcusable es que, al menos, los créditos necesarios para otorgarlas deben figurar con la debida especificación en los

Presupuestos de la respectiva entidad pública (*vid.*, sobre ello, el voto particular a la stc. 20/1985).

- ◆ La actividad promocional se halla inequívocamente sometida, sin embargo, al *principio constitucional de igualdad*. Las medidas de fomento no pueden, por definición, beneficiar a la totalidad de los sujetos privados: ni siquiera a los que se mueven dentro de un concreto sector económico, dado que los recursos financieros de que puede disponerse para instrumentarlas son, por necesidad, limitados. Ello supone una serie de consecuencias capitales:
 - Las ayudas públicas deben otorgarse en un régimen basado en *reglas de transparencia, publicidad y libre concurrencia* entre todos los sujetos que puedan estar interesados en su obtención.
 - Su adjudicación debe llevarse a cabo mediante cauces procedimentalizados, esto es, *mediante procedimientos administrativos* licitatorios o de carácter competitivo que posibiliten que las ayudas se otorguen a quienes se hallen capacitados para generar un mayor beneficio colectivo en el uso de dichas ayudas.
 - *La obtención de las ayudas no debe falsear las reglas de la competencia*, colocando a unas empresas en posición de injusta ventaja respecto a las que no obtengan tales ayudas (reglas de competencia que, al provenir del Derecho comunitario, poseen en España rango suprallegal).
- ◆ Por fin debe recordarse la inexcusable vigencia de la regla establecida en el art. 31.2 CE, según el cual el gasto público realizará una *asignación equitativa de los recursos públicos*, y su programación y ejecución responderán a los *criterios de eficiencia y economía*, regla que excluye cualquier apariencia de liberalidad y decisión incondicionada en el proceso de otorgamiento de las ayudas públicas; ayudas que, en definitiva, constituyen gastos públicos y que, por tanto, han de ser asignadas no sólo de manera equitativa (esto es, conforme al principio de igualdad), sino también eficiente y austera; sería contrario a esta regla, por ejemplo, que un Ayuntamiento dedicara una parte importante de su presupuesto a subvencionar la actividad de una asociación que tuviera como objeto el embellecimiento de las farolas, por decir algo disparatado.

9.2. Clasificación de los medios de fomento.

La clasificación tradicional y su necesaria depuración

En su célebre trabajo de 1949, el profesor Jordana de Pozas introdujo, junto a la clasificación de las formas de la actividad administrativa en policía, fomento y servicio público, una segunda división tripartita de las técnicas de fomento en medios honoríficos, jurídicos y económicos; división que atiende, decía, a los tres estímulos psicológicos principales de la acción humana: el honor, el derecho y el provecho.

Esta añeja clasificación responde, sin duda, a un esquema de valores de dudosa validez en nuestros días, pero es, además, discutible desde tres puntos de vista: *primero*, porque incluye entre las técnicas de fomento modalidades de acción pública que no pueden ser consideradas, realmente, como tales; *segundo*, porque, en sentido opuesto, omite la mención de nuevos medios de estímulo que poseen hoy una importancia sustancial; y *tercero*, porque una parte importante de los medios que enumera no son hoy utilizables por razones jurídicas y económicas de diversa naturaleza.

Es preciso realizar un examen sumario, pues, de todos estos medios, en orden a lograr una depuración de los mismos.

• Los supuestos medios honoríficos.

Entre las técnicas públicas de fomento que apelan al estímulo psicológico del honor suelen mencionarse la

concesión de títulos nobiliarios, las condecoraciones civiles y militares y los premios, además de algún otro supuesto singular, como son las calificaciones académicas.

Todas estas modalidades de acción premial poseen una relevancia e impacto social indudables; pero su *calificación como medidas de fomento es altamente discutible*. De promoción o fomento puede hablarse con propiedad sólo en la medida en que pueda establecerse una relación directa de causa a efecto entre una acción pública dirigida a un sujeto y la realización por éste de una conducta o actividad de interés general; y nada de ello sucede en las medidas que antes enumeramos, todas las cuales son:

- puros actos de reconocimiento público (cuya razón de ser radica más en la conveniencia estatal de efectuar gestos o alardes de aprecio hacia valores o modelos personales o culturales, o hacia estereotipos ejemplares de ciudadano adecuados al *establishment* o a la ideología dominante);
- que tienen lugar *a posteriori* (y que, por tanto, no son la causa directa de la conducta premiada);
- de carácter normalmente abstracto (en cuanto se refieren a un complejo de acciones de muy diversa naturaleza, no a una actividad específica); y
- en ocasiones, desvinculados por completo del mérito personal de su destinatario, en cuanto basados en circunstancias puramente fácticas (como, por ejemplo, la rehabilitación de un título nobiliario).

Por lo demás, no cabe desconocer que la eficacia incentivadora, incluso indirecta, de estas medidas, se encuentra en idénticos niveles de escasa preferencia en el que se hallan en nuestros días todas las restantes acciones, públicas o privadas, basadas en el principio del honor; y que incluso pesa sobre ellas cierta animosidad, debida a su problemática compatibilidad con el principio constitucional de igualdad (máxime, habida cuenta de la singularidad de estas medidas y de la completa libertad en su adopción). Sólo, pues, pueden considerarse integrantes de la actividad administrativa de promoción desde una perspectiva particularmente laxa de las mismas.

• **Los llamados medios jurídicos.**

Los siglos XVIII y XIX mostraron una particular afición por el empleo de un conjunto dispar de medidas de apoyo a la iniciativa privada consistentes en el otorgamiento singularizado a determinadas personas o empresas de específicas situaciones jurídicas de carácter activo, como la concesión del *status* de beneficiario en la expropiación forzosa; el otorgamiento de la vecindad administrativa al contratista de una obra pública y a su personal; la imposición a terceros del consumo de productos fabricados por la persona o empresa incentivada, así como el establecimiento de situaciones de monopolio o restricción de la competencia, tendentes a asegurar determinadas cuotas de mercado.

De modo similar a lo que sucede en relación con los denominados medios honoríficos, el interés que ofrece este segundo bloque de técnicas desde la perspectiva de la actividad administrativa de promoción es muy escaso, por razones diversas.

- Hay que hacer notar, ya inicialmente, que la calificación de estas medidas como medios jurídicos es errónea, por cuanto *su finalidad y contenido material son puramente económicos*: se trata de técnicas de financiación indirecta, que permiten al beneficiario la adquisición de activos inmobiliarios a precio inferior al del mercado (así, en el beneficio de la expropiación forzosa), o la subvención indirecta de los costes salariales (el otorgamiento de la vecindad administrativa tenía como efecto la posibilidad de que los trabajadores del contratista pudieran participar en el aprovechamiento de los bienes comunales de los pueblos donde trabajan, proporcionándoles rentas adicionales) o, directamente, una garantía de venta o colocación de sus productos en un mercado cautivo (así, en el caso de los monopolios) o parcelado (por ejemplo, las oficinas de farmacia).
- El forzado encaje de estas medidas en la teoría del fomento deriva, en segundo lugar, del hecho evidente de que *prácticamente ninguna de dichas medidas persigue, en realidad, fines de auténtico estímulo de la iniciativa privada* en orden a la consecución de objetivos de interés público; a lo sumo, de manera muy

lejana e indirecta. Las dos enunciadas en primer lugar son, más que medidas de fomento, técnicas mediante las cuales la Administración disminuía el coste monetario de las obras públicas a través de pagos en especie. Y las restantes no persiguen tanto estimular actividades que, en cualquier caso, se habrían realizado, sino generar rentas adicionales de trabajo o beneficios extraordinarios del capital destinados teóricamente a financiar necesidades de interés general que, de otro modo, tendrían que haber sido cubiertas por los presupuestos públicos (así, por ejemplo, en el caso de los antiguos monopolios de petróleos y teléfonos, cuya justificación era, precisamente, permitir que las empresas gestoras pudieran abordar los costes de instalaciones de interés estratégico).

- **Los medios económicos.**

La tipología clásica y sus deficiencias

El último bloque de medios de fomento en la clasificación de Jordana, comprendía los llamados inespecíficamente medios económicos que, a su vez, se dividían en cuatro subcategorías: reales, fiscales, crediticios y económicos *sensu stricto*; una clasificación de contenido una vez más cuestionable.

Los llamados *medios reales* consistían, básicamente, en la puesta a disposición de la persona o empresa beneficiada de bienes de titularidad pública, tanto demaniales como patrimoniales; así, por ejemplo, permitiendo que el contratista estableciese en terrenos públicos un parque de maquinaria; también, el otorgamiento de una concesión de explotación minera (siendo de dominio público todos los recursos minerales) se califica como una medida de fomento de actividades tendentes a la creación de riqueza.

Pero es obvio que éstas y otras técnicas similares tienen bastante poco que ver con la actividad administrativa de promoción. El caso del uso temporal de bienes públicos en los contratos de obras no es más, nuevamente, que un procedimiento de pago en especie; y es claro que el régimen de concesiones o autorizaciones de uso de bienes públicos no persigue incentivo alguno, sino, antes bien, la protección de los valores colectivos que dichos bienes poseen y la correcta ordenación de su aprovechamiento; son, pues, más técnicas de ordenación que de promoción.

Los *medios fiscales*, como el establecimiento de exenciones o desgravaciones tributarias o arancelarias o de regímenes excepcionales de favor en la regulación de determinados impuestos (por ejemplo, la libertad de amortización de elementos del activo durante períodos determinados), gozan de una tradición secular y han tenido y tienen una importancia indiscutible.

Sin embargo, es evidente que, conceptualmente, su calificación como técnicas *administrativas* de fomento es muy discutible; antes bien, se trata de medidas generales de política económica, establecidas necesariamente por vía legislativa (como impone la reserva de ley que establece el art. 133.3 CE respecto de todo tipo de beneficios fiscales), y cuya aplicación a personas o empresas determinadas es, normalmente, de carácter reglado. Pero, además, el empleo de estas técnicas se halla hoy en franca regresión, por considerarse contrarias a la ortodoxia de la imposición tributaria: un beneficio fiscal es un pago indirecto (bajo la forma de un ahorro de gasto del sujeto pasivo) que, en términos contables correctos, debiera ser sustituido por una prestación directa (esto es, por una subvención).

Los *medios crediticios*, en tercer lugar, han tenido también una gran difusión en los dos primeros tercios del siglo XX, y han revestido una gran diversidad de formas: establecimiento de líneas privilegiadas de crédito (por tipo de interés o de condiciones de amortización, o por reducción de garantías) o de medios alternativos de financiación (como, por ejemplo, la concesión de avales públicos para la obtención de créditos en el mercado financiero).

Sin duda alguna, los medios crediticios siguen constituyendo hoy una técnica fundamental de promoción económica, sobre todo en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, cuyo acceso a la financiación en el mercado de capitales es un factor esencial para su sostenimiento y modernización de sus estructuras. Pero no

es menos evidente que su forma de instrumentación ha cambiado sensiblemente, eliminándose las modalidades que suponían una distorsión de los precios o condiciones generales del mercado, al falsear las cuentas de las entidades financieras (que tenían que prestar en condiciones irreales de tipo de interés o de garantía). En la actualidad, por ello, estas técnicas se han reducido en número y hecho más sutiles (por ejemplo, mediante la constitución con ayudas públicas de sociedades que prestan garantías a empresas para la toma de créditos), o han derivado hacia formas atípicas de subvención (por ejemplo, en la construcción de viviendas de protección oficial, en la que los entes públicos abonan a los compradores una parte del interés que han de abonar a las entidades financieras por los créditos tomados para la compra de aquéllas).

Por fin, los *medios económicos en sentido estricto* quedaban reducidos a la figura de la subvención, forma de entrega de cantidades a fondo perdido a los beneficiarios de las políticas de fomento. Con ello llegamos, sin duda, al núcleo principal (y casi exclusivo, en la actualidad) de las técnicas de promoción; un núcleo que, sin embargo, ofrece alguna complicación adicional que debemos precisar antes de entrar en su análisis.

Las técnicas de aportación de capital

Como se deduce de lo antes expuesto, la actividad administrativa de promoción descansa casi exclusivamente en un conjunto de sistemas de financiación pública parcial de actividades privadas, instrumentados a través de transferencias de capital o aportaciones monetarias a quienes las realizan. Estas transferencias de capital pueden ser directas o indirectas.

En las primeras, las conceptualmente más simples, un ente público lleva a cabo una entrega de recursos monetarios destinados a financiar la realización de una actividad considerada de interés público (por ejemplo, el rodaje de una película o la construcción de una depuradora de residuos tóxicos), a compensar unas pérdidas de ingresos (por ejemplo, el arranque de viñas o la cesación de determinados cultivos) o, lo que es sustancialmente lo mismo, a proporcionar al beneficiario de la entrega unas rentas personales que le permiten llevar a cabo una determinada actividad (por ejemplo, una beca de estudios). Estas transferencias directas siguen recibiendo el nombre clásico de subvenciones.

Las transferencias indirectas de capital con fines de promoción son mucho más variadas, por lo que su tipificación completa ofrece problemas casi insolubles: en términos generales, poco más puede decirse salvo que consisten en la asunción directa por los entes públicos de la realización de determinadas inversiones dirigidas a mejorar la explotación de empresas privadas que, en otro caso, tendrían que ser afrontadas directamente por éstas. A título meramente enunciativo, estas transferencias pueden consistir en la realización de campañas publicitarias de promoción del consumo de determinados productos genéricos (por ejemplo, aceite de oliva, o concretas especies pesqueras); el establecimiento de sistemas de garantía de compras o de niveles de precios (mediante los cuales los entes públicos asumen el compromiso de adquirir los excedentes de concretos productos no colocados en el mercado libre, a determinados precios unitarios); la realización por organismos públicos de actividades de investigación pura o aplicada, que reduce los costes de I+D de las empresas; o la creación y financiación de foros comerciales, que facilitan y reducen el coste de la exhibición de productos con fines comerciales (por ejemplo, ferias, pasarelas, etc.).

De ambas modalidades, las transferencias indirectas de capital son de reconocimiento problemático, en ocasiones, y carecen de un régimen unitario; con frecuencia, ni siquiera se hallan previstas en norma jurídica alguna, realizándose sólo en base a un programa interno de la Administración (con frecuencia, negociado con el sector) y a una consignación presupuestaria específica; ello se explica en el hecho de su relativa novedad, lo que no hace menos deseable una creciente formalización normativa de su régimen. Las transferencias directas, por el contrario, gozan de una disciplina jurídica relativamente desarrollada, que vamos a exponer a continuación.

9.2. La subvención.

- **Concepto y naturaleza jurídica.**

El *concepto de subvención* ofrece discrepancias según se aborde desde una perspectiva doctrinal o legal.

- Por lo común, la *doctrina* suele acogerse a una noción estricta, considerando subvenciones, exclusivamente, las atribuciones patrimoniales a fondo perdido (esto es, sin devolución de su importe) realizadas por una Administración a favor de un particular (lo que excluye las transferencias de capital realizadas por un ente público a favor de otro, que la legislación presupuestaria sigue denominando equívocamente subvenciones de capital) y destinadas necesariamente a financiar el desarrollo de una actividad de interés público (Parada).
- La *legislación*, por el contrario, suele utilizar definiciones mucho más amplias, por lo mismo que su objeto es someter a disciplina todas las posibles modalidades atípicas de subvención o transferencia de capital a particulares. Tal es el criterio que mantiene en art. 81 LGP (que, desde su reforma en 1990, constituye el texto básico estatal en esta materia), según cuyo apartado 2 se incluyen en la noción, de una parte, 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, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea.
- Este último inciso desborda notoriamente el concepto de subvención, configurando el más amplio de *ayuda pública*, que integra, junto a la subvención, tanto las transferencias indirectas de capital como las medidas de carácter fiscal y crediticio a que antes aludimos. Y es ésta la misma noción que acoge el Derecho comunitario (a los efectos que después veremos), para el que la ayuda es una noción todavía más amplia que la subvención, comprendiendo no solamente las prestaciones positivas tales como las propias subvenciones, sino igualmente las incentivaciones que, bajo formas diversas, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, son de idéntica naturaleza y producen los mismos efectos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de febrero de 1961).

La naturaleza jurídica de la subvención ha sido objeto de un largo debate (que, como tantos otros, finaliza en una situación de bloqueo que hace imprescindible apelar, en última instancia, al Derecho positivo), en el que se han opuesto dos tesis:

- De una parte, la calificación como *contrato o convenio de Derecho público*, a la que alude el artículo 3.1.d) de la LCAP al referirse a los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado; la Ley de Contratos del Estado en 1965 era más explícita, al decir que estos convenios tenían por objeto la realización de actividades económicas privadas de interés público. Desde esta perspectiva, Administración y beneficiario de la subvención serían las partes de un contrato (excluido del ámbito de aplicación de la LCAP), que la doctrina tradicional, en la fase en la que el otorgamiento de las subvenciones se regía por principios de absoluta discrecionalidad, calificaba como donación modal (Nieves).
- De otra, la consideración de la subvención como *acto unilateral*, creada en virtud de un acto administrativo de otorgamiento a favor de un particular, que hace nacer en él un derecho de crédito frente a la Administración, a la par que una serie de obligaciones y cargas (Fernández Farreres).
- Como antes advertimos, *el problema de la naturaleza de la subvención no puede recibir, probablemente, una respuesta unitaria*. La regulación que de la misma hace hoy la LGP ofrece rasgos equívocos: incluye notas indiscutiblemente tomadas de la legislación de contratos públicos (por ejemplo, el procedimiento competitivo de adjudicación, o el requisito de solvencia del beneficiario); pero, sin embargo, elude calificar la relación como contractual, lo que podría haber hecho sin dificultad. Y ello se debe, seguramente, a que existen subvenciones cuyo otorgamiento responde al esquema típico del acto unilateral, y otras que se otorgan en forma de contrato, o en el seno de un convenio complejo en el que, junto a otras obligaciones, la Administración se compromete a otorgar una subvención.

Dada su extrema diversidad, no es fácil señalar *caracteres comunes* a todo tipo de subvenciones. Pueden, quizá, destacarse tres, de muy diversa complejidad e importancia.

- El primero y más simple radica en la *necesidad de cobertura presupuestaria*. La subvención consiste, como vimos, en un gasto u obligación que se crea contra el patrimonio de un ente público: en consecuencia, la existencia en el presupuesto del mismo de un crédito de cuantía suficiente y dedicado a tal finalidad es un requisito de validez del otorgamiento de la subvención, sin el cual ésta sería nula de pleno derecho, conforme prevé el art. 60 LGP (nulidad que, sin embargo, generaría en el beneficiario una acción de responsabilidad contra la Administración que otorgó la subvención sin el debido respaldo presupuestario).
- Nota básica de todas las subvenciones es su *carácter no lucrativo*. Ello significa que su importe total en ningún caso deberá superar el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario, de tal modo que produzca un excedente no destinado a cubrir el fin público en base al cual se otorga; así lo establece expresamente el art. 81.8 LGP.
- El último de los caracteres comunes a todas las subvenciones radica en el límite de que, por su naturaleza, *no deben afectar a la situación de competencia en el mercado*. El artículo 92.1 TCE declara incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (aunque después enumera una serie de ayudas que se consideran compatibles, y otras que pueden declararse como tales, por el procedimiento que después establece); y, en el ámbito puramente interno, el art. 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia, a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, la potestad de examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia.
- **Competencia para el otorgamiento.**

La Administración, por descontado, es la primera de las partes de la relación jurídica de subvención. Respecto a la misma deben señalarse tres órdenes de cuestiones.

La *competencia para otorgar las subvenciones*, en primer lugar, se encuentra regulada de manera estricta en nuestro Derecho positivo. Dicha competencia corresponde, en la Administración General del Estado, a los Ministros y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos, salvo cuando el gasto sea superior a 2000 millones de pesetas, en cuyo caso será necesario acuerdo del Consejo de Ministros (art. 81.3 LGP).

La LGP, rompiendo una inveterada tradición que reservaba el otorgamiento de las subvenciones a los órganos superiores de la Administración activa, ha abierto la posibilidad de un *sistema de gestión indirecta de las subvenciones*, al prever que las bases reguladoras de las mismas establezcan que la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios se efectúe a través de una Entidad colaboradora (art. 81.5). Se trata, pues, de una mera fórmula alternativa de gestión, que puede encomendarse a cualesquiera personas jurídicas, públicas o privadas (las Sociedades estatales, las Corporaciones de derecho público y las Fundaciones que estén bajo el protectorado de un Ente de Derecho Público, así como las personas jurídicas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan: art. 81.5, párr. 2º), las cuales actuarán en nombre y por cuenta del Departamento u Organismo concedente de la subvención, teniendo confiadas las tareas de verificar el cumplimiento de las condiciones para el otorgamiento de la subvención, entregar su importe a los beneficiarios y justificar su aplicación a los fines previstos.

Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, sin embargo, ha de llevarse a efecto su establecimiento, trámite que, conforme al art. 93 TCE, requiere una *comunicación previa por parte del Estado español a la Comisión de la Comunidad*, la cual, en contacto con la representación española, decide finalmente sobre el carácter compatible o no de la ayuda proyectada con el mercado común, pudiendo requerir al Estado para que la suprima o modifique. A tal efecto, cuando el ente que pretende establecer la ayuda es distinto de la Administración del Estado, debe darle a ésta traslado de su proyecto, para su comunicación a la Comisión de la Comunidad (trámite regulado en el Real Decreto 1775/1987, de 23 de diciembre).

La contraparte de la relación subvencional es, naturalmente, el *beneficiario* o perceptor de la misma, esto es, el destinatario de los fondos públicos que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión (art. 81.4 LGP). Dada la extrema variedad de las subvenciones, la LGP no impone requisito alguno para gozar de la condición de beneficiario, limitándose a autorizar a las bases reguladoras de las subvenciones para que establezcan los que en cada caso sean procedentes, así como la forma de acreditar su cumplimiento (art. 81.6); solamente se le impone el deber de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, como cualquier persona que contrata con las Administraciones públicas (art. 81.7 LGP).

• El procedimiento subvencional.

Hasta la aprobación de la versión vigente de la LGP, el otorgamiento de las subvenciones no se hallaba sujeto a ningún procedimiento específico, aplicándose las normas generales de la LRJAP (y antes, de la Ley de 1958). El nuevo texto de la LGP establece, sin embargo, una tríada de principios formales de gran relevancia y un conjunto de reglas generales sobre el procedimiento de concesión; principios y reglas que, dos años después, fueron desarrollados por el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre (por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas).

Los *principios reguladores del otorgamiento de las subvenciones* se enuncian enfáticamente en el art. 81.6 LGP, según el cual éstas deben otorgarse bajo los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. El desarrollo y eficacia de dichos principios es, sin embargo, desigual.

El *principio de publicidad* tiene como principal expresión el sometimiento de la concesión de las subvenciones al establecimiento de unas *bases*, que deben aprobarse por los Ministerios previamente a la disposición de los créditos y publicarse necesariamente en el Boletín Oficial del Estado (art. 81.6 LGP); su contenido, bastante detallado, viene especificado en el precepto referido, al que debemos remitirnos ahora. Pero la publicidad opera también *ex post*, al añadirse el deber de las Administraciones concedentes de las subvenciones de publicar trimestralmente en el Boletín Oficial del Estado las subvenciones concedidas en cada período (art. 81.7 LGP). Sin embargo, el cumplimiento de estos requisitos no es necesario cuando las ayudas o subvenciones tengan asignación nominativa en los Presupuestos Generales del Estado (esto es, cuando identifiquen la persona que tiene derecho a percibirla y su cuantía: art. 81.6 LGP).

Si la aplicación del principio de publicidad es la regla, la del *principio de concurrencia* es meramente eventual. Este principio entraña el otorgamiento de las subvenciones en un trámite de carácter competitivo, que la LGP denomina concurso, en el que las diferentes solicitudes son presentadas en un plazo único y se valoran y resuelven en un solo acto, otorgándose la subvención al peticionario o peticionarios que ostente mayores méritos u ofrezca mejores condiciones. Pero la Ley no impone preceptivamente dicho trámite, sino sólo cuando la finalidad o naturaleza de la subvención así lo exija, lo que equivale, en la práctica, a conferir un amplio margen de discrecionalidad al órgano concedente para aplicar o no este procedimiento; procedimiento que la LGP no regula, remitiéndose implícitamente a las bases reguladoras a que antes aludimos; con la prevención a que nos referimos en el siguiente epígrafe (art. 81.6, párr. final. LGP).

Al *principio de objetividad* no existen otras alusiones directas en las LGP; su operatividad, sin embargo, es indudable, y se manifiesta, de una parte, en la propia obligación de establecer las bases a que hemos venido refiriéndonos (bases cuyo contenido supone una importante objetivación del trámite y de los requisitos para el otorgamiento); y, de otra, en el juego del propio principio de concurrencia, allí donde se aplique el sistema de concurso, el cual habrá de ser resuelto necesariamente a propuesta de un órgano colegiado (cuya composición se remite nuevamente a las bases reguladoras de la subvención).

Por su parte, *la regulación del procedimiento que efectúa el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre*, antes mencionado, no tiene apenas extremos dignos de mención: se limita a realizar una mezcla de las normas del art. 81 LGP, que venimos glosando, con las generales de la LRJAP. De ellas debe sólo destacarse la regla

de resolución por silencio: el plazo máximo para dictar resolución es de seis meses (salvo que las bases de otorgamiento de la subvención establezcan otro diverso), y el sentido del silencio es de carácter desestimatorio (art. 6.3 y 4 del Real Decreto); por excepción, sin embargo, el silencio tiene carácter positivo, tras el transcurso de un plazo de resolución de sólo tres meses, en el caso de las subvenciones de carácter social o asistencial renovables periódicamente previa solicitud documentada de los beneficiarios (art. 6.5).

- **El contenido de la relación subvencional.**

El otorgamiento de la subvención hace nacer entre las partes de la relación un conjunto de situaciones jurídicas (obligaciones, deberes y potestades) que el art. 81 LGP desarrolla y que poseen, por lo demás, un contenido bastante obvio. Pueden clasificarse según afecten al beneficiario y a la Administración concedente, subdistinguiendo dentro de cada posición las situaciones jurídicas activas y pasivas.

Los *derechos del beneficiario* se ciñen a la percepción de la cantidad en que la subvención concedida consiste. El acto (o contrato) mediante el que la subvención se otorga crea a favor del beneficiario un derecho subjetivo perfecto, no una mera expectativa de libertad, lo que convierte al pago de la subvención en una obligación plenamente exigible. La Administración, por tanto, carece de un poder de revocación (como, por el contrario, preveía el art. 26 RSCL) que sólo podrá ejercerse en los supuestos de ilegalidad previstos en los artículos 102 y 103 LRJAP y previo seguimiento del procedimiento de revisión de oficio (que analizaremos en un capítulo posterior), además de las potestades de modificación y reintegro a que nos referiremos de inmediato.

De modo paralelo, entre las *obligaciones del beneficiario* destaca, claro está, la de realización de la actividad que constituye el fundamento de la subvención que le fue concedida (art. 81.4, párr. 2.º, letra a). Esta obligación se refuerza por la LGP con otras de carácter instrumental, como son las de acreditar ante la Administración la realización de la actividad y comunicarle, en su caso, la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos nacionales o internacionales (*ibidem*, letras b] y d]).

La posición jurídica de la *Administración concedente* se concreta, además de en su *obligación* primordial de abonar al beneficiario el importe de la subvención, en un amplio conjunto de *derechos y potestades*, que pueden resumirse del siguiente modo:

- Ante todo, la Administración ostenta el derecho de *exigir al beneficiario la completa realización de la actividad* en base a la cual fue concedida la subvención. A tal efecto, el artículo 81.4, párr. 2.º, letra c) LGP otorga al órgano concedente un amplio poder de comprobación sobre todas las actividades del beneficiario, que también se atribuyen a la Intervención General de la Administración del Estado.
- La Administración también ostenta una *potestad de modificación* de la subvención; un poder que opera exclusivamente en los casos de alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, así como en los casos de obtención concurrente de subvenciones y ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales (art. 81.8 LGP).
- La potestad antes mencionada se completa con un *poder de revocación* en caso de incumplimiento, por parte del beneficiario, de sus deberes de justificación, de dedicación de la subvención a los fines para los que fue concedida o de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento (art. 81.9 LGP); la revocación conlleva, obviamente, el deber de reintegro de las cantidades percibidas más el interés legal devengado; reintegro que, en caso necesario, puede hacerse efectivo por el procedimiento de apremio (art. 81.10 LGP).
- Y, por fin, el art. 82 LGP otorga a la Administración concedente la *potestad sancionadora para los casos de incumplimiento* por el beneficiario de sus obligaciones antes mencionadas; infracciones que pueden ser sancionadas con multa de hasta el triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada, además de con la inhabilitación por plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, así como de celebrar contratos con el Estado u otros Entes públicos.

Lección 10. La actividad administrativa de servicio público.

10.1. Caracterización general y evolutiva: concepto y delimitación de servicio público y de otras actividades públicas y privadas.

Como casi toda noción de Derecho público, la de servicio público sólo se deja captar, una vez más, desde la historia. Al repasar la noción de policía ya se señaló cómo la primera fase del Estado europeo se definía por sus funciones de limitación y ordenación de las acciones privadas, es decir, justicia, orden, seguridad pública y seguridad exterior del Estado. Sólo más tarde, y con un arrastre del mercantilismo y otras visiones más eudomonistas del papel del Estado, el poder público se planteó una política de fomento, o promoción de ciertas acciones o empresas privadas.

Rodando así hasta que ya en el S. XIX el Estado post–napoleónico descubrirá como su tarea, además de las anteriores ya asumidas, la prestación de ciertos servicios a los ciudadanos, según la consigna liberal de que el Estado tendría que tomar a su cargo aquellas obras y establecimientos que, siendo socialmente imprescindibles o inexcusables, nunca podrían llegar a remunerar al particular el coste de su mantenimientos y gestión. Por esto, lo primero es captar el porqué y el sentido de esta noción de servicio público y de su proyección material antes de ocuparse de la juridificación de esta noción, que es algo posterior y secuencial.

Ante todo, captar el porqué de esta nueva forma de acción pública (servicio público) coincide centralmente con el Estado liberal constitucional. La razón histórica es que antes de este momento el Estado venía cumpliendo con la justicia, el orden, la seguridad y la defensa exterior, y con su nueva política de fomento. Pero el Estado no percibía como su misión ir más allá y ocuparse de otras actividades. En este sentido, no se planteaba la necesidad de prestar una serie de servicios públicos o utilidades concretas a los particulares, vistos estos como consumidores. Sólo prestaba ciertos servicios de repercusión universal (seguridad, policía,).

Una concepción tan estricta de la misión del Estado no era gratuita, ni lógica ni históricamente; a pesar de que el Estado se decía absoluto, la extensión de su actividad era relativa y limitada. Este Estado absoluto presuponía la presencia de la Iglesia y su universo organizativo, porque la Iglesia, sobre todo en los países católicos, y sus organizaciones, eran las responsables, a título propio, de los servicios asistenciales fundamentales (educación, cultura, beneficencia,); servicios en cuya prestación tenía buena parte de su justificación, y desde luego justificaba las enormes e inmensas riquezas que ostentaba.

La Iglesia, antes de la Revolución Francesa, y en España antes de la Liberal, ocupaba tanto como el Estado. Pero el Liberalismo consideró a la Iglesia como una mano muerta (económicamente), y aún responsable de la misma pobreza en cuya erradicación luego se ocupaba, dilapidando sus bienes y recursos. La actitud antiliberal de la Iglesia en lo referente a cultura, pensamiento y ciencia la incapacitaba, como, de nuevo, una suerte de mano negra, como fuente educacional, y, sobre todo, monopolizadora de los servicios educativos, cultura, espectáculos,; destruyendo con ello la óptica medieval de que la educación, la cultura y el pensamiento, como vinculados al espíritu, corresponden por derecho propio a la Iglesia, frente al poder político temporal.

El resultado de esta doble crítica será, en primer lugar, despojar a la Iglesia de su legitimidad y monopolio sobre tales servicios, así como de su enorme patrimonio, procediéndose a la *Desamortización*: se despoja a la Iglesia de los bienes que tenía para cubrir esas funciones. En segundo lugar, la descalificación de los títulos eclesiásticos y, por tanto, de la legitimidad para el ejercicio de estas funciones. Sin todo esto, la Iglesia tuvo que abandonar esos servicios por falta de instrumentos y medios válidos. Fue sustituido por el propio nuevo Estado, a cargo de sus presupuestos. Actividades deficitarias por su naturaleza, pero que como debían ser prestadas, se convertían en obligatorias, por la ausencia de iniciativas privadas (eclesial o de los particulares): la Administración dejó campos libres a los particulares, por si querían ocuparse de ellos (es decir que no los monopoliza).

Pero inmediatamente a esto, cuando el Estado liberal aún no ha logrado una plena instalación de los nuevos servicios, los nuevos inventos descubren un nuevo sector de actividad para el Estado liberal, por ejemplo la política de creación de comunicaciones, ferrocarril, Estas infraestructuras se convertirán en bases de nuevas actividades de servicios públicos que serán la gran vocación del Estado liberal. No obstante, y a diferencia de aquellos primeros servicios, la asunción y prestación de los nuevos fines o misiones estatales planteaba una serie de problemas inéditos para la Administración, provenientes de la propia filosofía liberal:

- La resistencia al protagonismo estatal en la creación y explotación de estas obras y servicios públicos como empresas permanentes y explotables económicamente.
- La ausencia de soportes, bases o títulos jurídicos para poder asumir tales actividades, también económicas, sin una tradición histórica anterior y tensionadas con el modelo liberal abstencionista.

Tales resistencias, desafíos y tensiones fueron muchas, pero serán superadas por los políticos de la época, sobre todo por los conservadores moderados, mediante dos argumentos teóricos político-jurídicos, contruidos *ad hoc* y con alta eficacia. El primero consiste en que, frente a la incapacidad e incompetencia empresarial de los poderes públicos, la respuesta consistirá en el artilugio técnico del **concesionario interpuesto**, distinguiéndose la titularidad jurídico-formal, reservada al Estado, y la mera gestión por otro. En virtud de esto, la Administración asume la titularidad del servicio y lo mantiene bajo su control, pero de la realización y explotación efectiva se ocupa, en principio, una empresa particular, mediante el negocio jurídico de una concesión administrativa.

Por otra parte, el déficit inicial de títulos o bases jurídico-causales para tal asunción de titularidad de aquellos servicios o prestaciones fue cubierto (como justificante material de la ley asumiente de servicios públicos) con el puente o uso instrumental de la noción de **cosas públicas** y su fuerza absorbente. Porque el que tales nuevos servicios públicos implicasen o supusiesen casi siempre la condición pública de su soporte físico o inmobiliario o provocasen la conversión en cosas públicas de sus deportes materiales y, por tanto, la publicidad de tales infraestructuras, será conjugado para servir de base o título jurídico de ciertos poderes; en base a lo cual la Administración tendrá un poder causalizado para regular tales servicios o actividades, so pretexto de que los mismos se prestaban físicamente sobre propiedades o cosas públicas, argumentándose que el *dominus* del suelo público sobre el que se prestaba el servicio público puede controlar también la actividad o prestación que sobre el mismo se realiza. En definitiva incapacidad de escindir entre el suelo y los servicios ejercidos sobre el mismo sirve de título jurídico para poder regular y controlar las actividades y servicios ejercidos sobre el mismo, justificándose así inicialmente el poder administrativo sobre tales actividades de prestación de ciertos servicios públicos hasta entonces inéditos.

Todo esto en primera instancia, hasta que los nuevos servicios públicos traídos por el S. XIX (con el ferrocarril, la electricidad, transporte urbano,) y su prestación como tales pasarán a convertirse muy pronto en la clave nuclear y explicativa del nuevo Estado, más tarde llamado social, en el primer tercio del S. XX, sobre un nuevo concepto jurídico-político básico: la teoría y noción de servicio público, en sentido amplio, y sus implicaciones; concepto en torno al cual acabará por madurar y alcanzar su propio clasicismo, el Derecho Administrativo como nueva rama jurídica.

Sólo a partir de este clasicismo sobre la idea de servicio público, la evolución no se aquieta, sino que, tras la I Guerra Mundial y sus crisis, los nuevos ismos políticos vencedores, todos antiliberales, acabarán por imponer la concepción de que el Estado y sus administraciones de unos servicios públicos teóricamente ya integrados, sino que, dando un salto cualitativo, y en virtud de la influencia marxista de la propiedad pública de los medios de producción y distribución, se pasará a la propiedad y gestión directa de las actividades productivas, y de distribución directa de los servicios públicos por el Estado.

Con esto, se supera ese marco del servicio público, para abrirse a un nuevo marco, porque es cierto que en el Antiguo Régimen el Estado había gestionado algunas empresas por su cuenta, pero fueron monopolios fiscales más llevaderos que los impuestos (monopolios de la sal, de las cerillas,) donde los ingresos estaban

garantizados a costa de la población. Pero ahora, el fenómeno post-marxista en nuevo, porque el social-comunismo unido a la post-guerra, a las presiones,; todo se conjuró en propulsar a los Estados a convertirse en empresarios directos, prestadores de las principales actividades económicas y, en definitiva, toman como nueva misión y como nueva referencia progresista la realización de una política de industrialización y desarrollo de una activismo económico por parte del poder público, convirtiendo al sector público en sujetos empresarios titulares de grandes *holdings* industriales o empresariales.

Se trata de una especie de mar donde siempre está subyacente el postulado socialista de la propiedad pública de los bienes de producción y distribución, con la transformación del Estado y sus administraciones en empresarios ocupados en el desarrollo de una nueva forma de actividad pública, que ya apenas tiene que ver con el servicio público; la consistente en ser una actividad productiva de bienes y servicios. Esta nueva actividad por su propia naturaleza va a salirse del marco tradicional de las actividades públicas, porque falta la presencia de una autoridad pública, al tratarse de actividades económico-privadas, que aún prestadas por una empresa organizada bajo una forma jurídica privada (Derecho Mercantil). Se trata de empresas cuya forma de actuación se gestiona con técnicas privadas y reguladas por el Derecho Civil, Mercantil y Laboral. Surge toda una nueva actividad protagonizada por entes públicos: una nueva forma de actividad protagonizada por entes públicos, pero que por no ser ejercicio de ningún poder, queda fuera y a espaldas del Derecho Administrativo, porque esta última forma de actividad será acometida cuando el Derecho Administrativo ya había logrado su propia maduración en torno a la digestión e integración jurídico-teórica de la noción y figura del servicio público, convertida como tal noción general en la clave de fondo y explicativa de la misma.

Del Derecho Administrativo que pasó así de su origen y explicación inicial, como cauce obligado del ejercicio de la autoridad en un Estado de Derecho, a refundarse en un corpus técnico autónomo, construido y fundado sobre la base del servicio público; por tanto, de cauce del poder autoritario o cauce para la prestación del servicio público; a punto que la escuela francesa clásica es llamada Escuela del Servicio Público, con eminentes juristas que acabaron por refundar en torno a la idea del servicio público y su misión al mismo Estado y al ordenamiento jurídico público, proponiéndolo incluso como sustituto o subrogado de la vieja idea de Soberanía, de suerte que el Estado no sería tanto una organización política soberana como una organización prestadora de servicios públicos: el Estado se configura como una organización prestataria y prestadora de servicios públicos, ante cuyo esplendor conceptual (de la noción de servicio público) toda actividad pública o administrativa deviene en una actividad de servicio público caracterizada por dos notas, una formal y otra sustancial:

- El despliegue y prestación de los servicios públicos ha de hacerse bajo un procedimiento jurídico similar.
- La prestación de servicios públicos ha de realizarse con arreglo a unas reglas de fondo, que suponen un ordenamiento diverso y exorbitante respecto del ordenamiento privado, por exigencias implícitas de la mejor prestación de los servicios públicos: el Derecho Administrativo.

Todo esto con la conclusión de que las peculiaridades y exorbitancias del Derecho Administrativo respecto del Derecho Privado tendrían su causa, explicación y fundamento en ser la respuesta adecuada a las exigencias planteadas por la mejor prestación de los servicios públicos. El servicio público y sus necesidades prestatarias necesitan un derecho especial, que se fundaría en las necesidades de los servicios públicos, y que es el Derecho Administrativo.

En torno a esta idea (Estado, servicio público, Derecho Administrativo) cuando ha alcanzado la madurez y llega a su plenitud formal (el servicio público sustituye al Derecho Administrativo como mecanismo o cauce de ejercicio de la autoridad) la avasalladora marcha de la historia de la primera mitad del S. XX (con dos guerras mundiales, guerras civiles,) vendrá a destrozar todo este equilibrio institucional, porque la asunción estatal de la forma productiva mediante empresas productoras de bienes y servicios (en Europa, claro) organizadas por los entes públicos. Esto va a determinar la quiebra de aquellas identidades, ecuaciones entre servicio público como fundamento del Estado, Derecho Administrativo,; porque todo queda superado,

desbordado por varias vías:

- El Estado integra como nueva y primera forma de actividad la de producir bienes y prestar servicios, pero en régimen privado (porque el mercado persiste), y ya no se usa el régimen de Derecho Administrativo. Por tanto una parte importantísima, novedosa, de la actividad del Estado queda fuera del Derecho Administrativo.
- Por otra parte, ciertas actividades que se consideraban privadas y alejadas de los poderes públicos sufren una transmutación, se reúnen en corporaciones que ejercen el control de sus propios miembros. A esas corporaciones el Estado les cede parte importante de sus poderes, con lo que resulta que buena parte de las actividades de poder público las ejercen corporaciones: se sale del Derecho Administrativo.

Por un lado, el Estado entra en la sociedad, se convierte en empresario (Derecho Privado), y, por otra parte, la sociedad se mete en el Estado y aplica el Derecho Administrativo. Esto originó una gran polémica.

Todo esto opera en Europa. Pero en España, que va con retraso, este estallido se produce cuando aún estábamos recepcionando y deglutendo la construcción clásica francesa en torno a la Teoría del Servicio Público. Eso mismo se hundió en su propia fuente, aunque dejó huella en nuestras leyes, como Ley de Jurisdicción Contencioso–Administrativa de 1956, donde se recurre a la expresión obras y servicios públicos para referirse al ámbito propio del Derecho administrativo y delimitantes de la jurisdicción contencioso–administrativa.

Pero lo más característico del ejemplo español es que, a pesar de la aparición de nuevas realidades, como el INI y el programa autárquico del primer período del Franquismo hasta finales de los 50, la nueva realidad del Estado empresario también habrá de suscitar aquí una polémica sobre la noción y papel del servicio público, respecto de la autonomía de la forma del servicio público respecto de la nueva actividad, así como de la distinción. Todo ello conforme a una triple distinción:

- Actividad de servicio público.
- Actividad pública empresarial.
- Actividad privada.

La doctrina española, frente al nuclearismo absoluto de la noción francesa de servicio público, mantuvo la distinción y autonomía de las tres formas de acción administrativa: policía, fomento y servicio público, mientras los franceses habían construido una noción elefantiásica de servicio público. Por ello, nuestro problema fue completar esa tríada con un cuarto término: **actividad productiva de bienes al mercado privado en régimen de Derecho Privado y concurrencia con los particulares**. Ello permitió mantener una noción de servicio público más estricta y comprensiva sólo de aquellas actividades públicas prestatorias de ciertos servicios públicos y en régimen de monopolio, separando así varias cosas: la actividad de servicio público *strictu sensu* de la actividad pública empresarial; y ambas de una tercera de ciertas actividades privadas tradicionalmente desempeñadas por particulares, pero que ofrecen similitudes con las de servicios públicos, pero que no han sido legalmente calificadas como tal, y de ahí la tríada resultante:

- Actividad de servicio público.
- Actividad pública empresarial.
- Actividades privadas (servicios públicos virtuales).

Bajo este último se comprenden una serie de actividades materialmente destinadas al público, con una connotación bien positiva (educación), bien negativa (explosivos), por lo que son objeto de una intensa reglamentación e intervención administrativa: control habilitante de una serie de poderes de programación y control de tales actividades con imposición incluso de obligaciones positivas, por lo que no cabe extrañar que tales actividades se llegaran a calificar como servicios públicos virtuales o impropios, como una serie de intermedios entre servicios públicos puros y las actividades privadas. Nombre de servicio público que es

rechazado por autores liberales, por ver en el nombre de servicio público virtual un caballo de Troya cuya misión es facilitar a la Administración unos poderes de control que desbordarían todo soporte basado en la mera función de policía.

Con estos presupuestos ya podemos alcanzar una cierta definición del concepto o noción de servicio público, conjugando dos perspectivas: un lado material, por el que servicio público designa dos cosas:

- Aquellas actividades prestatorias cuyo objeto es ofrecer las prestaciones necesarias para el normal desarrollo de la vida social, bien en su conjunto o bien a los ciudadanos tomados individualmente.
- La propia organización material que presta el servicio.

Lo más característico es la nota formal que supone que esta actividad es asumida por un ente público que asume la titularidad, su deber y responsabilidad para su prestación regular, bien por él mismo o bien por un tercero que presta materialmente el servicio, porque tal asunción del servicio, conocida como *publicatio* de esa actividad, no implica la necesidad de prestarla por sí misma ni en régimen de exclusividad. Puede prestarse por la Administración exclusivamente, pero también puede prever la colaboración de empresas privadas, sea en concurrencia o no con la propia administración. Hay que observar la multiplicidad de posibilidades.

10.2. Creación y formas de gestión.

1.- Creación de servicios públicos.

La creación de unos servicios públicos en el S. XIX respondió a urgencias históricas. Sólo más tarde, y sobre todo ante servicios como el teléfono o la radio, surgirá un debate sobre la creación de un servicio público, punto hasta entonces algo tapado por la urgencia y la primariedad de ciertos servicios, en cuya creación habían participado tres reglas básicas.

- La libertad de objeto o de ámbito.
- La discrecionalidad en la creación del servicio público.
- La informalidad jurídica de todo ello.

Pasadas aquellas fases, y dentro de un orden constitucional jurídicamente riguroso y fiel a la economía del mercado y libertad de empresa, en este marco, la creación de servicios públicos se topa con varias cuestiones como sus límites y requisitos de su propia creación, ante todo por una serie de razones pendientes del sistema constitucional y su autonomía de mercado, porque sobre indicar que la libertad de empresa y la autonomía de mercado imponen unos condicionantes: que lo básico de la actividad económica corresponde a la acción privada, cuyo juego soporta mal un control o dirección públicos por unos de la propia dinámica del mercado.

La decisión de crear y mantener un nuevo servicio público no puede quedar a la generosidad informal de la demagogia electoral, dada su repercusión en el equilibrio y gastos sociales, sino que debe responder a decisiones más formalizadas y controladas políticamente. Razones por las que hoy son problemáticas. Hablaremos de:

- Límite de la creación de servicios públicos.
- El carácter voluntario o debido de la creación en función de un presunto derecho a su establecimiento.
- Requisitos jurídico-formales a seguir para su decisión o la decisión de crearlos.

Tocante a los límites en su creación, la única norma aplicable es el artículo 128 de la Constitución, donde se reconoce primero la iniciativa pública, para después afirmarse que mediante ley podría reservarse al sector público recursos o servicios esenciales.

En este precepto se tratan dos aspectos: uno relativo a la amplitud o extensión de la decisión creativa, y otro relativo a la figura de la reserva.

La primera cuestión puede ir desde una mera entrada en el mercado para aumentar tan sólo la oferta de servicios, hasta llegar a una declaración de cierta actividad como un servicio público, aunque esto sin excluir la actuación de particulares concurrentes con ella, pero que, no obstante, verán su actuación sujeta al control de una actividad especial.

Como segundo aspecto, que tal asunción de la titularidad de un servicio llegue hasta el grado de reserva excluyendo a otros sistemas, por más que en este último caso caben también varias opciones: que la actividad se ejerza por la Administración, o por un sujeto o concesionario; y realizarse en régimen de monopolio o de concurrencia entre varios.

Aclarado esto, hay que decir que ambas posibilidades tienen límites diferentes: la declaración de la actividad como servicio público y la reserva. La declaración de una actividad como servicio público está limitada por dos restricciones:

- Como límite formal, es el rango de la norma exigible respecto a las restricciones a particulares.
- Como límite material, se refiere a no poder ser una actividad que la Constitución Española haya ubicado como un derecho fundamental.

En cambio, la posibilidad de reserva, además de esas restricciones, queda sujeta a dos más:

- Sólo cabe operar reserva sobre servicios que sean esenciales.
- No cabe crear servicios públicos de monopolio comercial.

La segunda cuestión era la discrecionalidad u obligatoriedad de la creación del servicio. Esta cuestión fue percibida como una decisión discrecional, sin que ello cambiase por el hecho de que una norma previese la creación de un servicio. Pero esto ha cambiado, al menos en el ámbito local, al conceder la ley a los vecinos el derecho a exigir la prestación de ciertos servicios previstos en la ley. Tal norma carece de equivalente fuera del ámbito local, pero tal silencio no puede ser sin más tomado por mantener el viejo principio de discrecionalidad, al menos en cuanto a las actividades tocadas en los artículos 39 a 51 de la Constitución. Pero la fuerza de tales principios directivos no quedan diferidos a una ley de actuación, sino que ya tienen de suyo un valor declarado por el artículo 53.3 de la Constitución, de modo que el legislador o la Administración creadora de un servicio público en estas materias de los artículos 39 a 51 no puede hacerlo libremente; hay un contenido mínimo suficiente, bajo pena de incurrir en anticonstitucionalidad, aunque es difícil lograr una tal condena por el margen que el poder goza en tanto al cuánto o al cómo de un servicio.

La tercera cuestión es la de los requisitos formales de la creación de un servicio público. Frente a una autonomía radical, cabe señalar ciertas reglas, como que la creación de un servicio público en régimen de mera asunción de su titularidad carece aún de regulación explícita, pero habrá de hacerse por una norma de rango legal cuando se planteen relaciones y disciplinas que limiten derechos privados. Si no, bastaría con un reglamento.

En el ámbito local, el artículo 82 habla de acuerdo del Pleno, pero la índole del objeto exige un reglamento u ordenanza local. Si la creación se hace con reserva de la actividad al sector público, se requiere, además de lo anterior, el hacerlo por una ley formal (art. 128 CE), lo que en el ámbito local se traduce en que el gobierno de la Comunidad Autónoma deberá aprobar con reserva en caso de monopolio.

Formas de gestión de los servicios públicos.

Publicada una actividad como servicio público, la Administración titular goza en principio de una amplia

libertad sobre la forma jurídica de su prestación, pero toda libertad juega dentro de dos coordenadas:

- Técnica organizativa a emplear.
- Régimen jurídico de la prestación.

Sobre la técnica organizativa de la prestación del servicio, éste puede articularse en dos grandes opciones:

- En régimen de gestión directa o propia por la misma Administración.
- En régimen de gestión indirecta por terceros, que da lugar a una gestión contractual.

Aunque las opciones de la Administración por una u otra fórmula están condicionadas.

Gestión propia o directa

La gestión propia o directa la hace la propia Administración por sí misma, pero tiene varias modalidades. Se puede hacer mediante órganos propios de su estructura central o periférica; e incluso mediante personas instrumentales, mediante organismos autónomos, ya sean de forma jurídico-pública o de forma societaria privada. Salvo que en este último caso sólo hay gestión propia cuando la participación pública en el capital de esa empresa sea mayoritaria. De ser menos, entramos en un caso de gestión indirecta. Ahora bien, tras la aprobación de la LOFAGE no cabe encargar a tales sociedades privadas de capital público la gestión de servicios públicos donde se ejerza autoridad.

Gestión por terceros, indirecta o contractual

En general el uso de estas formas de gestión pende de dos requisitos previstos en el artículo 155 de la Ley de Contratos:

- La susceptibilidad de la explotación económica del servicio.
- La prohibición de contratar servicios que impliquen el ejercicio de autoridad.

Esto responde al quién organizativo, pero falta el cómo, es decir, el régimen jurídico de la prestación, sea hecha en régimen de Derecho Público o de Derecho Privado. Tiempo atrás, la prestación de un servicio público se hacía bajo el régimen de Derecho Público, salvo en aquellos casos de gestión contractual en los que el gestor se relacionaba directamente con los usuarios, y cuyas relaciones mutuas eran de Derecho Privado, un contrato privado, aunque controlado por la Administración.

Pero hoy es costumbre hablar de la gestión privada de los servicios públicos, como referencia más que a su prestación por un empresario particular (que es la gestión contractual), se refiere a la supresión de las normas y exigencias del Derecho Público, incluso en la gestión propia del servicio público por parte de la Administración. Esto ha sido muy debatido. La solución pende de una opción legislativa, pero no pretende separarse de ciertas reglas o consideraciones.

En todo servicio público habrán de coexistir normas de Derecho Público y Privado, radicando el problema en la proporción y esfera de aplicación de cada uno bajo el criterio de atribuir al Derecho Privado los aspectos instrumentales de la organización prestataria, mientras que las reglas de funcionamiento del servicio y las relaciones con los usuarios corresponde mejor al Derecho Administrativo, al menos para garantizar a los usuarios un mejor trato formal que el del mercado.

Esta es la segunda forma de gestión: la gestión indirecta (mediante terceros o por contrato). La gestión contractual es una fórmula verbal que esconde varias modalidades muy diferentes entre sí. Tal contrato entre la Administración titular de un servicio y el que lo va a prestar se regirá por la Ley de Contratos, además de por las normas especiales de cada servicio respectivo. Sólo estudiaremos las modalidades posibles de este

modelo de gestión, que puede adoptar cuatro variantes:

- Concesión.

Es la forma más clásica de gestión contractual de un servicio público. Es un contrato mediante el que una Administración titular de un servicio transfiere a un tercero la facultad de prestar una actividad cuya titularidad es administrativa. Carey define la concesión, además, como aquella modalidad del contrato de gestión en que el particular gestiona el negocio a su riesgo y ventura, sin merma de las técnicas de garantía del equilibrio financiero de la concesión.

De su parte, el artículo 203 del Reglamento de Contratos prevé la posibilidad de que la Administración delegue en el particular deberes de policía, aunque esto dependa más de la neutralidad del servicio que de la fórmula contractual usada.

- Gestión interesada.

El artículo 156 de la Ley de Contratos la define destacando que Administración y empresario participan en los resultados de la explotación del servicio según lo fijado en el contrato. Esta es una fórmula vaga que no crea ninguna figura jurídica coherente; el resultado sólo interesa a una de las partes.

Así salen de esto dos variantes:

- La Administración confía la gestión a una empresa privada, a quien interesa pagándole un porcentaje.
- Es el gestor particular quien, además de gestor, actúa como empresario, y le garantiza a la Administración unos ingresos ciertos de tal actividad.

Usar una u otra variante depende de las expectativas de rentabilidad del servicio.

- Concierto.

También es cierto entre la Administración hablar del servicio con otra empresa privada que ya venía realizando por su cuenta unas prestaciones. Esto presupone que la Administración juega en aquellos servicios públicos en régimen de concurrencia con particulares que desarrollan la misma actividad, a punto de que el concierto se usa como remedio con el que el ente público completa unos servicios propios sirviéndose de empresas privadas que ya desarrollaban esa tarea. Se limita a ocho años, pero puede mantenerse más.

- Sociedad de economía mixta.

También es un contrato, pero se hace por una sociedad mercantil en cuyo capital participa la Administración en sociedad con otras personas privadas. Es una forma contractual, donde la Administración y los particulares se asocian para realizar una actividad. Ahora bien, la participación de la Administración en esta sociedad tiene que ser minoritaria, ya que si fuera mayoritaria estaríamos ante un órgano contractual: sería una gestión propia.

Contenidos del contrato de gestión

El contrato de gestión se resuelve en las siguientes posiciones jurídicas.

Por parte de la Administración titular, no obstante contratar la gestión, conserva unos poderes, de suyo o pactándolos en el contrato:

- Un poder regulatorio de las características del servicio y su modificación, cuya gestión se hace

conservando ella los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha.

- Un poder tarifario de poder fijar los precios y su modificación.
- Un poder de intervenir la prestación del servicio en caso de incumplimiento grave, lo que puede dar lugar a un órgano de vigilancia y control de la gestión, destituyendo a los gestores privados y nombrando otros.
- Por último, el poder de suprimir el servicio o decidir su rescate (rescindir unilateralmente el contrato antes de su finalización, de modo que el servicio se reintegra en la Administración, casos todos en que la Administración tendrá que indemnizar al contratista) anticipado, siempre por razones de interés general.

La posición jurídica del contratista se caracteriza por los siguientes derechos y obligaciones:

- Deber de prestar el servicio en las condiciones pactadas, cuidando el buen orden del mismo.
- Derecho a percibir la contraprestación prevista en el contrato, y a su revisión en los términos preestablecidos tanto legal como contractualmente.
- Deber de indemnizar los daños a terceros por la prestación del servicio, salvo que el daño fuere imputable a la propia Administración.
- Derecho a exigir la compensación económica por las menguas que le produzcan las modificaciones que la Administración introduzca en el marco financiero del contrato, manteniéndose siempre el equilibrio económico original de la concesión.

Extinción del contrato

Los artículos 157 a 158 regulan la extinción del contrato, bien sea la normal (por fin de plazo), bien la anticipada o diferente.

Respecto a la normal, el plazo es esencial, porque el contrato nunca podrá ser perpetuo o indefinido. El máximo es de 75 años.

Las causas de una extinción anticipada figuran en los artículos 167 y 114. La más importante es el rescate anticipado del servicio o la supervivencia del mismo. Pero además hay otras más complicadas, como la imposibilidad de la explotación del servicio por mor de decisiones de la Administración posteriores al contrato, o por demora administrativa superior a seis meses en la entrega de los bienes auxiliares de los bienes auxiliares contratados.

En todo caso es común a estas fórmulas de extinción un fenómeno: la reversión o traspaso de la Administración de las obras, instalaciones y demás bienes necesarios para mantener la prestación del servicio. Esta imposición de la reversión es una cláusula necesaria de todo contrato de gestión, pero lo que hoy sólo alcanza a los bienes previstos en el contrato como reversibles; porque la reversión de los bienes es una parte más en la ecuación económica del contrato, y los bienes a entregar por el contratista deben ser aquellos cuya amortización en el momento dado esté prevista a lo largo del contrato entre la Administración y el contratista.

La relación de prestación servicial

Aparte de la relación entre Administración y contratista–gestor, ahora nace la relación entre el gestor del servicio y el receptor del mismo, que conforma la relación de prestación servicial. Respecto a esta relación de prestación servicial, la doctrina elaboró toda una teoría, formulando principios como el de continuidad en el servicio público, el de adaptabilidad al progreso y el de igualdad en la prestación del servicio público.

Este último principio no es más que una proyección concreta del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), aquí aplicado al goce ciudadano de las prestaciones que la Administración ofrece, lo que comporta objetivamente que el formato y reglas de los servicios públicos deben hacerse desde tal perspectiva

indiscriminatoria y subjetivamente, el derecho de los ciudadanos al acceso y disfrute de los mismos en condiciones de igualdad coherentes con tales requisitos generales. Aunque tal igualdad no supone uniformidad, aceptándose los diferentes situaciones diversas o tocadas por deficiencias cuya disparidad de tratamiento resulta razonable.

Mayor concreción tiene el principio de continuidad del servicio público, que trata de garantizar que la necesidad social esté atendida en todo momento, sin depender de las decisiones, enfermedades o infortunios del particular. Esto comporta muchas cosas, pero sobre todo una regularidad servicial. No obstante, esto depende de la naturaleza del servicio, porque puede ir desde la continuidad ininterrumpida hasta la mera regularidad temporal pero predisuelta. Por eso el artículo 161 de la Ley de Contratos establece la prestación con la continuidad convenida por contrato. Este principio es tan esencial que afecta incluso a los derechos fundamentales de los trabajadores encargados de la materialización del servicio, limitando el derecho de huelga y obligando a establecer servicios mínimos.

Por último, el principio de adaptabilidad obligatoria a la progresión técnica: el servicio debe reajustarse continuamente a las realidades sociales y al progreso tecnológico, por lo que si el régimen del servicio fue pactado o diseñado de una forma, un cambio tecnológico obliga, aunque no se hubiese pactado, a adaptarlo. Los prestamistas saben que deben prestar el servicio con los niveles tecnológicos adecuados, y la Administración puede obligar a la introducción de las prestaciones pertinentes, aunque sin perjuicio de que el contratista pida la indemnización económica por alterarse la ecuación económico-financiera.

Por el contrario, los usuarios no ostentan derecho subjetivo alguno respecto de que la prestación se haga en otras condiciones de aquellas preestablecidas en el contrato o fijadas normativamente. Se trata de una relación jurídica llamada legal o reglamentaria y, por tanto, deben soportar los cambios que el servicio experimente.

Estatuto del usuario

Existen ciertos caracteres respecto de la relación jurídica entre el prestador del servicio público y el usuario. Es una relación de naturaleza predominantemente objetiva, porque viene definida imperativamente por las normas regulatorias del servicio en lo sustancial, por lo que igualmente pueden ser cambiadas por la Administración, modificando el contrato sin que, ante ello, ni el contratista ni el usuario puedan recibir más que la indemnización económica.

Pero la relación también es predominantemente pública, jugando el Derecho Privado sólo un papel eventual y funcional. El brote o inicio de esta relación puede surgir mediante técnicas jurídicas públicas o mediante técnicas privadas, de suerte que, en unos casos, el acceso al servicio se hace mediante un acto unilateral de la Administración (admisión), mientras que otras veces la relación servicial surge mediante un contrato (como suele ocurrir en los servicios de carácter económico); pero unas y otras técnicas siempre acaban por introducir al usuario en una situación especial de sujeción, lo que determina que el usuario quede sujeto a unos poderes de ordenación y disciplina del prestador del servicio. En tal relación surgen una serie de derechos y deberes del usuario.

Derechos y deberes del usuario

Los derechos del usuario, como sus obligaciones, resultan, en concreto, de las normas regulatorias de cada servicio, pero con un carácter general a todas se pueden describir las siguientes:

- **Derecho de acceso al servicio**, que puede estar, sin embargo, articulado de formas distintas, ya que a veces este derecho de acceso resulta de modo automático para el que reúne ciertos requisitos generales, como por ejemplo el acceso al servicio de correos; pero en otros servicios destinados a ciertos colectivos concretos, el acceso puede quedar condicionado a ciertos requisitos e incluso pruebas de acceso, e incluso si el número excede a la capacidad del servicio, el acceso puede dejarse a

una selección por criterios objetivos o por la prioridad cronológica, el llamado régimen de cola. Pero no cabe dudar que el acceso a algunos servicios puede comportar a veces ciertos deberes, como la Seguridad Social, los servicios de limpieza o la educación primaria.

- En segundo lugar, entre los derechos del usuario está el que el mismo acceso comporta: el **derecho de disfrute del servicio en la cantidad y calidad previstas** y determinadas por sus normas regulatorias, es decir, por unos estándares de la prestación del servicio que la Administración asume e impone a los prestadores, tanto normativa como contractualmente.

Por último, la situación del usuario muestra hoy una tendencia en ciertos servicios a una participación en la configuración y gestión del servicio; fórmula de participación en la que se han puesto unas expectativas que han sido defraudadas.

Obligaciones del usuario

La primera obligación del usuario es observar las reglas del servicio establecidas en sus normas reguladoras, con la existencia de un poder disciplinario en manos de la Administración titular del servicio para poder reprimir las conductas que infrinjan aquellas reglas con la potencial privación temporal del uso o la fijación de multas.

La segunda de las obligaciones del usuario es el abono de la contraprestación establecida para el uso del servicio, punto que plantea una serie de problemas que trataremos aquí y en la pregunta siguiente.

En efecto, el servicio público ha planteado siempre un serio problema de financiación de sus costes o gastos, cuestión que puede ser afrontada de muy variadas formas. Hay una primera, que es prestar el servicio con cargo a los presupuestos ordinarios de la Administración o ente titular y, por tanto, sin coste directo para el usuario, es decir, sin que el usuario tenga que abonar cantidad alguna a título de contraprestación. Pero hay que ser realista, nada es gratis. Al principio, los servicios públicos acostumbraron a ser gratis porque no eran vistos como servicios, sino como funciones públicas (defensa, policía,); y así luego, servicios creados después han seguido este modelo.

Pero luego la bolsa presupuestaria se reveló como incapaz de seguir atendiendo gratuitamente los servicios públicos. Aún la enseñanza primaria, archivos y bibliotecas,; se mantuvieron con cargo a los presupuestos en virtud de una redistribución de la riqueza, pero a partir de un determinado nivel todos los servicios siguen el modelo de que el usuario paga una determinada cuantía.

Hoy lo más frecuente es que los servicios se financien mediante una contraprestación que luego puede revestir formas y contenidos jurídicos muy diferentes. Unas veces la contraprestación será de naturaleza pública o tributaria, y otras como un precio privado, y ello dependerá de varias condiciones.

Tasas, precios públicos, tarifas

Es obvio que los servicios prestados a los particulares tienen un alto coste. Nuestras leyes han cambiado, y hoy se parte del principio de que todo servicio tiene su coste y contenido económico, y que cuando es individualizable en unidades de consumo puede y debe en su caso ser trasladado a los usuarios del servicio, porque la actividad económica de las Administraciones Públicas se hace con dinero del contribuyente. No son gastos gratis, tienen que ser hechos de acuerdo con los criterios de economía y eficiencia. No se puede consentir que las actividades de servicio público ocasionen déficit a cargo de los presupuestos.

Este principio, por ejemplo, está presente en la Ley del Régimen Local, que indica que las tarifas han de ser suficientes para la autofinanciación del servicio, admitiéndose incluso la obtención de beneficios. En este sentido, en la legislación estatal hay unos criterios de determinación del importe a pagar. Los fija la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1998, que alude a un principio que toma carta de naturaleza en nuestro orden,

principio de equivalencia en el sentido de que los precios públicos se establecerán a un nivel que cubra como mínimo los costes económicos originados por la prestación, o equivalentes a la utilidad de los mismos.

Tales normas manejan diferentes términos técnicos para referirse a la contraprestación a pagar, indicándose así que la remuneración o contraprestación al servicio puede revestir diversas formas y distintos contenidos jurídicos. La distinción se hace en función de dos criterios:

- Quién presta el servicio.
- Naturaleza misma de ese servicio.

Cuando el servicio se preste por gestión contractual o indirecta, la contraprestación a pagar tendría siempre carácter privado, considerándose como precio o tarifa de un servicio cuyo título jurídico y causal es el contrato entre la empresa y un usuario. Ahora bien, cuando el prestador del servicio es el propio ente administrativo titular o gestión directa incluso a través de una persona instrumental, la Ley de Tasas y Precios Públicos establece que la contraprestación a pagar por el usuario tendría una naturaleza pública que en unos casos será de tasa y en otros de precio público, según la naturaleza del servicio.

Será **tasa** la contraprestación cuando se trate de servicios de solicitud o recepción obligatoria por el administrado o que no puedan prestarse por el sector privado por implicar una intervención en la acción de los particulares o una relación de poder. Las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación del servicio o realización de actividades en régimen de Derecho Público. Dada su naturaleza, puede exigirse por procedimientos jurídicos públicos de apremio y controlarse mediante el recurso económico y contencioso-administrativo, aplicándosele los principios de la Ley General Tributaria y revisión de actos en vía administrativa. Su importe no podrá exceder el coste del servicio con arreglo a las condiciones establecidas en esta Ley de tasas.

En cambio, las contraprestaciones por un servicio en régimen de Derecho Público cuando tales servicios sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados, al ofertarse también los mismos servicios por el sector privado, tienen la consideración legal de **precios públicos**. Estos habrán de cubrir los costes económicos de la prestación, pero por razones sociales podrán señalarse precios públicos inferiores, previa adopción de las previsiones presupuestarias para cubrir el precio subvencionado. Esto último no exige cobertura legal, como sí se requiere con las tasas. Los precios públicos se pagan en efectivo o mediante efectos timbrados, y sus deudas podrán exigirse mediante el procedimiento administrativo de apremio.

Hasta ahora hemos visto casos de gestión directa, pero en los supuestos de gestión contractual indirecta, la contraprestación se llamará **tarifa**, tratándose de un precio privado aunque intervenido, debiendo incluirse en todo contrato de gestión de servicios las tarifas mínimas y máximas a percibir de los usuarios. Las tarifas han de ser iguales para todos los perceptores de las mismas prestaciones. No obstante, la ley asume tarifas reducidas para sectores sociales menesterosos, pero exige que el coste conjunto del servicio deba autofinanciarse. Esto significa que los no menesterosos deben pagar el plus que pagan de menos los menesterosos. Las corporaciones locales necesitan, pues, permiso de la Comunidad Autónoma para aprobar tarifas inferiores al coste de financiación.

La remuneración del servicio tiene la condición o nombre de **precio privado** cuando es prestado por un establecimiento o ente público, pero éste desarrolla su actividad bajo forma de una empresa industrial o mercantil.

En otros Derechos, como el alemán, sí es posible.